

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

DIMITRI GIROTTO

Il diritto all'interruzione di gravidanza  
nell'ordinamento statunitense, con innovativi e  
controversi profili processuali.  
Le leggi del Texas e del Mississippi al vaglio della  
Corte Suprema

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
*destinato a GenIUS 2021-2*

# **Il diritto all'interruzione di gravidanza nell'ordinamento statunitense, con innovativi e controversi profili processuali. Le leggi del Texas e del Mississippi al vaglio della Corte Suprema**

## **Sommario**

1. Considerazioni introduttive. – 2. La legge del Texas e i tentativi di *pre-enforcement challenge*. – 3. La pronuncia della Corte Suprema sulle questioni concernenti il diritto ad agire in giudizio. – 4. Ulteriori tentativi di *pre-enforcement challenge* della SB 8. – 5. La legge dello Stato del Mississippi. Considerazioni conclusive.

## **Abstract**

L'articolo prende in esame due casi giudiziari pendenti davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, nei quali vengono in rilievo le discipline legislative dell'interruzione di gravidanza, rispettivamente del Texas e del Mississippi. I casi mettono in evidenza nuovi profili di carattere processuale e sostanziale, inducendo il dubbio sulla tenuta dei fondamentali precedenti della Corte in materia, *Roe v. Wade* e *Planet Parenthood of Pennsylvania v. Casey*.

*The article examines two cases pending before the US Supreme Court, dealing with two abortion laws passed in Texas and Mississippi. New procedural and substantive elements arise, putting fundamental judicial precedents, such as *Roe v. Wade* and *Planet Parenthood of Pennsylvania v. Casey*, at risk of being overruled.*

## **1. Considerazioni introduttive**

Era da tempo ricorrente, nel dibattito politico statunitense, ma anche nelle riflessioni della dottrina, la sensazione che la Corte Suprema, nella sua attuale composizione decisamente orientata in senso conservatore, avrebbe ripensato alle proprie posizioni in tema di interruzione di gravidanza; maggiormente aperta era, ed è ancora, la discussione sui possibili approdi della giurisprudenza costituzionale all'esito di una rivisitazione di un orientamento ancora fondato sulle storiche decisioni *Roe v. Wade* e

---

\* Professore associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Udine. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

*Planet Parenthood v. Casey*<sup>1</sup>.

Un sintomo implicito di questo atteggiamento revisionista è stato colto, dalla stampa generalista ma anche da taluni osservatori qualificati, nella decisione<sup>2</sup> di non accogliere l'istanza con la quale, pochi mesi fa, alcuni *abortion providers* avevano chiesto alla Corte di sospendere l'entrata in vigore della legge approvata dallo stato del Texas, che preclude il ricorso all'interruzione di gravidanza nel momento in cui diventa percepibile il battito cardiaco del feto: cioè in un momento databile, con qualche approssimazione, a sei settimane dall'inizio della gravidanza<sup>3</sup>.

Come si cercherà di argomentare, se si astraie da quello che finirebbe per risolversi in un processo alle intenzioni dei singoli giudici della Corte Suprema (e non mancherebbero, per vero, elementi quantomeno presuntivi, rinvenibili in prese di posizione pubbliche dei *justices*, o in loro scritti accademici precedenti<sup>4</sup>), la decisione della Corte può prestarsi ad una valutazione diversa, mostrando di reggere sul piano squisitamente processuale e astratto, ed accompagnandosi ad un'esplicita delimitazione delle sue finalità, che non interessano la questione principale, ovvero la compatibilità della legge texana con i principi costituzionali.

La vicenda processuale è stata tuttavia arricchita, nel breve volgere di un paio di mesi, da un secondo procedimento giurisdizionale, azionato dal governo federale contro lo Stato del Texas, che si è quindi aggiunto alla prima iniziativa, posta in essere da associazioni e cliniche abortiste<sup>5</sup>.

Si illustrerà tra breve che la Corte Suprema ha scelto, al momento, di trattare i due casi menzionati proprio sotto il profilo processuale, astraendosi - per quanto sia possibile - dalle problematiche di costituzionalità nel merito della legge texana; le due udienze, svoltesi a inizio novembre 2021, non sembravano aver offerto elementi predittivi in ordine alle *opinions* che la Corte potrebbe adottare, ma i dubbi sono stati fugati da una decisione, intervenuta nel giro di poche settimane, che ha timidamente dischiuso le porte ad una *Judicial review* della legge in oggetto.

Ci si soffermerà sul particolare meccanismo che il legislatore texano ha introdotto al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della legge, e risulterà presto evidente la ragione per la quale l'intervento legislativo richieda una preliminare disamina quanto alle possibilità di *enforcement* e di contestazione in sede giudiziale, trattandosi di uno schema potenzialmente replicabile anche con ri-

- 
- 1 In argomento, e soprattutto sulla vicenda su cui principalmente ci si soffermerà, v. M.C. Errigo, *The most dangerous branch? La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act*, in giurcost.org, 2021, 1035 ss.. Nella dottrina americana v., fra gli altri, M. Ziegler, *Abortion and the Law in America*, Cambridge University Press, 2020. V. inoltre, nella stampa americana maggiormente informata sul tema in generale, sui casi di cui si tratta e sugli atteggiamenti dei giudici della Corte Suprema al riguardo, per tutti, L. Greenhouse, *The Free Ride May Soon Be Over for Anti-Abortion Politicians*, in nytimes.com, 20 maggio 2021; Id., *Mississippi Explains All on Abortion*, in nytimes.com, 29 luglio 2021; e *The Supreme Court Gaslights Its Way to the End of Roe*, in nytimes.com, 3 dicembre 2021.
  - 2 Supreme Court, 1.9.2021, *Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U.S. (2021).
  - 3 S.B. n. 8 (*An act relating to abortion, including abortions after detection of an unborn child's heartbeat; authorizing a private civil right of action*).
  - 4 Ad esempio, in merito alle posizioni manifestate da Amy Coney Barrett, ultimo giudice in ordine di ingresso alla Corte, v. A. Liptak, *Barrett's Record: A Conservative Who Would Push the Supreme Court to the Right*, in nytimes.com, 2 novembre 2020. In generale, sulle posizioni manifestate dai giudici della Corte, in sede di *confirmation hearing* o anteriormente alla nomina, v. R. Barnes-S. Tan, *What the Supreme Court justices have said about abortion and Roe v. Wade*, in washingtonpost.com, 24 novembre 2021.
  - 5 *United States of America v. The State of Texas*, Case 1:21-cv-00796, proposto davanti alla Corte distrettuale del distretto occidentale del Texas, divisione di Austin. Il procedimento promosso dalle parti private è *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, 114th District et al.*, Case 1:21-cv-00616-RP

guardo all'esercizio di altri diritti costituzionali<sup>6</sup>.

Quasi in parallelo, la Corte ha affrontato, dedicandosi questa volta al contenuto sostanziale, l'esame di una legge dello Stato del Mississippi, che vieta, salvo poche eccezioni, il ricorso all'interruzione di gravidanza dopo la quindicesima settimana; le due vicende - quella texana e soprattutto quella dello Stato del Mississippi - offriranno la possibilità di mettere alla prova la tenuta dei principi giurisprudenziali, attualmente radicati nelle motivazioni delle storiche sentenze *Roe* e *Casey*.

## 2. La legge del Texas e i tentativi di *pre-enforcement challenge*

La legge denominata SB 8 è entrata in vigore il 1 settembre 2021; essa introduce importanti limitazioni alla possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza, disponendo che "*a physician may not knowingly perform or induce an abortion on a pregnant woman if the physician detected a fetal heartbeat for the unborn child*": il rilevamento del battito cardiaco del feto preclude l'aborto, indirettamente configurando un limite temporale collocabile attorno alla sesta settimana di gravidanza, salve le situazioni di "*medical emergency*"<sup>7</sup>.

Il divieto legislativo è dunque assai incisivo, comportando una notevole anticipazione del termine oltre la quale l'interruzione di gravidanza diviene una pratica illecita; ma ancor più sorprendente è il meccanismo di applicazione della legge, che non è affidato all'autorità pubblica, ma esclusivamente ad un sistema di *private civil actions*: vere e proprie azioni giudiziarie consentite a chiunque (a parte i funzionari pubblici), a prescindere dalla sussistenza di un interesse specifico e individualizzato, ritenga di poter dimostrare che un altro individuo sia impegnato, o intenda impegnarsi ad eseguire interruzioni di gravidanza in difformità alla legge, o favorisca tali pratiche<sup>8</sup>.

Al netto di ogni riserva sulla indeterminatezza della previsione legislativa (che sembra da un lato punire la mera intenzione di porre in essere l'interruzione di gravidanza, e d'altro lato rende illecite le condotte di agevolazione, non meglio specificate)<sup>9</sup>, le iniziative di *private enforcement*, se ritenute fondate dal giudice, comporteranno non solo l'emissione di un'ingiunzione nei confronti dell'autore della violazione di legge, ma anche il riconoscimento, in favore dell'attore, di c.d. *statutory damages* in misura non inferiore a diecimila dollari per ogni interruzione di gravidanza eseguita, indotta o favorita, oltre al rimborso delle spese legali.

Viene così configurato un "premio" a beneficio del privato cittadino che agisca in giudizio per ottenere il rispetto della legge; con un minimo di enfasi, si è parlato della istituzione *ex lege* di una "taglia" a carico dei trasgressori, ma certamente il meccanismo introdotto dal legislatore texano si carat-

6 Nella dottrina italiana, per un'analisi del *pre-enforcement constitutional challenge* negli Stati Uniti, con un'agile trattazione del concetto di *standing* nel diritto processuale americano, v. C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, Torino, 2018, in particolare 8-12.

7 La nuova legge non definisce la nozione di "emergenza medica", per la quale occorre attingere alle previsioni del già vigente Health and Safety Code: "*Medical emergency means a life-threatening physical condition aggravated by, caused by, or arising from a pregnancy that, as certified by a physician, places the woman in danger of death or a serious risk of substantial impairment of a major bodily function unless an abortion is performed*".

8 La responsabilità civile (S.B. 8, sec. 171.208), può essere fatta valere contro "*any person, who ... knowingly engages in conduct that aids or abets the performance or inducement of an abortion*".

9 Riassume il contenuto della SB n. 8, soffermandosi anche sugli aspetti di carattere processuale, M. Fasan, *Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense*, in DPCE Online, 4/2021,4466-4468.

terizza per una assoluta originalità, anche nella parte in cui vieta il *public enforcement*<sup>10</sup>.

Tali peculiarità non sono il frutto di una estemporanea scelta del legislatore, ma sembrano preordinate a rendere più difficile la contestazione in giudizio della legge e della sua eventuale illegittimità costituzionale.

Invero, escludendo i funzionari pubblici dalla applicazione della legge, ed essendo difficile promuovere azioni preventive nei confronti di privati, cittadini o enti, indeterminati, il solo momento nel quale con certezza si potrebbe esercitare una *judicial review* della legge sarebbe individuabile in un procedimento giudiziario di *private enforcement* contro un presunto trasgressore, così costringendo il cittadino a vedersi contestare la violazione della legge per poterne ottenere il sindacato di costituzionalità.

Peraltro, alcune associazioni abortiste e alcuni cittadini hanno tentato, nonostante quanto sopra, di attivare in via preventiva azioni giudiziarie presso tribunali federali, volte a precludere l'entrata in vigore della legge. Anche a livello statale sono state configurate azioni preventive<sup>11</sup>, finalizzate in prima battuta alla emissione di un *restraining order* preclusivo della attivazione di iniziative di *private enforcement*, e successivamente ad ottenere un *declaratory judgement* avente ad oggetto la legittimità costituzionale della disciplina<sup>12</sup>.

Prendendo in considerazione la giurisdizione federale, l'azione preventiva – nella vicenda processuale qui considerata – viene comunque rivolta contro una serie di funzionari pubblici, con un *escamotage* che consiste nel considerarli quali soggetti a qualche titolo coinvolti nell'attività di *enforcement*, in veste di giudici chiamati a decidere sulle eventuali azioni promosse dai privati ai sensi della legge, e nella funzione di cancellieri chiamati ad operare negli uffici giudiziari. Vengono inoltre convenuti in giudizio il Procuratore generale del Texas, nonché altri funzionari che si assumono comunque preposti all'applicazione della legge, oltre ad un privato cittadino che avrebbe concretamente preannunciato l'intenzione di applicare la legge immediatamente dopo la sua entrata in vigore.

Intuitibile ed immediata, nella costituzione in giudizio dei convenuti, la richiesta di preventivo rigetto delle richieste attoree, sul presupposto della mancanza dell'interesse ad agire, sia sotto il profilo della attualità della controversia, sia per quanto attiene alla legittimazione passiva dei convenuti, che si considerano del tutto estranei al meccanismo di attuazione della legge.

In un continuo botta e risposta tra *petitioners* e *defendants*, nel giro di pochi giorni una corte distrettuale respinge le richieste di rigetto formulate da questi ultimi, e successivamente sospende il giudizio dopo l'immediata impugnazione del mancato rigetto, lasciandola proseguire soltanto per quanto concerne la posizione del privato cittadino coinvolto<sup>13</sup>.

La Corte d'appello sospende, tuttavia, il procedimento con riguardo a tutti i convenuti, e rifiuta di

---

10 In merito alla decisione di non concedere un *injunctive relief* prima dell'entrata in vigore della legge, il Chief Justice Roberts, in una breve nota di dissenso in *Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U.S. (2021), evidenzia che “the statutory scheme before the Court is not only unusual, but unprecedented”. Con toni più forti, sempre in dissenso, la giudice Sotomayor sostiene che “the Texas Legislature has deputized the State's citizen as bounty hunters, offering them cash prizes for civilly prosecuting their neighbors' medical procedures”.

11 Nella Opinione della Corte Suprema del 10 dicembre 2021, su cui ci si soffermerà tra breve, viene menzionato un contenzioso pendente presso la Corte distrettuale statale di Travis City, Texas (D-1-GN-21-004179, *Van Stean v. State of Texas et al.*), nel quale il ricorrente ha chiesto un'ordinanza restrittiva nei confronti di una organizzazione pro-life e di alcuni cittadini, volta a precludere l'instaurazione di procedimenti giurisdizionali ai sensi della legge in commento.

12 Sulla ammissibilità di *declaratory judgements*, nella prospettiva di un accertamento dell'incostituzionalità di una legge in via astratta, v. ancora C. Padula, *La tutela diretta*, cit., 35 ss.

13 La vicenda processuale è compendiata nelle prime pagine della *opinion of the Court* n. 21-463, nel citato caso *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, 114th District et al.*, 595 U.S. (2021).

adottare un provvedimento di emergenza, richiesto dagli attori; di qui, con soli due giorni di anticipo sull'entrata in vigore della legge, la prima richiesta alla Corte Suprema, respinta con la decisione interlocutoria citata in esordio: la Corte rileva la mancanza di requisiti che potremmo con qualche semplificazione assimilare al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*, cui si aggiunge la (in)sussistenza di un interesse pubblico. Dirimenti sembrano essere ragioni di ordine processuale, nonostante le "*serious questions regarding the constitutionality of S.B. 8*", perché la Corte ritiene non essere dimostrato che i funzionari pubblici convenuti dispongano del potere di applicare la legge, e il discorso vale in particolare per le autorità giudiziarie statali, rispetto alle quali la Corte richiama un noto precedente (*Ex parte Young*, 209 U.S. 123 - 1908) sul quale sarà necessario ritornare<sup>14</sup>.

La Corte d'appello del Texas, di cui viene da più parti lamentato un orientamento conservatore (al punto, secondo alcuni, da potersi prevedere con una certa probabilità le decisioni nel caso in commento), si pronuncia nuovamente in via cautelare, a legge ormai in vigore, ribadendo il precedente orientamento con una più articolata *opinion*, e disconoscendo la natura di *proper defendant* ai cancellieri degli uffici giudiziari, individuati quali meri esecutori sotto la direzione dei giudici, i quali ultimi non possono essere destinatari di ordini ad opera di autorità federali, secondo la giurisprudenza citata. Da ultimo, l'affidamento ai soli privati cittadini del compito di dare applicazione alla legge rende estranei ad ogni pretesa il Procuratore generale e gli altri funzionari pubblici.

Parallelamente, si attiva anche il Governo federale, ottenendo inizialmente un'ingiunzione nei confronti dello Stato del Texas, estesa ai suoi "*officers, officials, agents, employees, and any other persons or entities acting on its behalf*", ai quali si vieta di dare applicazione alla S.B. 8. Il provvedimento ha breve durata, in quanto la Corte d'Appello lo riforma nel volgere di pochi giorni, sospendendone l'efficacia in pendenza dell'appello immediatamente proposto dallo Stato del Texas.

In entrambi i procedimenti (quello promosso da associazioni, cliniche e singoli abortisti, e quello instaurato dal Governo federale) viene proposta un'istanza alla Corte Suprema, con richiesta di *certiorari*: la Corte accoglie la richiesta limitatamente ai profili processuali sopra invocati, e cioè per quanto attiene (nel procedimento azionato dai privati) al quesito se uno Stato possa sottrarre alla giurisdizione federale il controllo di costituzionalità di una legge che vieta l'esercizio di un diritto costituzionale, delegando alla collettività il compito di rendere effettivo il divieto mediante azioni civili. Nel procedimento azionato dal Governo federale il *certiorari* è ammesso relativamente al quesito se gli Stati Uniti possano rivolgersi ad una corte federale per ottenere un provvedimento ingiuntivo di accertamento nei confronti di giudici o altri funzionari statali, allo scopo di impedire l'applicazione della S.B. 8.

Il precedente invocato dalla Corte (*ex parte Young*), per quanto piuttosto risalente, ancora governa l'interpretazione costituzionale della c.d. *State sovereign immunity* nelle corti federali, protetta dal XI Emendamento. Nato in reazione al noto caso *Chisolm v. Georgia*, e ratificato nel 1795, l'Emendamento vieta di estendere la giurisdizione delle corti federali alle controversie promosse contro uno degli Stati da cittadini di un altro Stato, o di uno Stato straniero<sup>15</sup>.

In *ex parte Young* la Corte ha configurato un'eccezione alla immunità degli Stati presso i tribunali federali, nei casi in cui venga in rilievo una legge statale contrastante con la Costituzione degli Stati Uniti: in queste situazioni, osserva la Corte, sarebbe incongruo che un cittadino, per poter ottenere una *judicial review* della legge, debba esporsi ad una violazione ed alla conseguente sanzione. D'altro lato, il funzionario statale che intende dare applicazione ad una legge incostituzionale non può qualificarsi quale soggetto agente nell'interesse dello Stato, e pertanto può essere convenuto in un giudizio

14 In merito al privato cittadino convenuto, la Corte rileva che questi ha sottoscritto un affidavit negando di avere intenzione di applicare la legge.

15 XI Emendamento: "*The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State*".



preordinato all'emissione di una ingiunzione nei suoi confronti.

Il principio, tuttavia, non può applicarsi nei confronti di un giudice di uno Stato, perché a ragionare altrimenti, osserva la Corte, si produrrebbe una alterazione della forma di governo (nel nostro linguaggio si potrebbe parlare più correttamente di forma di Stato, posto che l'Emendamento presidia l'autonomia degli Stati rispetto alla Federazione).

Intuitiva è la rilevanza del principio nel caso delle azioni promosse dalle associazioni e cliniche abortiste e dal Governo federale: individuandosi anche le autorità giudiziarie quali possibili destinatari degli *injunctive orders* richiesti dai ricorrenti, la Corte Suprema deve necessariamente affrontare la questione della validità del proprio precedente.

### 3. La pronuncia della Corte Suprema sulle questioni concernenti il diritto ad agire in giudizio

Se, in precedenza, si è accennato alla pendenza di due diversi procedimenti, il riferimento, nel titolo, ad una singola pronuncia e non a due è giustificato dalla decisione della Corte di rivedere il proprio precedente pronunciamento in merito all'azione promossa dal Governo federale: se, in precedenza, il *certiorari* era stato concesso, ora la Corte capovolge la decisione, rilevando - senza motivare, come è costume nei casi di valutazioni sulle richieste di *writ of certiorari* - che lo stesso fosse stato "*improvidently granted*".

Viceversa, per quanto concerne l'azione promossa dai *petitioners* filoabortisti, la Corte produce una articolata (e sofferta) decisione, redatta quasi nella sua interezza dal giudice Gorsuch, ed accompagnata da una *dissenting opinion* del giudice Thomas e da due opinioni in parte dissenzienti e in parte concorrenti: la prima redatta dal Chief Justice Roberts (condivisa dai tra giudici progressisti, Breyer, Sotomayor e Kagan), la seconda ad opera del giudice Sotomayor (condivisa da Breyer e da Kagan).

Premettendo a chiare lettere che la questione di merito (eventuale illegittimità costituzionale della legge S.B. 8) "*is not before the Court*", la Corte precisa come *Ex parte Young* abbia configurato una "*narrow exception*" al principio della immunità giurisdizionale degli Stati, ma ribadisce l'impossibilità per le corti federali di adottare ordinanze ingiuntive nei confronti dei giudici statali.

Andando oltre, la Corte esclude persino che un giudice possa essere "parte" di un giudizio nel quale si controverte intorno alla legittimità costituzionale di una legge statale, né può esserlo un funzionario di cancelleria; in merito al quale ultimo, la disciplina processuale del Texas certo non consente un vaglio sostanziale di ammissibilità di un'azione giudiziaria, a tacere della contraddittorietà di una configurazione che veda i giudici tutelati dall'immunità, e i loro primi collaboratori sprovvisti di tale guarentigia.

Al Procuratore generale del Texas la Corte non riconosce quella che nel nostro lessico processuale potremmo definire "legittimazione passiva", non ravvisando alcun possibile ruolo del medesimo nell'ambito dell'applicazione della legge sull'interruzione di gravidanza.

Dove la Corte apre alla possibilità di *pre-enforcement challenge* è in riferimento ad alcuni funzionari dello Stato del Texas, che ricoprono la veste di *executive director* o *executive commissioner* di alcune *agencies* statali operanti nel settore sanitario<sup>16</sup>: ciò in ragione di una clausola della legge in esa-

16 I convenuti nei confronti dei quali la Corte ha ammesso la prosecuzione dell'azione giudiziaria ricoprono, rispettivamente, la carica di *Executive Director* del *Texas Medical Board*; di *Executive Director* del *Texas Board of Nursing*; di *Executive Commissioner* del *Texas Health and Human Services Commission*; di *Executive Director* del *Texas Board of Pharmacy*.

me, secondo la quale essa non può essere interpretata in modo da precludere l'applicazione di altre leggi che disciplinano o proibiscono l'interruzione di gravidanza. In effetti, la Corte richiama l'esistenza di previsioni legislative statali che affidano ai convenuti sopra citati funzioni di controllo in materia, ad esempio per quanto concerne il potere disciplinare nei confronti dei medici che violino la legge<sup>17</sup>.

L'*opinion* di maggioranza si conclude non senza una nota polemica nei confronti della giudice Sotomayor, la quale rimproverava ai colleghi di rinunciare a difendere la supremazia della Costituzione, a fronte di una legge fortemente sospettata, nel merito, di illegittimità costituzionale, e costruita in modo da renderne difficile la sindacabilità in sede giurisdizionale. La replica della maggioranza è nel senso che l'ordinamento giuridico-processuale americano conosce varie possibilità di tutela della supremazia del diritto federale; che i *petitioners* non sono sempre in grado di scegliere accuratamente gli strumenti di tutela; da ultimo, che non esiste un diritto incondizionato di *pre-enforcement challenge* nelle corti federali<sup>18</sup>.

Anche l'ulteriore rilievo critico, un po' provocatorio, di Sotomayor, viene controbattuto: se la giudice pone l'interrogativo di cosa accadrebbe se altri stati intendessero replicare il meccanismo della S.B. 8 (divieto di esercitare un diritto costituzionalmente tutelato, accompagnato da un meccanismo di esclusivo *private enforcement*), Gorsuch risponde accennando alla possibilità di utilizzare strumenti di *pre-enforcement* simili a quelli ammessi nel caso in esame, e di far valere il primato del diritto federale in qualunque azione giudiziaria, ferma restando la discrezionalità del legislatore federale, che potrebbe introdurre altri e nuovi rimedi giurisdizionali.

Quanto alle *opinions* accompagnatorie, se la posizione di Clarence Thomas appare essere certamente la più conservatrice, tentando di argomentare l'inammissibilità di un'azione proposta anche contro i direttori delle agenzie governative statali, alle quali dovrebbe estendersi la *sovereign immunity* dello Stato, quella del *Chief Justice* Roberts - che sembra decisamente discostarsi, sul tema, dalla posizione dei colleghi di maggioranza, pur nella comune discendenza di nomina ad opera di Presidenti repubblicani - si muove in direzione eguale e contraria, affermando che pure l'Attorney General del Texas potrebbe essere un *proper defendant*, essendo munito del potere di agire in giudizio nei confronti di un medico che violi la legge, e aggiungendo che i *clerks* delle corti giudiziarie esercitano funzioni amministrative distinte da quelle dei giudici, e pertanto potrebbero essere parimenti convenuti in giudizio. Roberts condivide, peraltro, le preoccupazioni di Sotomayor sui rischi che corre la Corte Suprema di fronte all'iniziativa legislativa dello Stato del Texas, rimarcando la celebre affermazione contenuta in *Marbury v. Madison*, secondo la quale "*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*"<sup>19</sup>.

#### 4. Ulteriori tentativi di *pre-enforcement challenge* della SB 8

L'articolazione in senso federale della funzione giurisdizionale può consentire, in talune circostanze,

- 
- 17 L'esempio citato dalla Corte riguarda il Texas Medical Board, al quale sono affidati poteri disciplinari nei confronti dei medici che violino l'Health and Safety Code, un *corpus* normativo che include la SB 8.
- 18 *Whole Woman's Health v. Jackson*, 595 U.S. (2021), 15: "*this Court has never recognized an unqualified right to pre-enforcement review of constitutional claims in federal court ... To this day, many federal constitutional rights are as a practical matter asserted typically as defenses to stale-law crimes, not in federal pre-enforcement cases like this one*".
- 19 *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803). Sulla insoddisfazione generata dalla *opinion* della Corte, e sul rischio, paventato dai giudici che si sono trovati parzialmente in minoranza, che venga vulnerato il ruolo stesso della Corte suprema nel sistema costituzionale statunitense, cfr. M.C. Errigo, *The most dangerous branch?*, cit., 1045-1046.



di moltiplicare i rimedi concessi al cittadino che intenda ottenere una *judicial review* di una legge statale; nel contempo, il sistema delle fonti concorre ad arricchire il quadro dei parametri di costituzionalità, affiancando le Costituzioni statali alla Costituzione federale, fermo ovviamente il primato di quest'ultima.

Il caso esaminato ne fornisce una prova, dal momento che la legge texana sull'interruzione di gravidanza è stata contestata anche sotto il profilo della sua compatibilità con la Costituzione dello Stato del Texas, ad opera di varie organizzazioni abortiste e privati operatori (medici); anche in questa circostanza i profili processuali vengono preliminarmente in rilievo, posto che gli attori hanno chiesto una declaratoria di illegittimità della legge, in via di urgenza, relativamente al meccanismo di *private enforcement* configurato, lasciando in disparte ogni sindacato di merito sul contrasto della legge con la giurisprudenza delle corti federali, Supreme Court in primis.

La Corte distrettuale statale di Travis County<sup>20</sup>, riunendo ben quattordici procedimenti, ha superato tutte le eccezioni in punto di *jurisdiction* formulate dalle parti convenute (varie associazioni *pro-life*), riconoscendo lo standing agli attori e ritenendo che la controversia sia *ripe* (matura per la decisione) stante il c.d. *chilling effect* che la legge produce nei confronti delle pratiche abortive. Inoltre, e si trattava di uno dei profili maggiormente spinosi, l'azione in giudizio non può essere preclusa dalla c.d. *state action doctrine*, inutile essendo il tentativo relegare alla sfera dei rapporti privati le pretese azionate: vi osterebbe il carattere trasversale della garanzia del *due process of law* - che si assume violato dalla legge in commento - applicabile anche nel contenzioso tra parti private; a tacere del fatto che, ad avviso del giudice, la legge texana configura una delega (di *enforcement*) dallo Stato ai privati cittadini, di talché l'esercizio della delega sarebbe comunque considerabile quale *state action*<sup>21</sup>.

Il giudice texano esclude che la Costituzione dello Stato del Texas garantisca un diritto alla *privacy* tale da includere il diritto di interrompere la gravidanza, sullo schema di *Roe v. Wade*; né ritiene che ulteriori previsioni della SB 8, nel richiedere alle strutture sanitarie la raccolta e conservazione di dati ed informazioni mediche, possano considerarsi costituzionalmente illegittime. Ad essere in contrasto con la Costituzione del Texas, viceversa, sono le previsioni legislative che:

- a) ampliano lo *standing*, attribuendo un diritto di agire in giudizio a persone che non hanno subito alcun pregiudizio per effetto dell'applicazione della legge;
- b) negano il *due process of law* a danno degli *abortion providers* eventualmente condannati all'esito delle azioni di *private enforcement*, prevedendo una sorta di sanzione ad importo predeterminato;
- c) delegano un potere esecutivo a soggetti privati, violando il principio di separazione dei poteri.

Il giudice distrettuale ha peraltro negato l'emissione di un'ingiunzione, richiesta dagli attori, volta ad impedire ai convenuti di incoraggiare la proposizione di *private actions* ai sensi della legge, che inoltre rimane in vigore nel suo contenuto sostanziale.

## 5. La legge dello stato del Mississippi. Considerazioni conclusive

All'inizio del mese di dicembre 2021 davanti alla Corte Suprema si è svolto l'*oral argument* relativo al

<sup>20</sup> Nel già citato caso D-1-GN-21-004179, *Van Stean v. State of Texas et al.*

<sup>21</sup> In dottrina, in questo senso, si cita il caso *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461 (1953) a sostegno della tesi per la quale lo stato non potrebbe eludere la *state action doctrine* delegando funzioni pubbliche a privati cittadini. Sul punto, cfr. A. J. Lindvall, *Texas, Abortion ad State Action*, in *SMU Law Review Forum*, Vo. 74, 9-2021, 142.

caso *Dobbs v. Jackson Women's Health*, nel quale si discute sulla legittimità costituzionale di una legge introdotta dallo Stato del Mississippi nel 2018, la quale proibisce l'interruzione di gravidanza dopo la quindicesima settimana, con l'eccezione di *medical emergencies* e delle situazioni di *severe fetal abnormality*.

L'unica organizzazione abortista autorizzata nel Mississippi si è rivolta ad una corte federale distrettuale, la quale ha ingiunto allo Stato di non porre in attuazione la legge; confermata la decisione in Corte d'appello, lo Stato del Mississippi ha chiesto ed ottenuto alla Supreme Court il *certiorari*. Il quesito di diritto sul quale la Corte dovrebbe pronunciarsi potrebbe sembrare già indicativo: "*whether all pre-viability prohibitions on elective abortions are unconstitutional*". Senza mezzi termini, la Corte è chiamata a rivalutare il proprio orientamento, dal quale dottrina e giurisprudenza concordemente desumono, ad oggi, un divieto per gli Stati di proibire le interruzioni di gravidanza fino alla c.d. *viability* del feto, collocata attorno alla ventiquattresima settimana e per la quale (*viability*) viene ammessa, al limite, la possibilità di una verifica in concreto, come è emerso nel noto caso *Webster v. Reproductive Health Services*<sup>22</sup>.

La necessità di un *overruling* di *Roe vs. Wade* e *Planet Parenthood vs. Casey* è stata esplicitamente prospettata dai difensori dello stato del Mississippi, i quali hanno definito i citati precedenti "*egregiously wrong*": la tesi sostenuta, pressoché comune a tutti i detrattori della menzionata giurisprudenza, è che non esista alcun fondamento costituzionale del diritto all'interruzione di gravidanza, come pure del diritto alla *privacy*, e che le pronunce della Corte non avrebbero concorso ad offrire un chiaro orientamento al legislatore, con riguardo al possibile contenuto di previsioni legislative che questi potrebbe adottare per intervenire in una materia che non gli è, in principio, preclusa. Anche il collegamento alla *viability* è contestato, in quanto superato dalle attuali conoscenze mediche, nonché sul presupposto della sua intrinseca arbitrarietà, poiché la dipendenza del concepito dall'intervento altrui non viene in rilievo solo nello stato fetale, ma riguarda anche la fase successiva alla nascita.

Su fronte opposto, a parte una contestazione fondata sullo stato dell'evidenza scientifica, che non supporterebbe il limite alla quindicesima settimana, viene segnalato il rischio di incoraggiare un c.d. turismo abortivo, spingendo le donne che intendono ricorrere all'aborto a trasferirsi in Stati nei quali la legislazione è maggiormente permissiva; viene inoltre lamentata la non compatibilità della legge con la garanzia dell'*equal protection*, laddove la legge rivelerebbe, per un verso, una concezione stereotipata del ruolo della donna nella società e per altro verso incrementerebbe le disparità a danno delle donne e delle famiglie con limitata capacità economica. Anche l'argomento di diritto comparato viene portato a sostegno della illegittimità della legge, se si svolge un'analisi non strettamente limitata alla previsione del termine per ricorrere alla pratica abortiva (che in alcuni paesi, come in Italia, certo non arriva alle 24 settimane), bensì estesa alle numerose possibili eccezioni correlate a situazioni peculiari alle singole gravidanze.

L'*oral argument* non ha offerto spunti predittivi di rilievo, anche se l'idea che la problematica "aborto" debba essere rimessa alle valutazioni e decisioni del legislatore sembra aver persuaso alcuni giudici, in particolare Kavanaugh, il quale ha invocato la neutralità della Corte sul tema; il Chief Justice Roberts è parso maggiormente concentrato sulla previsione legislativa in commento, piuttosto che sul possibile *overruling* dei precedenti citati, aprendo alla possibilità che una valutazione della legge nel senso della sua legittimità costituzionale possa comunque accompagnarsi ad una conferma di *Roe* e *Casey*<sup>23</sup>.

22 *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); su questa pronuncia cfr., per tutti nella manualistica americana, E. Chemerinsky, *Constitutional law*, Wolters Kluwer, 2020, 969 ss.

23 Utili indicazioni sugli esiti dell'udienza in A. Howe, *Majority of Court appears poised to roll back abortion rights*, in *Scotus blog*, [www.scotusblog.com/2021/12/majority-of-court-appears-poised-to-uphold-mississippi-ban-on-most-abortions-after-15-](http://www.scotusblog.com/2021/12/majority-of-court-appears-poised-to-uphold-mississippi-ban-on-most-abortions-after-15-)

Che ci si trovi in presenza di un momento cruciale, nella configurazione del diritto (costituzionale) all'interruzione di gravidanza, è indirettamente testimoniato, ad avviso di chi scrive, dall'insistenza con la quale alcuni autorevolissimi *amici curiae*<sup>24</sup> hanno evidenziato la necessità di assicurare, nel caso *Dobbs*, il rispetto del principio dello *stare decisis*, quale "*bedrock principle of legal jurisprudence since the founding of the nation*". Viene sottolineata, in quanto senso, la delicatezza con la quale la Corte, in *Roe* e *Casey*, avrebbe realizzato un difficile ma chiaro bilanciamento fra interessi contrapposti, in modo da impedire che i legislatori statali siano "*left to interpret nebulous constitutional standards without concrete guidance, leading to a multitude of challenges to state practices, and forcing federal judges to effectively make legislative judgements on a case-by-case basis*"<sup>25</sup>.

Il richiamo allo *stare decisis* pare evidenziare una preoccupazione di fondo sulla tenuta dei precedenti giurisprudenziali; in effetti, la calendarizzazione dei casi *Whole Woman's Health v. Jackson* e *Dobbs v. Mississippi*, e prima ancora la decisione di garantire il *certiorari* relativamente a quesiti che appaiono accuratamente selezionati, sembrano azioni congegnate per rivedere il margine di discrezionalità degli Stati nella regolamentazione dell'aborto; il lato processuale e quello sostanziale si configurano come una "tenaglia legislativa", che accompagna alla previsione di termini più stretti per procedere all'interruzione di gravidanza il trasferimento del possibile contenzioso al piano dei rapporti tra privati, escludendo i poteri pubblici ed affrancandoli da iniziative di *pre-enforcement*.

I sostenitori di *Roe* e *Casey*, dal canto loro, possono auspicare che, stando al quesito formulato e ammesso nel caso *Dobbs*, la Corte, persino con questa maggioranza conservatrice, non intenda mettere in discussione il fondamento costituzionale del diritto all'interruzione di gravidanza; quanto ai profili processuali, la pluralità dei rimedi esperibili sta offrendo alcune breccie nella barriera eretta dal legislatore texano, ma a rivelarsi decisivo potrebbe essere l'effetto a cascata, prodotto dalla SB 8, qualora il meccanismo ivi escogitato fosse replicato, in altri Stati, a supporto di restrizioni di altri diritti costituzionali viceversa più congegnali all'orientamento conservatore (si pensi al Secondo Emendamento<sup>26</sup>). In tali evenienze, in disparte il possibile intervento del legislatore federale, potrebbe davvero la Corte limitarsi alle parole di Justice Gorsuch, secondo il quale essa non dovrebbe "*disregard the traditional limits on the jurisdiction of federal court just to see a favored result win the day*"<sup>27</sup>.

[weeks/](#), 2021.

- 24 Il riferimento è al *brief* presentato da alcuni fra i maggiori costituzionalisti statunitensi (tra i quali Erwin Chemerinsky, Michael Dorf, Geoffrey Stone, David Strauss, Laurence Tribe), no. 19-1392.
- 25 Sul bilanciamento, e in particolare sul criterio del c.d. *undue burden*, enunciato in *Casey*, v. le interessanti osservazioni di A. Baraggia, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in Osservatorio costituzionale, 1/2017, ove si segnala una ulteriore evoluzione dell'orientamento della Corte, nella decisione commentata dall'Autrice, verso un approccio *evidence based* e non più *rational basis*, nella valutazione sulla sussistenza o meno di un *undue burden*.
- 26 Poche ore dopo la pubblicazione della opinione della Corte Suprema sulla SB 8 il governatore della California ha annunciato l'intenzione di proporre una nuova disciplina sul possesso e l'utilizzo delle armi d'assalto, assistita da un procedimento di attuazione mutuato dal modello texano, sul presupposto per il quale "*if states can shield their laws from review by the federal courts ... then California will use that authority to protect people's lives, where Texas used it to put women in harm's way*". Cfr. R. Dahl, *California Gov. Plans to Use Citizen Enforcement Measures for Guns, Are Other States Next?*, in [www.findlaw.com/legalblogs/practice-of-law/california-gov-plans-to-use-citizen-enforcement-measures-for-guns-are-other-states-next/](http://www.findlaw.com/legalblogs/practice-of-law/california-gov-plans-to-use-citizen-enforcement-measures-for-guns-are-other-states-next/), 2021.
- 27 Sulle posizioni dei giudici Gorsuch e Kavanaugh, e sulle aspettative di *overruling* di *Roe* e *Casey* da parte dei conservatori, v. M. Ziegler, *Abortion and the Law in America*, cit., 222 ss.