

La Scienza nella giurisprudenza della Corte Suprema americana: un rapporto in chiaro-scuro

Antonia Baraggia*

SCIENCE IN THE JURISPRUDENCE OF THE US SUPREME COURT: A RELATIONSHIP IN THE DARK

ABSTRACT: This contribution aims to highlight the multiple tensions in the relationship between science and the Supreme Court through an analysis of the jurisprudential strand on the regulation of abortion, in the belief that some of the trends of this paradigmatic jurisprudence can also be extended to other areas of intersection between science and law.

KEYWORDS: US Supreme Court; science; abortion; courts; *amicus curiae*

ABSTRACT: Il presente contributo intende mettere in luce le molteplici tensioni del rapporto tra scienza e Corte Suprema attraverso l'analisi del filone giurisprudenziale in materia di regolamentazione dell'aborto, nella convinzione che alcune linee di tendenza di tale paradigmatica giurisprudenza possano essere estese anche ad altri ambiti di intersezione tra scienza e diritto.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema americana; scienza; aborto; corti; *amicus curiae*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La regolamentazione dell'aborto: quale ruolo per il dato scientifico? – 2.1. La *viability*: un concetto scientifico mutevole – 2.2. L' *undue burden test* tra *ratio* del legislatore ed evidenze scientifiche – 2.3. Un nuovo banco di prova per il dato scientifico in Corte: il caso *Mifepristone* – 3. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Come spesso accade analizzando l'ordinamento americano, anche rispetto al tema del rapporto tra scienza e corti, esso appare come un caso paradigmatico e peculiare – quasi l'ennesima espressione di una sorta di eccezionalismo – anche se non privo di contraddizioni e profili problematici¹.

Ad una generale analisi della giurisprudenza americana, emerge chiaramente come considerazioni di natura scientifica permeino le decisioni della Corte Suprema americana, in diversi ambiti, anche taluni

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano. Mail: antonia.baraggia@unimi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Cfr. L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo: sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986.

apparentemente estranei rispetto al dato scientifico. Anzi, i casi più controversi dall'aborto², alle *affirmative actions*³, alle decisioni relative al fine vita⁴, alla genetica⁵ fino alle questioni ambientali e più di recente climatiche⁶, sono ricchi di riferimenti a dati e conoscenze scientifiche, tanto relative alle cosiddette scienze esatte che alle scienze sociali. Ciò dimostra come lo sviluppo scientifico e tecnologico entri in relazione con la sfera giuridica e sociale, in modo sempre più massiccio e determinante, spesso incidendo su tale rapporto a tal punto da condurre ad una ridefinizione del perimetro dei diritti e dei doveri. Come afferma a tal proposito Sheila Jasanoff, «le Corti vengono chiamate a partecipare ad un processo interattivo di cambiamento sociale e tecnologico. Esse diventano compartecipi nella ricerca sociale di nuove regole per interpretare e ristrutturare una serie di potenzialità in evoluzione»⁷.

Se certamente, scorrendo la giurisprudenza americana siamo di fronte ad un rapporto stretto tra scienza e diritto, tuttavia esso rimane una relazione tutt'ora piuttosto nebulosa, che se da un lato si arricchisce in termini quantitativi, dall'altro stenta a trovare – soprattutto nell'ambito della giurisprudenza della Corte Suprema – una sistematizzazione rispetto alle domande fondamentali che emergono allorquando la scienza si affacci ed anzi entri nell'argomentazione giuridica: con quale criterio il giudice dovrebbe selezionare i dati e le conoscenze da utilizzare in giudizio, soprattutto a fronte di una sostanziale incertezza o non univocità della scienza⁸? E ancora, come vagliare l'attendibilità dei dati che provengono da attori terzi al processo? Vi sono delle caratteristiche soggettive dell'attore che produce il dato o vi è un criterio oggettivo da vagliare⁹? E in caso di disaccordo all'interno della comunità scientifica, quali dati prediligere e secondo quali criteri?

Chi cercasse nella giurisprudenza della Corte Suprema americana risposte univoche a tali quesiti, rimarrebbe piuttosto deluso: in linea generale, possiamo affermare che il rapporto tra scienza e Corte Suprema è mutevole nel tempo ed è caratterizzato da un'ultima incertezza circa il peso del dato scientifico nel processo argomentativo e decisionale della Corte. Questa caratteristica viene in qualche modo amplificata proprio dalla peculiarità del modello americano di giustizia costituzionale, che apre il processo a una molteplicità di soggetti esterni, quali vettori di elementi fattuali o dati tecnico scientifici, attraverso l'istituto dell'*amicus curiae*. Ovviamente la presenza degli *amici curiae* prescinde dal

² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

³ *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023).

⁴ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

⁵ Si veda G.F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti definisce i limiti di brevettabilità del genoma*, in *Politica del diritto*, 4, 2013, 559-564.

⁶ *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. 697 (2022).

⁷ S. JASANOFF (a cura di), *La scienza davanti ai giudici: la regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001, 42.

⁸ In questo senso, come ha ricordato R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 1, «il problema della rilevanza dei dati scientifici è cruciale soprattutto nei giudizi di merito, ove la tentazione di delegare alle scienze "certe" ciò che il giudice non ritiene di poter decidere sulla base dei soli strumenti giuridici costituisce ormai un problema di grande rilievo». In ottica comparata, S. PENASA, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 39-79.

⁹ Sul problema di «dar forma alle regole che disciplinano l'ambito delle scienze della vita», M. TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 81 ss.

fatto che in gioco ci siano considerazioni anche di carattere scientifico e pur tuttavia, proprio nei casi che hanno ad oggetto questioni scientificamente controverse, l'*amicus curiae* trova un terreno particolarmente fertile per la sua proliferazione, come testimoniano gli oltre 140 *briefs* – ovviamente non tutti di taglio puramente scientifico – inviati per il caso *Dobbs v. Jackson*.

Qui emerge tuttavia una prima contraddizione del modello americano: alla straordinaria apertura ai terzi nel processo, non ha fatto seguito l'elaborazione di uno *standard*, di un *test* da applicare da parte della Corte suprema per la validazione del dato scientifico che entra nel processo.

Questo aspetto rende del tutto eccentrica la posizione della Corte Suprema rispetto alle corti federali inferiori, per le quali, proprio la Corte Suprema stessa ha invece elaborato, prima con la sentenza *Frye*¹⁰, e poi nella nota sentenza *Daubert*¹¹ del 1993, un *test* per valutare l'ammissibilità della prova scientifica, assegnando al giudice un ruolo di filtro rispetto alle prove scientifiche adottate, sia in termini di rilevanza che di affidabilità, operando in particolare «a preliminary assessment of whether the testimony's underlying reasoning or methodology is scientifically valid and properly can be applied to the facts at issue»¹²: l'evidenza scientifica è rilevante, chiarisce la Corte, solo laddove risulti da una corretta applicazione della metodologia e del ragionamento scientifico. Si tratta di una operazione delicata il cui *focus* «must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate»¹³.

Questo *test*, tuttavia, riguarda esclusivamente le *federal trial courts* e non la Corte Suprema, alla cui giurisprudenza il *test* in questione non si applica. Si tratta di un esito per certi versi paradossale se si pensa che oggi il *Daubert test* rappresenta uno *standard* di validazione delle opinioni e delle prove scientifiche utilizzato da giurisdizioni¹⁴, da ultimo la nostra Corte di Cassazione nel noto caso *Cozzini*¹⁵. Il *test* elaborato dalla Corte Suprema se da un lato prova a razionalizzare l'uso del dato scientifico in sede probatoria, non è tuttavia scevro da profili problematici. La dottrina ha evidenziato come per esempio il *test* risulti poco attendibile rispetto a prove scientifiche legate a tecniche emergenti come le neuroscienze o a vagliare teorie nell'ambito delle scienze sociali¹⁶. A ciò si aggiunga il rischio «che la formale presenza degli indicatori richiesti ammantati di oggettività scientifica teorie intrinsecamente legate all'impostazione valoriale, politica e culturale di chi le ha prodotte»¹⁷. Per questo alcuni giudici federali hanno introdotto aspetti procedurali volti a garantire la neutralità delle posizioni scientifiche come, per esempio, la nomina di esperti esterni alle parti o addirittura la nomina di un *neutral science panel* che riunisce diversi esperti di varie discipline che possano concorrere a fornire un dato quanto più neutro possibile. Quel che è certo è che anche con la proceduralizzazione del dato scientifico, come ha affermato il giudice Breyer, ultimamente, «a judge is not a scientist, and a courtroom is not a

¹⁰ *Missouri v. Galin E. Frye*, 566 U.S. 134 (2012).

¹¹ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

¹² *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

¹³ *Ivi*.

¹⁴ G. RAGONE, *Eine Empirische Wende? La Corte Costituzionale E Le Sfide Della Complessità Tecnico-Scientifica*, Torino, 2020,

¹⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 17.9.2010 (dep. 13.12.2010), n. 43786.

¹⁶ G. RAGONE, *Eine Empirische Wende?* (cit.), 21.

¹⁷ *Ivi*, 184.

scientific laboratory. But the law must seek decision that fall within the boundaries of scientifically sound knowledge»¹⁸.

Questo aspetto, ovverosia la ricerca dei contorni di una conoscenza che abbia un fondamento scientifico e che definisce il perimetro entro cui il giudice dovrebbe muoversi, ci porta ad affrontare il secondo aspetto paradigmatico del modello americano, di cui già si è fatta menzione: il ruolo dell'istituto dell'*amicus curiae* laddove lo stesso sia portatore di conoscenze scientifiche che entrano nel contraddittorio dinnanzi alla Corte suprema.

Il rapporto tra *amicus briefs* e dato scientifico appare sin da subito problematico proprio per l'assenza di un "filtro" alla presentazione delle allegazioni amicali che contengono informazioni e dati talvolta in netto contrasto, che vengono utilizzati dai giudici in modo del tutto discrezionale, a seconda anche della posizione che essi intendono sostenere.

A questo profilo di criticità si aggiunga il fatto che nel tempo la natura stessa degli *amici curiae* si è trasformata: da amici della Corte, oggi sarebbe più appropriato parlare di amici delle parti. Si tratterebbe non più di interventi volti ad affermare un fine superiore di giustizia, come alle origini dell'istituto, ma strumenti volti ad influenzare l'esito del processo e l'argomentazione della corte, e pertanto aventi natura precipuamente "politica"¹⁹.

Anche laddove gli *amici curiae* non riescano a influenzare l'esito del caso, essi introducono nell'alveo del processo decisionale della Corte dati, argomenti che possono essere utilizzati, anche per la costruzione di opinioni dissenzienti. A questo proposito si evidenzia una correlazione tra la crescita delle *dissenting opinions* e l'intervento sempre più massiccio di *amici curiae* che arrivano anche ad essere, nei casi più controversi (*Obergefell*²⁰ e *Dobbs*²¹) dell'ordine di centinaia.

Non è chi non veda, allora, come non sia possibile applicare gli standard del *Frye* o del *Daubert test* alle tesi presentate negli *amicus briefs*. Come rileva Ragone, infatti, in quest'ultimo caso, non si tratta «di decidere se una specifica testimonianza scientifica possa essere ammessa, bensì di vagliare numerose opinioni, espresse da soggetti che – sebbene non parti – sono spesso partigiani»²², ovverosia offrono elementi e dati volti, deliberatamente, ad orientare la Corte a pronunciarsi favore o contro una delle parti. Anche per questo, in seno alla Corte vi è spesso disaccordo tra i giudici stessi su quali *briefs* considerare e su quale peso dare alle argomentazioni addotte dagli stessi.

Al *bias* nella selezione si devono aggiungere almeno altri due aspetti problematici, proprio del processo di natura costituzionale.

Il peso del dato scientifico nel processo costituzionale si pone spesso in tensione con la sfera di discrezionalità politica di cui gode – soprattutto in ambiti di *policy* controverse – il legislatore.

¹⁸ S. BREYER, *Science in the Courtroom*, in *Issues in Science and Technology*, 16, 4, 2000.

¹⁹ Cfr. S. BANNER, *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends, 1790-1890*, in *Constitutional Commentary*, 20, 2003, 111-130 e S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 72, 4, 1963, 694-721.

²⁰ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

²¹ *Dobbs v. Jackson*, cit.

²² G. RAGONE, *Eine Empirische Wende?*, cit., 197.

Questo aspetto è oggi al centro dei casi di *climate change litigation*²³ a livello globale ed è emerso negli Stati Uniti chiaramente nel caso *West Virginia v. Environmental Protection Agency*²⁴ avente ad oggetto il potere dell'*Environmental Protection Agency* di stabilire tetti massimi alle emissioni alla luce del *Clean Air Act*. Nel caso, particolarmente controverso, la Corte Suprema ha affermato che il cosiddetto approccio del “passaggio generazionale” rappresenta una “*major question*”²⁵ di straordinaria rilevanza economica e politica e pertanto un’agenzia amministrativa non ha il potere di prendere decisioni su tali questioni – anche alla luce di dati scientifici – a meno che il Congresso non le conferisca chiaramente tale autorità.

Un secondo profilo che viene in rilievo, evidenziato in particolare dalla sentenza *Moore v. Texas*²⁶, riguarda l’utilizzo del dato scientifico laddove in gioco vi sia la tutela dei diritti fondamentali. In tale caso, la Corte Suprema degli Stati Uniti è stata chiamata a risolvere la questione se l’uso di *standard* medici ormai superati in materia di disabilità intellettiva per determinare se una persona è esente dalla pena di morte violasse o meno il divieto dell’Ottavo Emendamento contro punizioni crudeli e degradanti, nonché il precedente della Corte in *Atkins v. Virginia*²⁷. La maggioranza della Corte ha dato risposta affermativa, ha annullato la sentenza della Corte d’Appello penale del Texas e ha rinviato il caso alla stessa per ulteriori procedimenti.

La *dissenting opinion* del Giudice Roberts mette in luce che la definizione costituzionale di «cruel and unusual rests on a judicial judgment about societal standards of decency, not a medical assessment of clinical practice»²⁸. In altri termini, l’obiezione non è che il dato scientifico non fosse corretto, ma che, considerato al di fuori del particolare contesto costituzionale, quel dato fosse semplicemente irrilevante. La domanda potrebbe essere riformulata in questi termini: quale peso dare al dato scientifico e quale peso dare al precedente, al contesto costituzionale e legislativo?

Il presente contributo intende mettere in luce queste molteplici tensioni del rapporto tra scienza e Corte Suprema attraverso l’analisi del filone giurisprudenziale in materia di regolamentazione dell’aborto, nella convinzione che alcune linee di tendenza di tale giurisprudenza possano essere estese anche ad altri ambiti di intersezione tra scienza e diritto.

2. La regolamentazione dell’aborto: quale ruolo per il dato scientifico?

La giurisprudenza in tema di aborto è particolarmente interessante ed emblematica rispetto ai profili sin qui sollevati, a partire dalla sentenza *Roe v. Wade* fino a *Dobbs* e sicuramente alla luce del *post-Dobbs*, con l’attesissima sentenza in merito all’utilizzo della pillola abortiva e dei suoi effetti sulla salute della donna.

²³ J. NEDEVSKA, *An Attack on the Separation of Powers? Strategic Climate Litigation in the Eyes of U.S. Judges*, in *Sustainability*, 13, 5, 2021.

²⁴ 597 U.S. 697 (2022).

²⁵ Si veda tra i tanti, S.B. JOYCE, *Testing the Major Questions Doctrine*, in *Stanford Environmental Law Journal*, 43, 1, 2024, 50-94.

²⁶ *Moore v. Texas*, 581 U.S. ____ (2017)

²⁷ 536 U.S. 304 (2002).

²⁸ *Moore v. Texas*, ROBERTS, CJ, *dissenting*, 9 (slip op.).

Non è ovviamente possibile ripercorrere le molteplici sfumature che hanno attraversato la giurisprudenza dalla Corte Supreme in tema di aborto. Vorrei riflettere in particolare su due concetti che costituiscono il perno sul quale si è sviluppata la giurisprudenza della Corte Suprema. Il concetto di *viability* e il concetto di *undue burden*.

Essi sono concetti che mostrano due diverse possibili interazioni tra scienza e diritto: la *viability* è un concetto scientifico che viene assunto dalla Corte per delimitare la discrezionalità legislativa volta a introdurre limiti alla decisione abortiva; l'*undue burden* al contrario è un concetto giuridico che, soprattutto nella giurisprudenza più recente la Corte riempie di contenuto scientifico.

2.1. La *viability*: un concetto scientifico mutevole

Rispetto al tema della *viability*, è ormai opinione condivisa che la distinzione introdotta da *Roe* tra aborti prima e dopo la *viability* sia piuttosto problematica. Quale è il fondamento di tale distinzione e perché *Roe* lo considera come il *discrimen* in cui può sorgere un interesse dello stato a protezione della vita in potenza? Si tratta, come per altro rileva la Corte tanto in *Casey*²⁹ quanto in *Dobbs*, di una scelta tanto più discutibile anche alla luce del fatto che il concetto stesso di *viability* è variabile, soggetto all'influenza di diversi fattori esogeni rispetto alle caratteristiche del feto, come per esempio l'avanzamento delle tecniche di cura neonatale e la qualità delle infrastrutture mediche, cosicché la *viability* potrebbe variare in base al luogo in cui una donna si trovi ad essere assistita. Inoltre, anche dal punto soggettivo, la determinazione della *viability* dipende da un insieme di fattori quali l'età gestazionale, il peso del feto e la condizione di salute generale della madre e non sarebbe dunque possibile una sua fissazione generale a priori. E ancora, afferma la Corte, «even if each fetus's probability of survival could be ascertained with certainty [...] is a fetus viable with a 10 percent chance of survival? 25 percent? 50 percent? Can such a judgment be made by the State?»³⁰.

È piuttosto significativo analizzare i contributi degli *amici curiae* – più di 140 in *Dobbs* – rispetto al tema della *viability*. Due associazioni mediche di orientamento conservatore – l'*American College of Pediatricians* e l'*Association of American Physicians & Surgeons*³¹ – affermano che la regola della *viability* si basa su informazioni mediche errate e incomplete sullo sviluppo prenatale: oggi, ciò che sappiamo sul rapido sviluppo del nascituro è cambiato rispetto al passato e a maggior ragione dovrebbe cambiare anche la giurisprudenza della Corte a tutela del feto, affermano entrambe le associazioni. Al contrario, la *Society for Maternal-Fetal Medicine* e altri gruppi sostengono che la scienza e la medicina sono ormai concordi sul fatto che è impossibile per un feto provare dolore prima delle 24 settimane di gravidanza perché le strutture corticali e del midollo spinale non si sono sviluppate in quella fase della gestazione. Respingono, adducendo i dati scientifici in loro possesso, le argomentazioni dei sostenitori della legislazione del Mississippi secondo cui prevenire il dolore fetale sia una valida motivazione per estendere il divieto di aborto oltre la quindicesima settimana.

La debolezza del termine della *viability*, del resto, era già stata ammessa da *Casey*, laddove, pur senza giungere al superamento di *Roe*, la Corte Suprema aveva manifestato una nuova sensibilità,

²⁹ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

³⁰ *Dobbs v. Jackson*, cit., 53 (slip op.).

³¹ *Brief For The American College Of Pediatricians And The Association Of American Physicians & Surgeons As Amici Curiae In Support Of Petitioners*.

consapevole di muoversi nell'ambito di una problematica non risolvibile meramente in termini di diritti "negativi", sottratti cioè all'interferenza del potere pubblico, ma solo attraverso la costante interazione tra diritti individuali, scienza medica e coscienza sociale. In questo contesto, come noto, la corte introduce un nuovo test per verificare la legittimità di una legge statale in materia d'aborto: l'*undue burden test*, anch'esso per altro profondamente rivisitato nella successiva giurisprudenza. Alla luce di tale standard, occorre verificare se una norma statale in materia di aborto abbia lo scopo o l'effetto di imporre un "*undue burden*", che è definito come un ostacolo sostanziale all'esercizio della volontà della donna di abortire, prima che il feto abbia raggiunto la c.d. *viability*, cioè sia capace di vita autonoma al di fuori del ventre materno³².

Casey non solo rappresenta, dunque, un *turning point* fondamentale nella giurisprudenza di merito in tema di aborto: essa offre anche interessanti spunti circa la concezione del ruolo del potere giudiziario rispetto a questioni socialmente divisive, che chiamano in gioco anche competenze medico-scientifiche.

Rispetto a quest'ultimo aspetto, a differenza di quanto fatto in *Roe*, la Corte fa leva sull'evoluzione delle conoscenze in campo medico al fine di giustificare i limiti posti alla libertà di abortire. In riferimento al concetto della *viability*, per esempio, in *Casey* la Corte è consapevole di maneggiare un concetto mutevole (una *shifting line*, è stata definita)³³, alla luce del progresso della neonatologia: se al tempo di *Roe* la *viability* era fissata intorno alla ventottesima settimana, nel 1992 il termine era sceso alla ventitreesima settimana, grazie alla capacità medica di accudire e far sopravvivere feti nati prematuri³⁴.

Come è stato osservato, «the Court saw shifting viability as an outcome of advances in medical practice. The Court therefore deferred fully to medical evidence and expertise on the question of viability, insulating itself from scrutiny on this question»³⁵.

Anche l'impatto dell'aborto sulla salute psichica della donna è oggetto di attenzione in *Casey* che anzi, costituisce un «pivotal moment in the Court's treatment of abortion and psychological harm»³⁶. Se in *Roe* l'aspetto della salute psichica della donna non era estraneo al *legal reasoning* della Corte, esso veniva però in rilievo per un profilo opposto rispetto a quello trattato in *Casey*: in *Roe*, infatti, era la gravidanza indesiderata che poteva arrecare un danno alla salute mentale della donna; in *Casey*, invece è l'aborto stesso suscettibile di tale effetto, in particolare laddove la donna non sia adeguatamente informata: «It cannot be questioned that psychological wellbeing is a facet of health. Nor can it be doubted that most women considering an abortion would deem the impact on the fetus relevant, if not dispositive, to the decision. In attempting to ensure that a woman apprehend the full consequences of her decision, the State furthers the legitimate purpose of reducing the risk that a woman

³² Come sottolinea R. SIEGEL, *The Constitutionalization of Abortion*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS (a cura di), *Abortion law in transnational perspective: cases and controversies*, Philadelphia, 2014, 25, «Casey's undue burden framework allowed government to deter abortion, but only by means that inform, rather than block, a woman's choice about whether to end a pregnancy».

³³ A. AHMED, *Medical Evidence and Expertise in Abortion Jurisprudence*, in *American Journal of Law & Medicine*, 41, 2015, 96.

³⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, cit., 860.

³⁵ A. AHMED, *Medical Evidence and Expertise in Abortion Jurisprudence*, cit., 96.

³⁶ *Ibidem*, 97.

may elect an abortion, only to discover later, with devastating psychological consequences, that her decision was not fully informed»³⁷.

Come si vede, in *Casey* la Corte rovescia l'argomentazione di *Roe*, tanto da ammettere come costituzionalmente legittime regolamentazioni che pongono in capo al medico l'obbligo di informare la donna circa «the nature of the procedure and the risks and alternatives that a reasonable patient would find material; (ii) the fetus'probable gestational age; and (iii) the medical risks involved in carrying her pregnancy to term». A ciò si aggiunge che un medico o un consulente debba informare la donna sul fatto che «the state health department publishes free materials describing the fetus at different stages and listing abortion alternatives; (ii) medical assistance benefits may be available for prenatal, childbirth, and neonatal care; and (iii) the child's father is liable for child support»³⁸.

Autorevole dottrina ha rilevato che tale formulazione del consenso informato «deviates, in some degree, from the ordinary informed consent dialogue designed to facilitate the patient's aims»³⁹, mirando non tanto a fornire un'analisi costi-benefici connessi all'operazione, quanto a comunicare «community's values with the aim of influencing a woman's abortion decision»⁴⁰.

2.2. L' *undue burden test* tra *ratio* del legislatore ed evidenze scientifiche

L'*undue burden test*, a partire da *Casey*, è il parametro di riferimento utilizzato tanto dei giudici che hanno dichiarato l'incostituzionalità delle restrizioni di legge previste, quanto da quelli che ne hanno dichiarato la conformità a Costituzione, a dimostrazione dell'incertezza interpretativa che circonda il concetto e la sua applicazione. Tuttavia, come osservano Greenhouse e Siegel, «this is not as surprising as it might at first seem. *Casey* was crafted by moderates responding to concerns raised both by those who wanted to overturn *Roe v. Wade*, and those who wanted to preserve constitutional protections for the abortion right»⁴¹. È proprio in questo carattere ultimamente compromissorio di *Casey*, che va dunque rintracciata l'ambiguità sottesa al concetto di *undue burden*. Ambiguità che viene tuttavia sciolta proprio dalla Corte Suprema in *Whole Woman's Health*⁴², la quale si discosta nettamente da un'interpretazione dell'*undue burden* volta meramente ad accertare la *ratio* della scelta legislativa – esercitata nell'ambito della discrezionalità del legislatore – giungendo ad indentificare «real limits on state efforts to restrict women's access to abortion» e ancor di più indicando ai giudici «how to apply the *Casey* framework in evaluating the benefits and burdens of restrictions on abortion»⁴³.

Il ragionamento della Corte è centrato, ancora una volta, sulla verifica dell'*undue burden* standard, ovvero sulla verifica che una legge, che pure persegue «a legitimate state interest», non abbia al

³⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, cit., 882.

³⁸ *Ivi*, 967.

³⁹ R. SIEGEL, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, in *Yale Law Journal*, 117, 2008, 1757.

⁴⁰ *Ivi*, 1758.

⁴¹ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *Casey and the Clinic Closing: When "protecting health" obstructs choice*, in *Yale Law Journal*, 125, 2016, 1431.

⁴² *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016).

⁴³ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman's Health*, in *Yale Law Journal Forum*, 126, 2016, 150.

contempo «the effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman's choice»⁴⁴. Tuttavia a differenza della Corte d'Appello e del Quinto Circuito – che avevano adottato un approccio “*rational basis*” – valutando cioè la *ratio* sottesa alle restrizioni di legge che afferma un principio vitale dell'autogoverno democratico⁴⁵ – la Corte Suprema si muove sul terreno delle evidenze fattuali, che la portano a ponderare – attraverso l'analisi di dati concreti, di prove scientifiche, di valutazioni circa l'impatto reale sulla vita delle donne – il rapporto “costi-benefici”⁴⁶ delle restrizioni introdotte dal legislatore.

Afferma, infatti, il giudice Breyer che la regola enunciata in *Casey* «requires that Courts consider the burdens a law imposes on abortion access together with the benefits those laws confer» e che «the Court, when determining the constitutionality of laws regulating abortion procedures, has placed considerable weight upon evidence and argument presented in judicial proceedings»⁴⁷.

In definitiva, la Corte Suprema introduce una nuova interpretazione dell'*undue burden* test, che potremmo definire “*evidence based*”, in quanto la legittimità della scelta discrezionale del legislatore viene valutata alla luce dei dati scientifici e delle conseguenze fattuali della scelta stessa, diventando dunque la «razionalità scientifica presupposto di legittimazione di una legge»⁴⁸.

Rispetto al requisito degli *admitting privileges*, in particolare, la Corte Suprema, riportando una serie di “*evidences*”, giunge a conclusione che la legge in questione non sia giustificata alla luce dei benefici in favore della salute della donna, ponendo al contrario «a substantial obstacle in the path of a woman's choice»⁴⁹.

Tra le “*evidences*” addotte dalla Corte vi sono studi scientifici che mostrerebbero la frequenza del tutto irrisoria di complicanze relative all'aborto nei primi tre e sei mesi di gravidanza (rispettivamente lo 0,15% e lo 0,50% di complicanze) e testimonianze di esperti secondo i quali l'eventualità della necessità di ricorrere a strutture ospedaliere a seguito di un aborto sarebbe remota e quasi mai necessaria per la tutela della salute della donna.

A ciò si aggiunga l'effetto della previsione di legge censurata, ovvero la chiusura di metà delle cliniche praticanti aborti in Texas. Tale riduzione del numero delle strutture, afferma la Corte «meant fewer doctors, longer waiting times and increased crowding»⁵⁰, oltre che un aumento della distanza per molte pazienti dalla clinica ed esse più vicina.

⁴⁴ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, cit., 19 (slip op.).

⁴⁵ *Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. v. Abbott*, 769 F.3d 330 (5th Cir. 2014).

⁴⁶ K.C. WALSH, *The constitutional law of abortion after Whole Woman's Health – What comes next?*, in Scoloblog.com, 28 giugno 2016. L'Autore afferma, criticamente, che «what may appear on the surface of judicial opinions to be a cost-benefit analysis is likely to reflect either (1) decisions on other grounds (as often happens in dormant Commerce Clause analysis of non-discriminatory state legislation under *Pike v. Bruce Church*), or (2) judicial selectivity about which facts matter and why (as often happens in the effects prong of Establishment Clause analysis under *Lemon v. Kurtzman*)».

⁴⁷ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, cit., 20 (slip op.).

⁴⁸ Si veda A. D'ALOIA, *Giudice e Legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 113 e A. SPADARO, *Sulle tre forme di legittimazione (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato Costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA, (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 569 ss.

⁴⁹ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, cit., 24.

⁵⁰ *Ivi*, 26.

In particolare, sebbene, quest'ultimo aspetto, per esplicita ammissione della Corte, non necessariamente costituisce un *undue burden*⁵¹, nel caso in esame viene ad aggiungersi ad altri ostacoli che, considerati cumulativamente e alla luce dell'assenza di un reale beneficio per la salute delle donne, configurano senza ombra di dubbio un *undue burden*. Degno di rilievo è che la Corte nel caso in esame non solo valuta la concreta possibilità dell'accesso all'aborto (*an*), ma anche la sua realizzazione qualitativa (*quomodo*), ponendo particolare attenzione alle condizioni in cui le donne possono portare a termine la loro scelta.

Come si può intuire, siamo di fronte ad una nuova interpretazione del concetto di *undue burden*, non più incentrato sulla *ratio* della disposizione di legge, ma sull'analisi costi-benefici della stessa, anche alla luce del dato scientifico. E quest'ultimo, anche quando incerto e dibattuto, sembra avere la meglio anche sulla discrezionalità legislativa: «the statement that legislatures, and not Courts, must resolve questions of medical uncertainty is also inconsistent with this Court's case law. Instead the Court, when determining the constitutionality of laws regulating abortion procedures, has placed considerable weight upon evidence and argument presented in judicial proceedings»⁵².

Nella sua *dissenting opinion*, il giudice Thomas rileva criticamente questa svolta della Corte rispetto al *framework* elaborato in *Casey*, affermando che «the majority's undue-burden test looks far less like our post-Casey precedents and far more like the strict-scrutiny standard that Casey rejected, under which only the most compelling rationales justified restrictions on abortion»⁵³.

Condivisa o meno la presa di posizione della Corte, essa rappresenta una svolta importante nella giurisprudenza in tema di *abortion rights* della stessa, suscettibile di applicazione non solo rispetto ad altre leggi statali emanate alla luce della tutela della salute della donna, ma anche rispetto a normative restrittive dell'aborto in nome della protezione della vita prenatale.

Autorevole dottrina ha rilevato che l'approccio *evidence-based* adottato dalla Corte e il contestuale rifiuto del *rational basis scrutiny* fornisce, in definitiva, ai giudici gli strumenti per applicare l'*undue burden* test – come ridefinito dalla Corte stessa – a tutte le leggi suscettibili di imporre restrizioni alla scelta abortiva, non solo in nome della tutela della salute della donna ma anche della protezione della vita prenatale⁵⁴. Come osservano Greenhouse e Siegel, «evidence based balancing of this kind should also guide courts in evaluating fetal-protective abortion restrictions that rest on the contested factual claims – for example, claims that abortion before viability inflicts fetal pain»⁵⁵.

Altra parte della dottrina ha, invece, messo in evidenza le carenze di un simile approccio, «which inescapably – even if only implicitly – requires the valuation and commensuration of incommensurable objects. Take, for example, a law that bans abortions after twenty weeks gestational age. Hard to deny

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ivi*, 20.

⁵³ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, THOMAS, J, *dissenting*, 10.

⁵⁴ M. ZIEGLER, *The Court once again makes the "undue-burden" test a referendum on the facts*, in Scotusblog.com, 27 Giugno 2016. L'A. afferma che «this decision is important because of what it says about how the Court should approach any abortion restriction, not just the ones analyzed by the Justices today. Breyer's opinion offers a few clues about how courts should apply the "undue burden" test going forward. First, courts have to consider not only whether a law eliminates access but also whether a regulation benefits anyone».

⁵⁵ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman's Health*, cit., 161.

that the twenty-plus-week-old human fetus is a human baby... What does, or will, our law say about the costs and benefits of a law that protects these babies, or of a constitutional regime that disables meaningful legal protection for them?»⁵⁶.

Proprio queste incertezze interpretative sono alla base di una delle giustificazioni addotte in *Dobbs* per sostenere la necessità dell'*overruling*. Ebbene, sul punto la Corte argomenta che il test dell'*undue burden*, come del resto testimoniano le divergenze interpretative più recenti, anche nelle Corti distrettuali «has proved to be unworkable» e come tale la sua applicazione «would undermine, not advance the evenhanded predictable, and consistent development of legal principles»⁵⁷.

Come si vede, i più recenti approdi della giurisprudenza americana in tema di aborto non contribuiscono certo a sciogliere le tensioni tra scienza e diritto, anzi esse amplificano i limite del dato scientifico e segnano la distanza tra decisione politica e decisione “*data driven*”.

In questo contesto la Corte Suprema si affaccia ad un nuovo banco di prova: il caso della pillola abortiva.

2.3. Un nuovo banco di prova per il dato scientifico in Corte: il caso *Mifepristone*

Il primo caso nell'era post *Dobbs* che la Corte Suprema si è trovata a decidere riguarda la causa promossa da un gruppo di medici e da alcune organizzazioni di medici avverso la *Food and Drug Administration* (FDA)⁵⁸, in merito alla sicurezza del mifepristone, la sostanza contenuta nelle pillole prescritte per ottenere l'aborto farmacologico.

La FDA aveva già approvato nel 2000 la commercializzazione del mifepristone, ma solo entro la settima settimana di gravidanza e ne aveva ristretto l'uso alla luce di condizioni ben precise: oververosia il medicinale poteva essere prescritto solo da un medico e la paziente, prima di assumere il medicinale doveva sottoporsi a tre visite con il medico prescrivente il medicinale. A questi requisiti si deve aggiungere che i medici erano tenuti a segnalare al produttore del medicinale – che voi avrebbe a sua volta dovuto avvertire la FDA – eventuali eventi avversi verificatisi a seguito dell'assunzione del medicinale, come per esempio emorragie, necessità di ospedalizzazione o altri episodi di acclarata gravità.

Nel 2016, su richiesta del produttore del medicinale e a seguito di una dettagliata istruttoria, la FDA ha allentato le restrizioni circa l'assunzione del mifepristone: esso avrebbe potuto essere assunto entro la decima settimana di gestazione, essere prescritto anche da personale paramedico e assunto a seguito di una sola visita medica in persona (invece che tre come in passato).

A ciò si aggiunga che anche l'obbligo di segnalare eventi avversi veniva circoscritto solo a eventi che avrebbero causato il decesso del paziente.

Infine, nel 2021 la FDA ha ulteriormente allentato i vincoli per l'assunzione del medicinale: in particolare anche alla luce dei mutamenti nella relazione medico-paziente durante l'emergenza pandemica, che avevano visto autorizzare l'assunzione del mifepristone anche senza una visita in presenza, la FDA ha annunciato che non avrebbe più richiesto il requisito della visita in persona.

Tanto la decisione del 2000, quanto le successive aperture del 2016 e del 2021 vengono contestate dai ricorrenti – quattro associazioni di medici di orientamento *pro-life* e alcuni medici – in quanto, avendo

⁵⁶ K. WALSH, *The constitutional law of abortion after Whole Woman's Health – What comes next?*, cit.

⁵⁷ *Dobbs v. Jackson*, cit.

⁵⁸ *Alliance for Hippocratic Medicine v. U.S. Food and Drug Administration*, 602 U.S. ____ (2024).

reso progressivamente più facile l'accesso al mifepristone, metterebbero a rischio la salute delle pazienti, causando complicazioni che richiederebbero ai medici, anche laddove obiettori, di intervenire nelle procedure abortive in casi d'emergenza. Proprio in virtù degli effetti del mifepristone, i ricorrenti ritengono inoltre di essere legittimati ad intentare la causa perché sarebbero danneggiati dal carico di lavoro aggiuntivo quando i sistemi sanitari saranno "sopraffatti" dalle emergenze causate dagli aborti con il farmaco alla luce di alcuni dati che vedono una correlazione tra accessi al pronto soccorso per complicanze in caso di aborto e l'utilizzo della sostanza in oggetto.

Nell'agosto 2023, la Corte d'Appello del Quinto Circuito, ha ritenuto che le determinazioni normative della FDA del 2016 e del 2021 che avevano facilitato l'accesso al mifepristone dovessero essere annullate, perché il processo decisionale seguito in seno all'agenzia presentava alcune lacune dal punto di vista scientifico. In particolare, i ricorrenti contestavano il *modus operandi* della FDA che non avrebbe condotto un'indagine completa – ed anzi si sarebbe mossa in via arbitraria - in merito agli affetti avversi del mifepristone.

La Corte Suprema è stata dunque investita del caso e si è pronunciata il 13 giugno 2024.

Due sono le questioni sottoposte alla Corte: la prima, preliminare, riguarda proprio lo *standing* dei ricorrenti e la loro legittimità da agire; la seconda riguarda nel merito la legittimità della decisione della FDA di approvare il prodotto e allargare le maglie della sua somministrazione.

La decisione, la prima dopo *Dobbs*, era molto attesa, anche perché essa si colloca al crocevia tra due filoni giurisprudenziali piuttosto problematici della recente giurisprudenza della Corte: da un lato, ovviamente, si inserisce nel filone relativo al contenzioso in tema di interruzione volontaria di gravidanza, terreno quanto mai insidioso dopo la rivoluzionaria (o contro-rivoluzionaria) sentenza *Dobbs*; dall'altro attiene anche alla delicata questione circa il rapporto tra giurisdizione e discrezionalità politica/amministrativa, questione recentemente rinvigorita dalla sentenza *West Virginia v. EPA* e oggi dal caso in esame avente ad oggetto le determinazioni di un'altra agenzia, la FDA.

Nel caso in esame, tuttavia la Corte non entra nel merito dell'estensione dei poteri della FDA, arrestandosi alla questione preliminare circa lo *standing* dei ricorrenti. La Corte afferma che i ricorrenti sono privi dello *standing* in quanto essi non hanno subito alcun tipo di pregiudizio rispetto al fatto rilevante (ovvero la ridefinizione degli standard circa la prescrizione e assunzione del mifepristone). Si tratta, infatti, di medici anti-abortisti che non prescrivono il medicinale e dunque non possono di avere un "personal stake" rispetto alla controversia in esame. Siamo di fronte, come ci ricorda la Corte stessa, ad un principio iscritto nel III articolo della Costituzione, a tutela della separazione dei poteri, al fine di evitare che le «federal courts operate as an open forum for citizens to press general complaints about the way in which government goes about its business»⁵⁹.

Per ora, dunque, la Corte ha evitato di addentrarsi nel terreno della determinazione della legittimità o meno delle decisioni della FDA, ma la *litigation* in tema di aborto continuerà ad essere senza dubbio un ambito privilegiato di intervento della Corte, chiamata sempre di più a confrontarsi e a pronunciarsi «sui processi di costruzione di nuovi assetti sociali e politici riguardanti la scienza e la tecnologia»⁶⁰.

⁵⁹ *Alliance for Hippocratic Medicine v. U.S. Food and Drug Administration*, 602 U.S. ____ (2024).

⁶⁰ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Giuffrè, 2001, 357.



3. Riflessioni conclusive

Il rapporto tra dato scientifico e decisione giurisprudenziale è uno dei profili più affascinanti, soprattutto oggi, con l'avanzamento delle conoscenze scientifiche, capaci di stravolgere, in pochi anni antiche convinzioni. Si tratta di una tensione che sperimentano, sebbene in modalità diverse, tutti gli ordinamenti contemporanei.

Ed anzi, come afferma Sheila Jasanoff, «il diritto gioca un ruolo fondamentale nel processo di costruzione degli adattamenti tra i prodotti della tecnologia ed il contesto sociale. I progressi nel campo della tecnologia comportano inevitabilmente un riaggiustamento dei comportamenti umani, delle istituzioni e delle loro relazioni. Essi rendono possibili nuovi modi di condotta e, a volte, ne precludono altri, mettendo in discussione nozioni di significato fondamentale per il diritto, come quello di azione umana (*agency*), rapporti di causalità, diritti, responsabilità, colpa⁶¹».

Dove fissare il confine tra decisione politica e decisione tecnico-scientifica? Ha la politica ancora margine di espressione laddove vi sia un dato scientifico condiviso e vagliato che restringe le possibilità di esercizio del potere in maniera discrezionale da parte del decisore pubblico? A quale scienza la Corte deve rivolgersi?

Queste domande rimangono, non solo nel contesto americano, per lo più insolute: la peculiare prospettiva che qui si è offerta, sebbene limitata, dimostra chiaramente la precaria relazione su cui poggia il rapporto tra scienza e diritto, tra conoscenza scientifica e valutazioni di natura giuridica. Come il diritto deve comportarsi rispetto a decisioni che implicano la considerazione di dati scientifici? Si può far riferimento ai risultati della “scienza ufficiale” o in alternativa, a quelli di quale scienza?

Dall'analisi del caso dell'aborto emerge chiaramente quanto già la Jasanoff aveva rilevato: «le affermazioni scientifiche [...] sono in larga misura discutibili, dipendono dalle circostanze e dal contesto locale, e sono cariche di preconcetti nascosti, relativi all'ambiente sociale in cui sono realizzate. Le istituzioni giuridiche danno forma alle affermazioni scientifiche legalmente rilevanti sotto molti profili, a partire dalla definizione degli *standard* che determinano ciò che si deve considerare come scienza valida ai fini del diritto⁶²». In altri termini, nell'utilizzo del dato scientifico da parte delle corti «le idee di verità e giustizia vengono elaborate insieme, e si influenzano reciprocamente⁶³».

Se questa prospettiva ci aiuta a definire un terreno proficuo di scambio tra scienza e diritto, non possiamo però omettere che tale rapporto rimane caratterizzato da una intrinseca complessità, che limita il ruolo del giudice allorquando si trova a decidere controversie che implicano valutazioni anche di natura scientifica, soprattutto laddove entrino in gioco diritti fondamentali⁶⁴. Tale complessità riecheggia, mirabilmente, in una *concurring opinion* del giudice Scalia nel caso *Myriad Genetics*: «I join the judgment of the court and all of its opinion except for those sections describing fine details of

⁶¹ *Ibidem*, 7.

⁶² *Ibidem*, 5.

⁶³ *Ibidem*, 5.

⁶⁴ Cfr. S. PENASA, *Some Patterns for “Scientific Adjudication”: The Role of Courts in Reconciling Axiological Pluralism and Scientific Complexity*, in L. BUSATTA, C. CASONATO (a cura di), *Axiological Pluralism. Jurisdiction, Law-Making and Pluralisms*, Cham, 2021, 34-54.

molecular biology. I am unable to affirm those details on my own knowledge or even on my own belief»⁶⁵.

⁶⁵ *Assoc. for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.*, 569 U.S. 576 (2013), 596.

