



BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

1 23

Special Issue

a cura di

L. Busatta, M.P. Iadicicco,

B. Liberali, S. Penasa,

M. Tomasi



**Special Issue || Gli Abortion Rights e il
costituzionalismo contemporaneo**

The online Journal about law and life sciences

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Editor in chief: Carlo Casonato

Steering Committee: Roberto Bin, Antonio D'Aloia, Alessandro Pajno

Scientific Committee:

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Maria Chiara Carrozza, Paolo Carrozza (†), Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Cingolani, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vaucher, Juan Alberto Lecaros, Sheila McLean, Laura Palazzani, Marco Pandolfi, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Maria Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà (†), Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi (†), Paolo Zatti.

Associate Editors: Lucia Busatta and Marta Tomasi

Editorial Boards:

Trento: Lucia Busatta, Marta Fasan, Paolo Guarda, Antonio Iannuzzi, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Mariassunta Piccinni, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Elena Scalcon, Marta Tomasi.

Ferrara: Paolo Veronesi, Giuseppina Barcellona, Fabio Ferrari, Migle Laukyte, Benedetta Liberali, Nicola Lucchi, Irene Pellizzone, Silvia Zullo.

Parma: Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Maria Chiara Errigo, Giulia Formici, Valentina Gastaldo, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Veronica Valenti.

Napoli: Lorenzo Chieffi, Gianvito Brindisi, Claudia Casella, Gianpiero Coletta, Emilia D'Antuono, Luca Di Majo, Luigi Ferraro, Maria Pia Iadicicco, Carlo Iannello, Raffaele Manfredi, Ferdinando Menga, Franca Meola, Andrea Patroni Griffi, Virginia Zambrano.

E-mail: biodiritto@gmail.org

Website: <https://teseo.unitn.it/biolaw>

Peer review system: All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

March 2023

ISSN 2284-4503

© Copyright 2023



UNIVERSITY
OF TRENTO - Italy

Università degli Studi di Trento
Via Calepina, 14 – 38122 Trento

Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

In collaborazione con



Front cover: Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5th century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Special issue n. 1/2023

Table of contents

Editoriale	1
<i>Lucia Busatta, Maria Pia Iadicicco, Benedetta Liberali, Simone Penasa, Marta Tomasi</i>	
 NON SOLO DOBBS: I RIFLETTORI (ANCORA) SULL'ABORTO	
Dobbs: una sentenza in fondo attesa. Come ci si è arrivati e quali le sue implicazioni future	5
<i>Elisabetta Grande</i>	
L'aborto "sbilanciato". Il bilanciamento (assente) in Dobbs e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975	17
<i>Giuditta Brunelli</i>	
La legge 194: un dibattito riaperto	27
<i>Corrado Melega</i>	
 LA SENTENZA DOBBS E IL COSTITUZIONALISMO STATUNITENSE	
La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism e il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia	39
<i>Roberto Toniatti</i>	
Ex malo, bonum? Dilemmas (and Opportunities) as a result of Dobbs	53
<i>Francesco Clementi</i>	
La sentenza Dobbs v. Jackson: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti	63
<i>Antonia Baraggia</i>	
Le aporie del caso Dobbs ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse	73
<i>Marco Dani</i>	
Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization	87
<i>Corrado Caruso</i>	
Il "caso Dobbs": originalismo "estremo" e crisi del costituzionalismo negli States	105
<i>Paolo Veronesi</i>	

Contents



Sentenza <i>Dobbs</i> e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica “direzione” dell’attuale maggioranza della Corte Suprema americana	115
<i>Pietro Insolera</i>	
<i>Dobbs v. Jackson</i>: l’ultima trasformazione dell’originalismo passa dal corpo delle donne	175
<i>Graziella Romeo</i>	
ABORTO, FEMMINISMI E MOVIMENTI SOCIALI	
Per un’etica della differenza femminile	179
<i>Grazia Zuffa</i>	
La depenalizzazione dell’aborto in Colombia tra attivismo sociale e contenzioso strategico	191
<i>Susanna Mancini</i>	
Parlare di aborto per rimettere al centro la libertà delle donne. Ripartire dal principio di autodeterminazione come responsabilità della gestante	207
<i>Francesca Angelini</i>	
Prima di <i>Dobbs</i>. La scure dell’<i>Original intent</i> su cinquant’anni di nodi irrisolti in materia di aborto	217
<i>Valeria Marzocco</i>	
“¡Abajo el patriarcado, se va a caer, se va a caer!”. La recente disciplina dell’interruzione volontaria di gravidanza in Argentina ed il ruolo dei movimenti femministi	235
<i>Carla Maria Reale</i>	
Libere davvero? L’effettività della legge n. 194/1978 alla prova: un caso studio nel veronese	253
<i>Bruna Mura, Lorenza Perini</i>	
TEMATICHE ATTUALI SULL’INIZIO DELLA VITA: DIRITTI FONDAMENTALI E NUOVE TECNOLOGIE	
Libero mercato delle idee e diritto alla verità: sui limiti alla libera manifestazione del pensiero in materia di aborto	271
<i>Lucia Busatta</i>	
“To Be or Not to Be: This is the Question”. L’Unborn Human Being nell’esperienza giuridica statunitense statale e federale prima e dopo il caso <i>Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization</i>	291
<i>Laura Fabiano</i>	



Capacità giuridica al concepito e tutela della vita nascente. La proposta di modifica dell'articolo 1 del codice civile italiano nel nuovo scenario globale sull'aborto	319
<i>Alessandra Pisu</i>	
Abortion rights in EU law: recent developments	331
<i>Tamara Hervey, Tiyash Banerjee</i>	
«Under His Eye»: riflessioni sul ruolo della tecnologia sul corpo delle donne a seguito della sentenza <i>Dobbs</i> della Corte Suprema degli Stati Uniti	343
<i>Sara De Vido</i>	
Femtech and the law (or a tale of how Eve fights to overturn Adam and take control over her body)	361
<i>Vera Lúcia Raposo, Sofia Palmieri</i>	
Il difficile bilanciamento tra dignità del feto e autodeterminazione della donna: analisi normativa della sepoltura dei feti nelle realtà statunitense e italiana	375
<i>Beatrice Perego</i>	
 DOBBS IN TRANSNATIONAL PERSPECTIVE, TRA TENDENZE RESTRITTIVE E APERTURE RIFORMATRICI	
Sulla possibilità di tutelare l'aborto attraverso il diritto dell'Unione europea: riflessioni a partire dal caso polacco.	387
<i>Stefania Flore</i>	
Abortion rights e spazio costituzionale europeo: gli orizzonti ristretti dell'ordinamento polacco	403
<i>Marta Tomasi</i>	
L'interruzione volontaria di gravidanza in Francia. Verso la definitiva costituzionalizzazione del diritto all'aborto?	417
<i>Marta Fasan</i>	
El vigente régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo en España	435
<i>Gonzalo Arruego</i>	
Abortion rights in Irlanda: l'ardua affermazione del principio di autonomia tra diritto alla salute e morale religiosa	447
<i>Tullia Penna</i>	
Verso il ripensamento del compromesso sull'aborto in Germania. Riflessioni sulla recente abolizione del divieto di informare sulle	

procedure abortive	461
<i>Irene Domenici</i>	
La disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza nella Repubblica di San Marino	473
<i>Licia Califano</i>	
Una breve nota sull'impatto della sentenza <i>Dobbs</i> in Ungheria	483
<i>Katalin Kelemen</i>	
L'interruzione di gravidanza in Cile (1874-2023): profili penali e costituzionali	489
<i>Andrea Perin</i>	
La saga della depenalizzazione dell'aborto in Messico	505
<i>Irene Spigno</i>	

Gli *Abortion Rights* e il costituzionalismo contemporaneo

Lucia Busatta, Maria Pia Iadicicco, Benedetta Liberali, Simone Penasa, Marta Tomasi

La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti resa nel caso *Dobbs v. Jackson*, pubblicata il 24 giugno 2022, ha riaperto i riflettori sulle controverse e divisive questioni – non solo giuridiche – che ruotano intorno all’aborto. Il dibattito, invero, dagli anni Settanta ad oggi, oltreoceano e nel vecchio continente, non si è mai del tutto sopito e continua periodicamente a offrire occasioni per nuove e diverse riflessioni.

Le ragioni del perdurante interesse si trovano, con tutta evidenza, nel merito dei passaggi argomentativi della Corte Suprema e nell’impatto istituzionale che la sentenza ha determinato. L’eco mediatica, politica e giuridica della decisione non si è fatta attendere anche al di fuori degli Stati Uniti e ha ben presto risollevato la questione intorno ai c.d. *abortion rights* in molti altri ordinamenti.

Come le Autrici e gli Autori di queste pagine pongono sapientemente in evidenza, da differenti prospettive, l’approdo cui la Corte Suprema giunge con la sentenza *Dobbs v. Jackson* non era affatto inaspettato, né del tutto imprevedibile. Da oltre un decennio, ormai, negli Stati Uniti si assiste a una netta e costante pressione da parte di forze politiche e sociali (spesso contrapposte) e a un brulicare di riforme normative e di conseguenti decisioni giurisprudenziali più o meno dichiaratamente mirate ad arrivare alla Corte Suprema, con lo scopo di ottenere l’*overruling* di *Roe v. Wade* (1973).

Anche nel resto del mondo, però, gli ultimi anni sono stati attraversati da significativi mutamenti

di orientamento, che talvolta hanno cambiato radicalmente l’approccio giuridico alla questione. Da questo punto di vista (e ci torneremo), possiamo evidenziare una duplice tendenza: da un lato, un processo che ha condotto a una maggiore apertura rispetto alla possibilità di interrompere la gravidanza; dall’altro, orientamenti più restrittivi che, sebbene strenuamente contestati, stanno mettendo a repentaglio la libertà riproduttiva e il diritto alla salute delle donne.

Un elemento trasversale, che rappresenta un *fil rouge* che accomuna esperienze differenziate e specifiche di singoli ordinamenti, è certamente rappresentato dal ruolo che le corti e i movimenti sociali svolgono nell’orientare, e in alcuni casi produrre, i mutamenti normativi che caratterizzano il panorama comparato contemporaneo.

La sentenza *Dobbs* ha dimostrato in modo paradigmatico come misurarsi in prospettiva costituzionale e multilivello con il tema dell’aborto imponga di interrogarsi sulla tenuta e, dunque, sull’inevitabile evoluzione dei pilastri fondamentali del costituzionalismo, partendo dalle plurali concezioni che possono essere associate alla questione del rapporto tra potere e persona e, in ultima analisi, tra forme di manifestazione della sovranità popolare e garanzia dell’autonomia individuale. Muovendo da una delle argomentazioni cruciali utilizzate dalla Corte Suprema nella sentenza *Dobbs*, ossia quella dei diritti privi di base testuale, è possibile risalire a ulteriori orizzonti problematici che dischiudono le porte a temi centrali della riflessione costituzionalistica: dalla qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive implicate al bilanciamento tra diritti e interessi di rilievo costituzionale; dal ruolo dello Stato nella protezione delle situazioni di svantaggio o vulnerabilità alla dimensione “federale” della ripartizione delle funzioni pub-

bliche tra diversi livelli di governo; dal delicato equilibrio fra i poteri dello Stato al ruolo della giustizia costituzionale; dall'interpretazione delle Costituzioni e dall'interrogativo di fondo intorno al suo necessario adattamento all'evoluzione della "coscienza sociale" al dialogo tra le giurisdizioni e all'influenza del diritto internazionale e sovranazionale sulle decisioni interne (e viceversa), e così via.

All'analisi di tutti questi profili riservano attenzione le Autrici e gli Autori coinvolti in questo fascicolo. In questo Editoriale ci preme evidenziare due profili problematici che si collocano sullo sfondo e collegano i contributi ospitati in questo fascicolo speciale di *BioLaw Journal*.

Il primo è un punto di disaccordo profondo nel dibattito sul tema, costituito dalla contestazione dell'uso, nel caso *Dobbs*, del linguaggio dei diritti e delle categorie proprie dei diritti fondamentali. Nell'opinione di maggioranza della Corte Suprema si contesta, infatti, l'esistenza di un diritto all'aborto, sottolineando la distinzione tra diritti soggettivi e libertà; si nega la conflittualità tra posizioni giuridiche soggettive e quindi la stessa praticabilità di un bilanciamento. In una prospettiva più ampia, tale approccio porta a mettere in dubbio la riconducibilità dell'accesso all'aborto a diritti costituzionali espressamente previsti in alcune carte costituzionali, come l'autodeterminazione, l'integrità fisica e psichica o il diritto alla salute; portando questa argomentazione all'estremo, infine, si confuta l'opportunità stessa di una regolamentazione legislativa dell'aborto.

Nessuna di queste obiezioni può essere sorvolata con leggerezza: ognuna di esse svela correnti profonde che insidiano il pluralismo delle società contemporanee.

Il secondo è rappresentato dalla centralità – non solo umana e sociale, ma anche politica e giuridica – delle garanzie di effettività dell'ac-

cesso all'aborto. Si tratta di una questione cruciale, poiché si intreccia inevitabilmente, pur non sovrapponendosi perfettamente, con il soprarichiamato aspetto della esistenza e della natura di un diritto costituzionale della donna in tale contesto, il quale, a seconda dell'ordinamento di riferimento, si collega a differenti posizioni giuridiche, che spaziano dal diritto alla salute e all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, all'integrità fisica e psichica e alla libertà della sfera sessuale e riproduttiva. Tale livello appare particolarmente rilevante se si considerano quelle iniziative statali che, lasciando inalterata la base giuridica del riconoscimento della facoltà di scegliere se interrompere la gravidanza, incidono in senso potenzialmente restrittivo sulle condizioni e i requisiti di accesso e, quindi, sull'effettività stessa di quanto normativamente previsto.

Le chiavi di lettura concernenti la complessa tematica dell'aborto, quindi, sono molteplici e differenti. In questo fascicolo ne proponiamo alcune, lasciando al lettore la possibilità di scegliere la propria e navigare, anche in disordine, tra i contributi.

La sezione introduttiva che segue questo editoriale ha lo scopo di porre a confronto il "terremoto" giuridico e istituzionale che l'*overruling* di un precedente consolidato da oltre cinquant'anni ha determinato nell'ordinamento giuridico statunitense, con un focus specifico sul merito della questione e sui diritti in essa in gioco.

L'intento dei curatori è stato quello di proporre, sin dalla prime pagine del fascicolo, un raffronto con la situazione italiana, ove, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975, l'interruzione volontaria di gravidanza è stata disciplinata con la legge n. 194 del 1978 che, in quarantacinque anni di vigenza, ha dimostrato una buona capacità di tenuta sia rispetto

all'evoluzione delle tecnologie e della sensibilità sociale, sia con riguardo al controllo del giudice costituzionale. Ciononostante, come è noto, non mancano diverse problematiche applicative che non consentono un pieno ed efficace funzionamento della legge. A minarne l'effettività sarebbero, secondo le letture di molti, sia l'origine compromissoria e l'ambiguità di alcuni suoi disposti, sia una pervicace strategia di sabotaggio. L'esperienza statunitense, da questo punto di vista, ci mette in guardia circa la necessità di non abbassare mai l'attenzione sul livello di riconoscimento, in concreto, di diritti e prestazioni e sul rischio che approdi raggiunti faticosamente possano essere sovvertiti.

Poiché lo spunto per il progetto di questo fascicolo speciale è rappresentato dalla sentenza della Corte Suprema, è su di essa che si sposta il focus della sezione successiva, composta da alcuni commenti che spaziano dall'analisi dei prodromi e dei futuri sviluppi della decisione, alle teorie dell'interpretazione e del ruolo della giustizia costituzionale, senza tralasciare le prospettive relative all'interazione di questa decisione con le peculiarità del federalismo degli Stati Uniti.

In tal senso, e a prescindere dall'adesione o meno ai percorsi argomentativi contenuti nella sentenza *Dobbs* (sia considerando la posizione espressa dalla maggioranza, sia le *dissenting opinion*), in termini costituzionalistici essa può senz'altro essere considerata una decisione che rappresenterà a lungo un punto di riferimento, poiché raccoglie l'espressione delle diverse tendenze teoriche sull'interpretazione e sul riconoscimento dei diritti che non figurano testualmente nel catalogo costituzionale.

Ci è poi sembrato opportuno e necessario, nella consapevolezza delle molte dimensioni e prospettive di interesse del tema, un approfondimento sui femminismi e sul ruolo spesso decisivo

assunto da alcuni movimenti sociali, ascrivibili a quelle correnti, nell'evoluzione del dibattito pubblico sull'aborto. Dunque, la centralità del corpo femminile e il controverso rapporto tra potere pubblico e autodeterminazione delle donne hanno necessariamente occupato uno spazio significativo, che pone in evidenza la costante oscillazione fra controllo ed emancipazione, ma anche la richiesta di forme di supporto, riconoscimento e, in alcuni casi, protezione.

Come mostrano, inoltre, alcuni contributi, contenuti nella sezione intitolata "Tematiche attuali sull'inizio della vita: diritti fondamentali e nuove tecnologie", le questioni più tradizionali che ruotano intorno ai diritti riproduttivi si rinnovano, assumendo diverse tinte e sfumature inedite, in ragione di nuove sensibilità e dell'impatto prodotto dalle connessioni globali e dall'impiego delle nuove tecnologie.

Un'ultima corposa parte è, infine, dedicata ad una panoramica sulle principali e più recenti novità in tema di interruzione di gravidanza e diritti riproduttivi in altri ordinamenti, con particolare attenzione ai principali Paesi europei e agli Stati iberoamericani, che negli ultimi anni hanno offerto significativi materiali per arricchire il dibattito giuridico sul punto. Alcuni dei contributi raccolti in questa parte del fascicolo si occupano anche delle dinamiche a livello sovranazionale e internazionale, proponendosi di verificare se queste siano in grado di produrre effettivi moti convergenti o, piuttosto, determinino reazioni nazionali di chiusura e resistenza.

Pur nella consapevolezza dell'impossibilità di offrire una mappatura completa dell'esistente, i curatori hanno cercato di prediligere quegli ordinamenti nei quali, attraverso percorsi autonomi di rinnovamento oppure proprio per effetto della sentenza *Dobbs*, si possono oggi osservare evoluzioni giuridiche interessanti. L'occasione è anche quella di stimolare la rifles-

sione da parte di chiunque voglia porsi in dialogo con gli approdi delle ricerche qui presentate, anche per contribuire a individuare tendenze comuni o percorsi condivisi nella complessa tematica al centro di questo fascicolo speciale.

Allo stato attuale dell'arte, ciò che ci pare emergere in modo piuttosto evidente riguarda il progressivo distanziarsi delle posizioni dei singoli ordinamenti rispetto all'aborto; questa biforcazione determina una chiara tendenza ad una non auspicabile polarizzazione delle posizioni che si traduce, a seconda degli orientamenti valoriali o politici di volta in volta dominanti in una data comunità statale, nel tentativo di imporre il proprio punto di vista anche sulla questione dell'aborto.

In questo senso, la sentenza *Dobbs* rappresenta un significativo punto di partenza per la riflessione sulla direzione che il dibattito sull'interruzione di gravidanza sta oggi assumendo, poiché – come posto in luce sin dalle prime righe di questo editoriale – la Corte Suprema ha portato in evidenza le derive cui può giungere una eccessiva radicalizzazione del dibattito. La contrarietà all'impiego del linguaggio dei diritti e delle categorie proprie dei diritti fondamentali, quando si tratta di scelte relative alla prosecuzione o interruzione di una gravidanza, reca quale inevitabile conseguenza l'annullamento delle posizioni individuali dei soggetti coinvolti e delle loro reciproche interazioni. Ciò porta a contestare la naturale e genuina conflittualità e il reciproco dinamismo tra posizioni giuridiche soggettive, escludendo quindi la praticabilità di un qualsiasi bilanciamento.

***Dobbs*: una sentenza in fondo attesa. Come ci si è arrivati e quali le sue implicazioni future**

Elisabetta Grande*

DOBBS: A NOT UNEXPECTED DECISION. HOW WE GOT THERE AND WHAT ITS FUTURE IMPLICATIONS ARE

ABSTRACT: *Dobbs*, the pronouncement that upended 50 years of abortion rights in the United States, has been generally perceived as a totally unexpected decision. Yet, it is since longtime that its germs have been growing underneath. The essay aims to locate where and when the seeds for the overturning of the right to abortion in the United States have been sowed. It, moreover, highlights the future dangers arising from *Dobbs* on two levels: its possible outreach in terms of further heinous constraints upon women's reproductive autonomy on one hand, and – on the other hand – the decline of the Supreme Court's legitimacy to assert its judicial review power looming from it.

KEYWORDS: *Dobbs v. Jackson Womens' Health Organization*; abortion rights; Targeted Regulations of Abortion Providers; fetal personhood; SCOTUS' judicial review legitimacy

ABSTRACT: La sentenza *Dobbs*, che è sembrata giungere come un fulmine a ciel sereno, rappresenta in verità l'epilogo di un lungo cammino di svuotamento del diritto di abortire costituzionalmente garantito alle donne statunitensi nel 1973. Il saggio indaga le differenti vie attraverso cui, sotto la superficie dell'attribuzione di un'ampia libertà decisionale alle donne, la forte resistenza nei confronti di un loro diritto a effettuare scelte relative alla propria capacità riproduttiva non ha mai cessato di lavorare a pieno ritmo negli Stati Uniti. Si interroga, infine, sui possibili e dirompenti effetti di *Dobbs*, tanto sul piano dell'autonomia riproduttiva della donna, quanto su quello della perdita di legittimazione di una Corte Suprema apparsa eccessivamente politicizzata.

PAROLE CHIAVE: *Dobbs v. Jackson Womens' Health Organization*; diritto di aborto; Targeted Regulations of Abortion Providers; personalità giuridica del feto; legittimazione della Corte Suprema statunitense al controllo della costituzionalità delle leggi

SOMMARIO: 1. *Roe v. Wade*: una pronuncia rivoluzionaria dai piedi d'argilla – 2. I germi di *Dobbs*: il progressivo e inarrestabile svuotamento di *Roe* – 2.1. Il diritto di abortire negato alle donne povere – 2.2. L'*undue burden* di

* Professore ordinario di diritto comparato presso l'Università del Piemonte Orientale Amedeo Avogadro, sede di Alessandria. Mail: elisabetta.grande@uniupo.it. Contributo sottoposto su invito.

Casey e le penetranti invasioni della sfera di libertà della donna cui quel criterio ha dato luogo – 2.3. *Free speech, Targeted Regulations of Abortion Providers* e le proteste anti-aborto di fronte alle cliniche – 3. *Dobbs* e la personalità del feto: un preoccupante futuro – 4. *Dobbs* e la messa in pericolo del potere di *judicial review* della SCOTUS.

1. *Roe v. Wade*: una pronuncia rivoluzionaria dai piedi d'argilla

Dopo quasi mezzo secolo, il 24 giugno 2022, con *Dobbs v. Jackson Womens' Health Organization*¹, la Corte Suprema statunitense cancella il diritto delle donne all'autodeterminazione riproduttiva; sopprime, cioè, in radice quella garanzia costituzionale che essa stessa aveva assicurato loro fin dal 1973. Allora, con la nota sentenza *Roe v. Wade*², la SCOTUS (*Supreme Court of United States*) aveva dato alle donne nordamericane la possibilità di decidere se portare o meno a termine la gravidanza fino al momento in cui il feto fosse stato capace di vita autonoma al di fuori dal grembo materno (la così detta *viability*). *Roe* era certamente stata una sentenza rivoluzionaria. Non soltanto perché attribuiva un diritto alle donne che -per lo meno fino al terzo mese di gestazione- si presentava come assoluto, giacché nel primo trimestre in nessun caso lo Stato avrebbe potuto intervenire per regolamentare l'interruzione di gravidanza, mentre solo nel secondo trimestre avrebbe potuto farlo, purché la finalità fosse stata la protezione della salute della donna. Si era trattato di una pronuncia rivoluzionaria anche perché, con *Roe*, la Corte Suprema aveva per la prima volta radicato il diritto di abortire all'interno di un principio importantissimo, quello dell'*autonomy privacy*, che a partire da quella data ha trovato il proprio fondamento nel quattordicesimo emendamento della Costituzione federale³. «Nessuno può essere privato della vita, della *libertà* e della proprietà senza un giusto processo», enuncia il XIV emendamento, riprendendo la formula del V emendamento, rivolgendosi questa volta però agli Stati e non al solo ordinamento federale, come invece fa il V. Attribuendo a quell'emendamento un significato di *substantive due process protection*, ossia di tutela sostanziale e diretta, non solo procedurale, delle libertà fondamentali, nel termine "libertà" *Roe* aveva ricompreso il diritto fondamentale all'autodeterminazione individuale, il *right of privacy*: ampio abbastanza – aveva detto la Corte – da abbracciare la decisione della donna di interrompere la propria gravidanza⁴. Da allora in avanti, accanto al diritto del proprietario di escludere chiunque, ivi compreso (salvo casi eccezionali) lo Stato, dai propri averi, esiste un'altra libertà, appannaggio questa volta di tutti, ricchi o poveri che esse o essi siano. Si tratta del diritto di effettuare in autonomia le scelte più intime e personali, quelle che riguardano il proprio corpo e la propria sessualità. Da quel momento in poi il diritto all'*autonomy privacy*, precedentemente individuato nella "penombra" di altri emendamenti e invocato dalla Corte Suprema per garantire -prima solo alle cop-

¹ 597 U.S. __ (2022).

² 410 U.S. 113 (1973).

³ Sul tema, a fondo, V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005.

⁴ «*This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy*», così *Roe v. Wade*, cit., 153.

pie sposate⁵ poi a tutti⁶ - la possibilità di acquistare e usare metodi anticoncezionali contro uno Stato che voleva che i rapporti sessuali degli individui avessero uno scopo esclusivamente riproduttivo, entra insomma a pieno titolo nel quattordicesimo emendamento. Nel 2003, in *Lawrence v. Texas*⁷, il diritto alla *privacy* costituirà la base per rigettare, in quanto incostituzionali, le legislazioni di quegli Stati che sanzionavano penalmente i rapporti sessuali fra gay; nel 2015, con *Obergefell v. Hodges*⁸, insieme al diritto all'uguaglianza (contenuto nell'*equal protection clause* del medesimo quattordicesimo emendamento), esso verrà posto a fondamento del diritto delle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio.

Per quanto, dopo *Roe*, il *right of privacy* nella sua declinazione di diritto all'autodeterminazione in ordine alla sfera riproduttiva, sessuale e identitaria potesse apparire come una conquista irreversibile – i cui confini non avrebbero potuto che ampliarsi – il terreno su cui esso poggiava era in verità assai meno solido di quel che a prima vista si potesse credere.

2. I germi di *Dobbs*: il progressivo e inarrestabile svuotamento di *Roe*

2.1. Il diritto di abortire negato alle donne povere

Sotto la superficie dell'attribuzione di un'ampia libertà decisionale alle donne, la forte resistenza nei confronti di un loro diritto a effettuare scelte relative alla propria capacità riproduttiva non ha, infatti, mai cessato di lavorare a pieno ritmo negli Stati Uniti. Così, mentre la posizione contraria all'aborto da Ronald Reagan in poi ha sempre rappresentato un criterio di scelta nella nomina dei giudici della Corte Suprema da parte di tutti i presidenti repubblicani, fin da subito il Congresso statunitense ha emanato una norma – periodicamente confermata – che ha limitato enormemente la libertà di scelta accordata alle donne dalla Corte Suprema con *Roe*. Si tratta dell'*Hyde Amendment Act*, che a partire dal 1976 proibisce l'uso di fondi federali per l'assistenza abortiva, eccetto nei casi di incesto, stupro o pericolo di vita della madre. Siccome il *Medicaid* – il programma per l'assistenza sanitaria gratuita agli indigenti – è co-finanziato dal danaro federale, da allora ben 34 Stati, insieme a Washington D.C., non hanno più coperto le spese di un'interruzione di gravidanza delle donne indigenti, in ciò supportati da una decisione della stessa Corte Suprema federale (*Harris v. McRae*⁹), che nel 1980 ha dichiarato costituzionalmente legittimo l'*Hyde Amendment Act*. Questo ha significato cancellare nella sostanza il diritto di abortire accordato sulla carta alle tante donne povere, in maggior parte com'è noto nere, prive dei mezzi economici per sostenere una spesa che va dai 500 ai 1000 dollari per un'interruzione di gravidanza durante il primo semestre e che costa assai di più quando debba essere effettuata successivamente. D'altronde più tardi, nel 2010, l'*Affordable Care Act* di Obama ha consentito agli Stati di proibire la copertura assicurativa in caso di aborto e alle compagnie sanitario/assicurative di rifiutarsi di praticarlo, pagare o dare indicazioni relative a dove effettuarlo.

⁵ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁶ *Eisenstad v. Baird* 405 U.S. 438 (1972).

⁷ 539 U.S. 558 (2003).

⁸ 576 U.S. 644 (2015).

⁹ 448 U.S. 297 (1980).

2.2. L'undue burden di Casey e le penetranti invasioni della sfera di libertà della donna cui quel criterio ha dato luogo

Il progressivo e inarrestabile sotterraneo svuotamento della protezione costituzionale formalmente accordata alle donne statunitensi con *Roe v. Wade* è passata anche per altre vie, che lentamente, ma inesorabilmente, hanno condotto a *Dobbs*. Si tratta, innanzitutto, della pronuncia *Planned Parenthood v. Casey* del 1992¹⁰ che, pur confermando il diritto di libera scelta delle donne di interrompere la propria gravidanza fino al momento della *viability* del feto, si adoperò tuttavia per cancellare la divisione in trimestri stabilita da *Roe*, indicando nel criterio dell'“undue burden” il limite fin da subito utilizzabile per ogni intervento regolatore dello Stato. Purché non configurantesi come un onere eccessivo, ossia come un rilevante ostacolo per la donna che voglia abortire, tutte le restrizioni eventualmente stabilite dai legislatori statali sono da considerarsi costituzionalmente legittime, ebbe a dire la SCOTUS. La legge della Pennsylvania sottoposta alla sua attenzione – che richiedeva fra l'altro un periodo di attesa di 24 ore per la donna che domandasse di interrompere la sua gravidanza, il consenso dei genitori se minore e l'obbligo per il dottore di fornirle alcune informazioni dissuasive – fu pertanto ritenuta esorbitante solo in relazione all'obbligo per la donna sposata di mettere al corrente della decisione di abortire il proprio marito. Con *Casey* la Corte Suprema aprì, dunque, il varco a nuove e sempre più penetranti invasioni della sfera di libertà della donna, di cui i vari Stati non hanno da allora mancato di profittare.

Fra di esse sono certamente da annoverare i limiti posti da diverse legislazioni statali all'uso di alcune procedure, distorsivamente chiamate “*partial birth abortion*” e consistenti in particolari pratiche abortive in uso dopo il primo trimestre. Dopo aver dichiarato, in *Stenberg v. Carhart* nel 2000¹¹, incostituzionali i divieti riguardanti tali pratiche, perché rappresentanti a suo giudizio un *undue burden* per la donna, a fronte di una legge federale del 2003 dello stesso tenore (il *Partial-Birth Abortion Ban Act*¹²), la Corte – forte dei due nuovi membri conservatori, il *Chief Justice* John Roberts e Samuel Alito – nel 2007 cambiò idea e, in *Gonzales v. Carhart*¹³, ritenne non eccessivamente onerosa per la donna una simile proibizione.

Più di tutte, poi, appaiono particolarmente invasive della sfera della libertà riproduttiva femminile le norme statali che negli anni hanno obbligato i medici a mostrare alle donne in procinto di abortire l'ecografia del feto e a far sentire loro il battito del suo cuore¹⁴. Qualora le donne non avessero voluto guardare le immagini, il medico avrebbe comunque dovuto descrivere a voce alta ciò che vedeva. Inizialmente dichiarate illegittime dalle Corti federali inferiori, tali norme hanno tuttavia successivamente avuto il beneplacito di alcune Corti di Appello federali, in particolare il quinto¹⁵ e il sesto cir-

¹⁰ 505 U.S. 833 (1992).

¹¹ 530 U.S. 914 (2000).

¹² Cfr. <https://bit.ly/3lhszp3>.

¹³ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), <https://www.oyez.org/cases/2006/05-380>.

¹⁴ Sul punto si vedano A. B. LINAS, Comment, *Virginia's "War on Women": How Forcing Women to Have an Ultrasound Before Abortion is Unconstitutional*, in 16 *Rich. J. L. & Pub. Int.*, 47, 2012 e L. PAULK, *What is an "Undue Burden"? The Casey Standard as Applied to Informed Consent Provisions*, in *UCLA Women's Law Journal*, 20, 1, 2013.

¹⁵ *Tex. Med. Providers Performing Abortion Services v. Lakey*, 667 F.3d 570 (5th Cir. 2012).

cuito¹⁶, che, in contrasto con il quarto¹⁷, hanno ritenuto quelle imposizioni, nei confronti tanto della donna che del medico, coerenti con il criterio dell'*undue burden* previsto da Casey e non contrastanti con il diritto ad una espressione libera del proprio pensiero (*free speech*). Casey – e quindi la Costituzione federale – secondo la lettura di quelle Corti permetteva, infatti, normative che offrissero «un'informazione veritiera e non fuorviante» alla donna al fine di consentirle di assumere una decisione informata circa la procedura abortiva che stava per intraprendere¹⁸. La successiva scelta della Corte Suprema di non prendere giurisdizione sul tema ha, poi, lasciato irrisolto il nodo interpretativo e mantenuto così deliberatamente in piedi la maggior parte di quelle normative assai poco libertarie, capaci, per di più, di incrementare proibitivamente i costi di un aborto, giacché l'obbligo di una previa e fisicamente invasiva ecografia ha significato per le donne un aggravio di spesa dai 500 ai 2500 dollari.

2.3. *Free speech, Targeted Regulations of Abortion Providers* e le proteste anti-aborto di fronte alle cliniche abortive

Molti stati contrari all'aborto hanno, inoltre, presto inaugurato normative particolarmente onerose e stringenti per regolamentare le cliniche abortive (così dette TRAP: *Targeted Regulations of Abortion Providers*), per modo da rendere loro la vita difficile: per esempio richiedendo alle stesse di avere rapporti con gli ospedali vicini oppure obbligandole a continui adempimenti edilizi, come corridoi di una certa ampiezza, spacciati come necessari alla sicurezza delle donne, in realtà volti ad accrescere i costi delle cliniche per modo da provocarne la chiusura. In molti casi l'obiettivo è stato raggiunto, come in Mississippi, che prima di *Dobbs* aveva solo una clinica operativa in tutto lo Stato. Secondo il *Guttmacher Institute*, all'inizio del 2022 erano 23 gli Stati che si erano dotati di normative TRAP¹⁹, anche se in un caso, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* del 2016²⁰ – relativo alla richiesta da parte del Texas che le cliniche abortive dello Stato fossero dotate, fra l'altro, di stanze e porte di una dimensione minima e che i loro dottori avessero la licenza di operare presso gli ospedali vicini –, la SCOTUS si era espressa dichiarando incostituzionale la legge corrispondente. A fronte del trattamento singolarmente penetrante delle cliniche abortive da parte di molti Stati, fin dal 1990 i *Crisis Pregnancy Centers* (CPC) hanno invece ininterrottamente accresciuto il loro impatto, fungendo da contraltare alle prime, senza subire controlli di sorta. Si tratta di centri di beneficenza religiosi formati da personale molto spesso non medico, che operano come istituti di propaganda anti-aborto, per offrire informazioni sulla gravidanza a donne che spesso si rivolgono agli stessi credendo di ottenere tutti i possibili ragguagli – anche in tema di interruzione di gravidanza e gli eventuali riferimenti per realizzarla – ciò che invece non avviene. Sovente i CPC forniscono informazioni mancanti di qualsiasi base scientifica per convincere le donne che vi si rivolgono a non abortire: per esempio che un aborto può

¹⁶ *EMW Women's Surgical Ctr., P.S.C. v. Beshear*, 920 F.3d 421 (6th Cir. 2019), *cert. denied sub nom. EMW Women's Surgical Ctr.*

¹⁷ *Stuart v. Camnitz*, 774 F.3d 238 (4th Cir. 2014).

¹⁸ *Tex. Med. Providers Performing Abortion Services*, cit., 577.

¹⁹ Cfr. www.guttmacher.org/state-policy/explore/targeted-regulation-abortion-providers. (Tutti i siti internet citati sono stati consultati l'ultima volta il 20/11/2022).

²⁰ 579 U.S. 582 (2016).

condurre a seri problemi mentali o alla infertilità o ancora a un aumento di rischio di cancro²¹. Si tratta, inoltre, di centri finanziati tanto dagli Stati che dall'ordinamento federale, che sfuggono a controlli e regolamentazioni e che ricevono protezione da parte del sistema giudiziario. Quando, infatti, nel passato alcuni Stati hanno cercato di disciplinare per lo meno il modo in cui essi si presentano al pubblico, imponendo loro di dichiarare apertamente di non avere personale medico o di non fornire assistenza per un'eventuale interruzione di gravidanza, le corti di giustizia hanno di norma ritenuto che si trattasse di provvedimenti lesivi della libertà di espressione (*free speech*) dei centri, dichiarando le corrispondenti ordinanze o normative statali contrarie al primo emendamento della Costituzione federale²².

Sempre sul fronte del *free speech*, inoltre, mentre – come si è detto – non sono stati ritenuti protetti dal primo emendamento i medici a cui alcuni stati hanno imposto di mostrare e descrivere le ecografie del feto alle donne che intendevano abortire, sono viceversa stati in generale tutelati coloro che insultano pesantemente le donne che si recano presso le cliniche abortive e i medici che vi lavorano. La Corte Suprema – che con diverse sentenze, a partire dal 1994, aveva giudicato costituzionalmente legittime le zone cuscinetto, che alcuni Stati avevano ritenuto di allestire davanti la porta di entrata delle cliniche abortive, per modo che le proteste dei movimenti anti aborto non seguissero fin a quel punto le donne e i medici – aveva, tuttavia, già giudicato illegittime le zone cuscinetto di fronte a entrate che non fossero la principale. Aveva poi dichiarato protetti i manifestanti che altrove, nelle vicinanze delle cliniche, avessero approcciato –pur pesantemente – donne e medici²³. Nel 2014, ha poi finito per offrire totale protezione ai manifestanti *pro-life*: definendoli “obiettori” ha, infatti, garantito loro la possibilità di insultare donne e medici oltre ogni zona cuscinetto²⁴. Il risultato è stato che moltissime donne hanno chiesto e continuano a chiedere di essere scortate da assistenti volontari quando si recano presso le cliniche abortive, per il timore di subire un crollo psicologico a causa delle aggressioni verbali poste in essere dagli attivisti che protestano contro la loro scelta di interrompere la gravidanza.

3. *Dobbs* e la personalità del feto: un preoccupante futuro

A partire da *Roe v. Wade*, il pensiero e i movimenti anti-abortisti hanno dunque costantemente lavorato per svuotarne la portata rivoluzionaria, ottenendo nel tempo sempre maggiori e concrete vittorie. In quest'ottica *Dobbs* è assai meno sorprendente di ciò che a prima vista potrebbe apparire. Quella pronuncia si presenta come l'ovvio punto di arrivo di una battaglia dal 1973 mai sopita, che nei nuovi membri conservatori della Corte Suprema nominati da Donald Trump ha trovato l'elemento capace di dare finalmente il colpo di grazia al *right of privacy* costituzionale nella sua declinazione di autodeterminazione riproduttiva della donna. Oggi la preoccupazione è che, insieme al diritto della donna di interrompere la propria gravidanza, la Corte Suprema si appresti a travolgere anche le altre

²¹ Cfr. <https://bit.ly/3XorWOI>; <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njls/vol12/iss3/3/>.

²² Fra le altre si veda la decisione della Corte Suprema, *NIFLA v. Becerra* 585 US _ (2018).

²³ *Madsen v. Women's Health Center*, 512 U.S. 753(1994); *Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York*, 519 U.S. 357 (1997); *Hill v. Colorado*, 530 U.S. 703 (2000).

²⁴ *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464 (2014).

«scelte intime e personali», che sono «centrali per l'autonomia e la dignità della persona»²⁵ e che nel tempo la Corte ha incorporato nella *constitutional privacy*, quali il diritto all'uso dei contraccettivi, ad avere rapporti sessuali o a sposarsi fra persone dello stesso sesso. Si tratta, infatti, di diritti che non sono enumerati nel testo della costituzione né si può dire che i padri fondatori li avessero implicitamente contemplati al tempo dell'introduzione del XIV emendamento. Siccome sono questi i criteri alla luce dei quali, con *Dobbs*, il diritto di abortire è stato ritenuto non più costituzionalmente protetto dalla Corte, è ovvio come insieme alla minoranza dissenziente siano in molti a temere che la decisione possa aprire il varco all'eliminazione di quelle libertà che fino a ieri erano date per acquisite in via definitiva.

Senza, tuttavia, voler addirittura immaginare un ritorno ai tempi bui della sanzione penale per l'amore omosessuale, è il prossimo futuro delle donne in gravidanza ad apparire particolarmente cupo.

Al di là dell'impossibilità di abortire a qualunque stadio della gestazione e perfino nei casi di incesto, di stupro, di malformazione del feto o quando la gravidanza riguarda una minore, che colpisce oggi le donne nei tanti Stati americani in cui, com'è stato scritto, la «dittatura della maggioranza» ha imposto il proprio volere sul corpo di tutte²⁶, è il concetto di personalità del feto, che fa capolino nella pronuncia del 24 giugno 2022, a presentarsi come il nuovo imminente serissimo pericolo. Non più "potential life", come in *Roe* o in *Casey*²⁷, in *Dobbs* il feto diventa "unborn child" o, riprendendo la normativa del Mississippi, "unborn human being", con tutte le implicazioni emotive e ideologiche che quel mutamento terminologico porta con sé. La donna, invece, al di là del nome del caso, non è mai menzionata nella decisione. Si tratta di un segnale inquietante, spia di un possibile futuro volto ad andare oltre il "semplice" rovesciamento di *Roe* per dare protezione costituzionale al feto in forza del diritto fondamentale alla vita di cui al V e al XIV emendamento della Costituzione federale. In tal caso agli Stati non sarebbe solamente data la possibilità di proibire l'interruzione di gravidanza, come dopo *Dobbs* accade oggi, ma essi diverrebbero costituzionalmente obbligati a vietarla.

E' d'altronde proprio sulla strada di attribuire personalità al feto che molti Stati si stanno orientando, seguendo un percorso iniziato ben prima di *Dobbs*²⁸, cui quest'ultima decisione avrebbe dato finalmente via libera. Sulla via di essere imitata da altri Stati, la Georgia per esempio considera il feto, dopo la sesta settimana dal concepimento, una persona ai fini fiscali²⁹, del censimento per la distribuzione dei seggi elettorali e dell'obbligo di mantenimento da parte del padre³⁰. Attribuire personalità al feto potrebbe significare dare protezione all'embrione prima che si sia fissato al collo dell'utero, quindi vietare la pillola del giorno dopo o financo la spirale (IUD). Potrebbe anche, e soprattutto, significare costruire un possibile conflitto di interessi fra madre e feto fin dal momento del concepimento. Non solo, infatti, la donna stessa – e non soltanto chi su di lei pratica l'aborto – potrebbe essere punita per omicidio in caso di interruzione di gravidanza, anche auto indotta; ella potrebbe pure

²⁵ Così *Casey*, cit., 851.

²⁶ Così M.R. MARELLA, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, l'Europa e noi*, in *Giustizia Insieme*, 2022 www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/2457-dobbs-v-jackson-women-s-health-organization-l-europa-e-noi.

²⁷ *Roe*, cit., 150, 154, 156, 163; *Casey*, cit., 877.

²⁸ Cfr. <https://ballsandstrikes.org/law-politics/fetal-personhood-explainer/>.

²⁹ Cfr. <https://www.nytimes.com/2022/08/04/us/georgia-abortion-law-fetus-tax-dependent.html>.

³⁰ Cfr. www.nytimes.com/2022/08/04/us/georgia-abortion-law-fetus-tax-dependent.html.

essere obbligata durante la gravidanza – a pena di una sanzione penale o di vedersi privata della genitorialità – a non bere alcoolici, a seguire prescrizioni dietetiche o mediche ritenute idonee a tutelare il benessere del nascituro, a posticipare dopo il parto una chemioterapia in quanto potenzialmente dannosa per l’*“unborn child”*, a effettuare un taglio cesareo anche contro la sua volontà, e via elencando³¹. È questa, peraltro, la strada già inaugurata da diversi Stati in relazione all’uso di droga da parte della donna incinta, nonostante tutti i dati attestino quanto l’approccio punitivo provochi una maggiore mortalità, tanto fra mamme che fra bebè, perché le donne, criminalizzate, non si rivolgono più agli ospedali per le cure prenatali e per il parto³². Nel novembre 2019, in California una madre, che aveva fatto uso di sostanze stupefacenti durante la gestazione e aveva poi dato alla luce un bambino morto, era stata accusata di omicidio³³. In Stati come il Tennessee è sanzionato penalmente l’uso di droga da parte delle gestanti che danno alla luce un bebè con sindrome da astinenza e in Mississippi un pubblico ministero (donna) per anni ha utilizzato una norma che punisce come abuso nei confronti di un figlio la sua intossicazione – indipendentemente dal fatto che abbia conseguenze fisiche dannose – per punire con il carcere le mamme che fanno uso di stupefacenti durante la gravidanza, anche se il loro bebè nasce perfettamente sano (pur se positivo al test anti-droga)³⁴. Conferire personalità al feto significa, infine, aprire la strada a normative che impediscano alle donne di abortire in Stati in cui l’interruzione di gravidanza è lecita. Così in Missouri stanno già pensando di introdurre un principio di difesa a tutela del feto concepito sul proprio territorio o portato in grembo da una donna ivi residente, che consenta di punire chiunque – anche fuori dallo Stato – pratici su di lei l’aborto³⁵.

4. *Dobbs* e la messa in pericolo del potere di *judicial review* della SCOTUS

È però sul piano sistemologico, ossia di un possibile impatto sulla credibilità della Corte Suprema come istituzione legittimata al controllo della costituzionalità delle leggi e quindi sulla stessa sopravvivenza di un *judicial review* negli Stati Uniti, che *Dobbs v. JWHO* rischia di essere una decisione perfino più destabilizzante. Con *Dobbs* la Corte ha, infatti, sgonfiato definitivamente il salvagente della forma. Rovesciare un precedente con i toni sprezzanti con cui lo ha fatto Justice Alito, che ha bollato *Roe* come una decisione *“egregiously wrong”* e il ragionamento sottostante come *“exceptionally weak”*³⁶, significa insultare i suoi predecessori e quindi delegittimare l’autorevolezza stessa della SCOTUS come istituzione. La sua delegittimazione quale corpo tecnico proviene anche, e in maniera sferzante, dalle pesanti considerazioni dei giudici dissenzienti: «La maggioranza ha rovesciato *Roe* e *Casey* per una ragione soltanto: perché le ha sempre disprezzate e ora ha i voti per liberarsene. La maggioran-

³¹ Cfr. <https://time.com/6191886/fetal-personhood-laws-roe-abortion/>.

³² Cfr. www.vumc.org/childhealthpolicy/news-events/many-states-prosecute-pregnant-women-drug-use-new-research-says-thats-bad-idea.

³³ Cfr. www.vox.com/identities/2019/11/8/20954980/stillbirth-miscarriage-murder-abortion-chelsea-becker-news.

³⁴ Cfr. <https://mississippitoday.org/2019/05/11/delivering-justice/>.

³⁵ Cfr. www.senate.mo.gov/22info/pdf-bill/intro/SB1202.pdf.

³⁶ Cfr. *Dobbs*, cit., 6.

za, perciò, sostituisce oggi il governo della legge con quello dei giudici»³⁷. Sono parole durissime, provenienti per di più dall'interno della Corte, che mettono in crisi il fondamento stesso per cui nove persone attraverso il vaglio di costituzionalità delle leggi conferiscono o negano diritti ai cittadini statunitensi e plasmano così l'intera società nord-americana. La legittimazione della SCOTUS quale giudice delle leggi – ruolo, com'è noto, frutto di un'auto attribuzione risalente al caso *Marbury v. Madison* del 1803³⁸ – si basa infatti, e non può che basarsi, sulla veste di tecnici del diritto, mai di politici³⁹, ricoperta dai suoi nove giudici. Perché altrimenti essi potrebbero dichiarare invalida una legge votata da tutti i rappresentanti del popolo? Si tratta della nota *counter-majoritarian difficulty*, evidenziata da Alexander Bickel nel 1962⁴⁰, che solo una salda immagine di assoluta neutralità politica della Corte può sormontare, mentre è proprio quell'immagine che l'attuale Corte sembra avere oggi definitivamente perso.

Ciò non tanto per via del rovesciamento giurisprudenziale che *Dobbs* ha operato, quanto per il modo in cui l'*overruling* è avvenuto e per le specificità dei giudici che lo hanno realizzato. Innanzitutto, perché una deviazione dallo *stare decisis* non sia sentita come l'espressione di un *judicial activism* di stampo politico occorre che gli argomenti giuridici utilizzati siano particolarmente stringenti e dotati di grande coerenza logica, mentre le giustificazioni fornite dalla maggioranza in *Dobbs* per andare al di là del *petitum*⁴¹ e rovesciare *Roe* e *Casey* non appaiono tali. La decisione, poi, che non è unanime – quando, com'è noto, l'unanimità conferisce sempre autorevolezza tecnica all'interpretazione offerta⁴² – è segnata invece da una divisione su linee strettamente politiche fra i membri della Corte, laddove i sei repubblicani hanno votato compatti contro i tre democratici. Tale divisione – ed è questo il dato saliente – è aggravata dalla circostanza che 5 giudici, che formano la maggioranza conservatrice, hanno caratteristiche tali da rendere davvero difficile sormontare nei loro confronti il "vizio" politico di origine della nomina, cui faceva riferimento Alexander Bickel. Si tratta della polarizzazione politica, del tutto inedita, sulla cui scorta quei giudici sono stati confermati, unita al loro allineamento – nelle opinioni finora espresse – alle posizioni del partito che li ha investiti della carica. All'immagine di neutralità tecnica – per quanto di designazione politica – dei supremi giudici ha, infatti, sempre contribuito (oltre al divieto di esprimere pubblicamente la propria opinione politica) la conferma largamente bipartisan da parte Senato che, fino a tempi recenti, ne ha caratterizzato la nomina⁴³. La conver-

³⁷ «*The majority has overruled Roe and Casey for one and only one reason: because it has always despised them, and now it has the votes to discard them. The majority thereby substitutes a rule by judges for the rule of law*», così la *dissenting opinion*, 33.

³⁸ 5 U.S. 137 (1803).

³⁹ Cfr. <https://www.micromega.net/corte-suprema-usa/>.

⁴⁰ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1962.

⁴¹ La questione sottoposta al giudizio della Corte riguardava, infatti, la costituzionalità di una normativa, fino a quel momento dichiarata illegittima dalle Corti federali inferiori, che in Mississippi vietava alle donne di abortire dopo la 15ma settimana. La Corte però va oltre, negando in radice l'esistenza di un diritto ad abortire che sia costituzionalmente protetto a livello federale.

⁴² Si pensi al proposito a quanto importante fosse stato per la Corte Suprema, agli albori della sua affermazione come giudice delle leggi, esprimersi all'unisono, come accadde per tutta la presidenza Marshall, nei cui 35 anni di gestione le opinioni contrarie o concorrenti si contano sulle dita di una mano.

⁴³ Sarebbe certamente troppo dispendioso in termini di spazio ricordare quante volte nel passato i *Justices* hanno ottenuto un ampio consenso da parte del Senato. Solo per fare qualche esempio, fra i supremi giudici più recenti si possono ricordare Anthony Kennedy (confermato con 97 voti a 0), Ruth Bader Ginsburg (96 a 3),

genza dei due partiti sugli stessi nomi esalta le qualità tecniche degli investiti della carica e il loro prestigio come giuristi, scongiurando agli occhi della pubblica opinione una loro possibile interpretazione di tipo politico della Carta costituzionale. È per questo che la conferma da parte di un Senato diviso su linee strettamente partitiche, come raramente era accaduto prima, dei tre giudici nominati da Trump – Amy Coney Barrett (52 voti favorevoli e 48 contrari), Brett Kavanaugh (50 contro 48) e Neil Gorsuch (54 contro 45) – ma anche – pur se precedentemente nominati – di Samuel Alito (58 a 42) e Clarence Thomas (52 a 48), contribuisce oggi certamente a spogliare la Corte Suprema della sua legittimazione tecnica, la cui maggioranza si presenta troppo legata al partito repubblicano.

Dai tempi di *Dred Scott*⁴⁴ – la disastrosa pronuncia sulla schiavitù che non solo infiammò la guerra civile, ma che le costò anche la marginalizzazione da parte degli attori istituzionali che da essa avrebbero dovuto sentirsi vincolati⁴⁵ – la SCOTUS sembrava, inoltre, aver imparato che per mantenere credibilità quale corpo tecnico occorre estrema cautela nel decidere questioni sentite come politicamente calde, evitando pronunce in contrasto con il sentimento collettivo. Dopo di allora aveva, infatti, affrontato tali tematiche al momento storico opportuno, quando i tempi erano maturi, avendo cura di non forzare la mano per evitare accuse di eccessivo *judicial activism*⁴⁶. Con *Dobbs*, invece, la Corte Suprema entra nel vivo di una questione politicamente molto calda senza tenere minimamente in considerazione l'opinione della maggioranza degli americani – che, a ridosso della decisione, si dichiarava per due terzi favorevole al diritto costituzionalmente garantito all'aborto⁴⁷ – facendosene addirittura un vanto⁴⁸. E lo fa, si è visto, in assenza di ogni altra condizione necessaria alla sua legittimazione tecnica, mostrando inevitabilmente un volto politico. Perfino la decisione che, nel 2000, aveva d'imperio negato la presidenza ad Al Gore per attribuirla a George W. Bush⁴⁹ – per quanto direttamente sostitutiva della volontà degli elettori – sembrò meno frutto di convinzioni politiche di quella odierna. Non tutti e 5 i giudici della maggioranza di allora, a differenza degli attuali 5 di cui si è detto, erano infatti stati confermati sulla scorta di polarizzazioni politiche estreme né apparivano

Antonin Scalia (98 a 2), Sandra O'Connor (99 a 0), Paul Stevens (98 a 0), o David Souter (90 a 9), al di là che a nominarli fosse un presidente repubblicano (come nel caso di tutti quelli indicati salvo Ruth Bader Ginsburg) o meno. Maggiori informazioni sul sito del Senato: <https://bit.ly/3JXnZxl>.

⁴⁴ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

⁴⁵ In *Dred Scott*, negando addirittura il diritto di accesso alla giurisdizione a uno schiavo del Missouri che chiedeva gli fosse riconosciuta la libertà avendo egli vissuto per un certo periodo di tempo in due Stati che non ammettevano la schiavitù, la Corte Suprema – sotto pressione del neo eletto presidente Buchanan – aveva mostrato un volto assai più politico che tecnico-giuridico e per questo aveva perso la sua legittimazione. Ciò a sua volta aveva comportato la disobbedienza immediata dei legislatori e delle Corti Supreme degli Stati del nord, che tennero in completo non cale la sua pronuncia.

⁴⁶ Dal 1925 la SCOTUS ha infatti discrezionalità – divenuta poi assoluta dal 1988 – in relazione ai casi su cui intende esprimersi: si veda U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, 197 e ss. Per dettagli in ordine all'attenzione che nel tempo la Corte Suprema ha riposto per non ricadere nell'errore di sostituirsi platealmente al legislatore nelle questioni socio-politicamente calde in antitesi all'opinione dominante, mi permetto di rinviare al mio, *La Corte Suprema alla prova della politica*, in *MicroMega*, 1-2022, 176 ss., in part. 180 ss.

⁴⁷ Cfr. www.pewresearch.org/fact-tank/2022/06/13/about-six-in-ten-americans-say-abortion-should-be-legal-in-all-or-most-cases-2/.

⁴⁸ «*We cannot allow our decisions to be affected by any extraneous influences such as concern about the public's reaction to our work*», scrive Alito a p. 67.

⁴⁹ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

partiticamente schierati. In particolare Anthony Kennedy e Sandra O'Connor – confermati rispettivamente con 97 e 99 voti favorevoli e 0 contrari – che avevano supportato quella pronuncia decisa ai margini, avevano da tempo dimostrato una forte indipendenza rispetto al partito repubblicano e al presidente Reagan da cui erano stati nominati, essendosi spesso scostati da posizioni interpretative conservatrici per abbracciare letture progressiste della Costituzione.

Senza la spada dell'esecutivo o la borsa del legislativo, la forza della SCOTUS passa solo per la sua legittimazione tecnica: è questa la lezione che *Dred Scott v. Sandford* aveva impartito alla Corte Suprema, la quale per lungo tempo ha saputo farne tesoro. Oggi, come allora, la Corte sembra invece aver mostrato un volto assai più politico che tecnico-giuridico e la sua perdita di legittimazione, così come allora, sembra assicurata. Ne sono spie evidenti il crollo impressionante di popolarità della Corte Suprema – il cui tasso di approvazione subito dopo *Dobbs* è passato dal 60% dell'anno prima al 38%⁵⁰ – o la domanda che la *Justice* progressista dissenziente Sonia Sotomayor⁵¹ si è posta durante la discussione orale (*oral arguments*): «Potrà mai questa nostra istituzione sopravvivere all'olezzo sparso sulla pubblica percezione da questa pronuncia, che ha dimostrato come la Costituzione e la sua lettura non siano altro che un fatto politico?»⁵². Insieme a lei ce lo chiediamo anche noi, ben sapendo che una risposta negativa potrebbe mandare in frantumi l'intero l'impianto di pesi e contrappesi (*checks and balances*), su cui il sistema statunitense si basa da oltre 200 anni.

⁵⁰Cfr. www.cnn.com/2022/07/20/politics/supreme-court-job-approval-marquette-poll/index.html.

⁵¹ Cfr. https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf.

⁵² Cfr. www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf.

L'aborto "sbilanciato". Il bilanciamento (assente) in *Dobbs* e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975

Giuditta Brunelli*

THE "UNBALANCED" ABORTION. THE BALANCE (ABSENT) IN DOBBS AND THE BALANCE (INADEQUATE) IN THE CONSTITUTIONAL COURT NO. 27/1975

ABSTRACT: The essay criticizes the US Supreme Court's *Dobbs* ruling on abortion. It contrasts the rigidly originalist theoretical approach of the judgement with the dissenting opinion of Breyer, Sotomayor and Kagan, which focuses on women's freedom, equality and self-determination in the area of reproductive rights. After also criticizing the balance contained in sentence no. 27/1975 of the Italian Constitutional Court, it proposes some reform hypotheses of law no. 194/1978, taking into account the 2022 WHO Abortion care guideline.

KEYWORDS: US Supreme Court; Abortion; Originalism; Women's self-determination; Reform of Italian law no. 194/1978

ABSTRACT: Il saggio critica le argomentazioni della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana in materia di aborto. All'impostazione teorica rigidamente originalista della decisione contrappone la *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan, imperniata sulla libertà, l'eguaglianza e l'autodeterminazione femminile nell'ambito dei diritti riproduttivi. Dopo aver criticato altresì il bilanciamento contenuto nella sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale italiana, propone alcune ipotesi di riforma della legge n. 194/1978, tenendo conto delle Linee guida OMS sull'aborto del 2022.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema USA; Aborto; Originalismo; Autodeterminazione femminile; Riforma della legge n. 194/1978

SOMMARIO: 1. Originalismo e tradizione nella sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana. Il rischio per i diritti privi di base testuale nella Costituzione – 2. Libertà, eguaglianza e autodeterminazione femminile nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan. Il confronto con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975 – 3. Alcune possibili linee di riforma della legge n. 194/1978.

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Ferrara. Mail: bug@unife.it. Contributo su invito.

1. Originalismo e tradizione nella sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana. Il rischio per i diritti privi di base testuale nella Costituzione

Molto si potrebbe dire – e molto è stato detto, quasi sempre con toni giustamente critici e preoccupati – a proposito della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.*, del 24 giugno 2022, in materia di aborto. Mi limiterò in questa sede a poche rapide osservazioni di carattere generale, per poi soffermarmi su alcuni aspetti della decisione che possono rivelarsi utili ad affrontare il caso italiano, da considerarsi – a mio avviso – tutt’altro che soddisfacente in questa controversa materia.

Ciò che, in primo luogo, colpisce è l’impostazione rigidamente originalista della *majority opinion* redatta dal giudice Alito, che finisce per escludere la tecnica del bilanciamento (tipica delle Corti supreme e costituzionali europee)¹, trascurando del tutto la prospettiva delle donne (e le conseguenze discriminatorie derivanti dall’*overruling* delle sentenze *Roe* del 1973 e *Casey* del 1992)², ad esclusivo vantaggio della prevalenza dell’interesse dello Stato a tutelare la vita del concepito³. Un originalismo che rinvia alla tradizione giuridica, identificata nella storia più antica del Paese, senza alcuna considerazione del cinquantennio trascorso dalla pronuncia *Roe v. Wade* e dell’affidamento consolidato da parte delle donne su un sistema che consentiva loro di decidere *se e quando* diventare madri⁴.

¹ N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, *La Lettera: Originalismo e Costituzione* (7/2022). Nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan si legge, a questo proposito: «To the majority “balance” is a dirty word, as moderation is a foreign concept. [...] The constitutional regime we have lived in for the last 50 years recognized competing interests, and sought a balance between them. The constitutional regime we enter today erases the woman’s interest and recognizes only the State’s (or the Federal Government’s)».

² Donne «che dovranno viaggiare per centinaia di chilometri per spostarsi da uno stato federato ad un altro per avere accesso all’interruzione volontaria di gravidanza, donne che non potranno viaggiare – senza mezzi finanziari, con già un ampio carico di cura, con un lavoro precario (discriminazione che si intende intersezionale) –, donne che verranno per questo spiate in base a *app* che geolocalizzeranno coloro che si avvicinano a una clinica abortiva, donne che forse riusciranno ad avere accesso alla telemedicina, ma solo se avranno la capacità di cercare queste informazioni sul *web*, donne che moriranno per le conseguenze di aborti non sicuri»: S. DE VIDO, *Blessed be the fruit. Un’analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte Suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in www.sidiblog.org, 25 luglio 2022, 7-8. In argomento vedi anche F.R. PARTIPILO, *La sentenza Dobbs v. Jackson Women’s Organization ed il diritto all’aborto negli Stati Uniti*, in www.giudicedonna.it, 1, 2022, 7.

³ A. SPERTI, *Il diritto all’aborto e il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 3, 2022, 30. Osserva L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs ad essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 36, che la *Dobbs* non argomenta sulla costruzione teorica «che individua due centri di interesse giuridico in un unico corpo (quello fecondato della donna) che poi consente di operare un bilanciamento tra contrapposti diritti, perché si concentra sull’interesse costituzionale dello Stato a tutelare la vita potenziale». Per M.G. GIAMMARINARO, *La sentenza Dobbs v. Jackson e il diritto costituzionale delle donne all’autodeterminazione*, in www.giudicedonna.it, 1, 2022, 3, ciò che *Dobbs* vuole cancellare è «il radicamento dell’autodeterminazione nella libertà personale, principio essenziale della tradizione giuridica americana così come di quella europea. Importante rilevare che *Dobbs* non nomina in nessuno dei suoi capitoli o paragrafi né le donne né i loro diritti, diffondendosi invece sull’interesse degli Stati a proteggere la vita del feto».

⁴ La mancanza di considerazione delle aspettative maturate dalle donne in cinquant’anni di applicazione di *Roe v. Wade* e la correlativa assenza di qualsiasi tentativo di bilanciamento dei loro diritti, l’uso strumentale del da-

Un'idea indubbiamente recessiva di tradizione, assunta come «esito più o meno cristallizzato di conflitti, di rapporti di potere sulla distribuzione delle risorse, la divisione del lavoro, le gerarchie sociali. Reificare una tradizione significa congelare dei rapporti di forza, invece di consentire di rimetterli in gioco»⁵. Emerge, nella sentenza *Dobbs*, una visione del corpo sessuato e riproduttivo della donna come «una risorsa *privata* (degli uomini loro famigliari) e *pubblica* (della società e dello stato che tramite essa si riproduce)». Per questo non può essere a loro disposizione e per questo le donne «hanno avuto ed hanno tradizionalmente più difficoltà a vedersi riconosciuto quel diritto fondamentale che è l'*habeas corpus*: il diritto ad essere in controllo del proprio corpo, della propria integrità fisica», di non essere obbligate a portare a termine una gravidanza non voluta⁶.

Altro aspetto criticabile e potenzialmente pericoloso della sentenza *Dobbs* riguarda la capacità “espansiva” del ragionamento della Corte Suprema nei riguardi di altri diritti non menzionati dalla Costituzione. Benché nella motivazione di maggioranza ci si premuri di sottolineare la peculiarità del diritto all'aborto, diverso da ogni altro diritto implicitamente protetto dal XIV Emendamento, in quanto, come già riconosciuto nelle sentenze *Roe* e *Casey*, «it destroys what those decisions called “fetal life” and what the law now before us describes as an “unborn human being”», non è un caso che nella sua *concurring opinion* Justice Thomas evochi esplicitamente la possibilità che in futuro la Corte possa rivedere la propria posizione in materia di contraccezione (*Griswold*, 1965), omosessualità (*Lawrence*, 2003) e matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergeffell*, 2015). Delle due l'una, come si legge nel *dissent* già citato. O la maggioranza della Corte non crede davvero nel suo stesso ragionamento, oppure tutti i diritti che non sono «profondamente radicati nella storia e nella tradizione americana» e che sono stati desunti in via interpretativa dal testo costituzionale hanno ora un destino incerto: «additional constitutional rights are under threat».

La questione, è chiaro, è strettamente connessa al ritrarsi della Corte, in coerenza con l'impostazione originalista, dal riconoscimento di un diritto privo di base nel testo della Costituzione e nella storia nazionale, per “restituirne” la regolazione al processo politico rappresentativo («bru-

to storico e l'indebolimento del principio della vincolatività dei precedenti sono segnalati da A. SPERTI, *Il diritto all'aborto*, cit., 35, che per queste ragioni ravvisa in *Dobbs* una sentenza allarmante per i diritti delle donne e delle minoranze negli Stati Uniti.

⁵ C. SARACENO, *Tra uguaglianza e differenza: il dilemma irrisolto della cittadinanza delle donne*, in www.fondazionegorrieri.it, 2008, 28.

⁶ C. SARACENO, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 20 (che evoca la contraccezione, l'aborto, la procreazione assistita, la violenza). Per una descrizione generale di questi temi vedi, da ultimo, F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus “di genere”*, Napoli, 2022. Particolarmente duro, in materia di gravidanza coatta, il documento *Our Statement on Bodily Autonomy* (24 giugno 2022) dell' *Afro American Political Forum*, presieduto da Kimberlé Crenshaw (in www.aapf.org). Esso fornisce una lettura radicalmente alternativa della storia degli Stati Uniti, identificando nella *coerced pregnancy* «the foundation of enslavement and the source of the profits in the slave trade». “The consequence of our’s society failure to see coerced pregnancy as a legacy of enslavement has descended once again upon Black women and all pregnant people with lethal force. Had the project of liberation from enslavement been rooted in this recognition, the coerced childbirth would have been prohibited as a foundational principle of freedom. The incompleteness of our conceptions of liberty thus harken back to the unspeakable past and stretch forward into this painful moment, proving once again that the intersections of patriarchy, racism, and heteronormativity will continue to undermine the freedoms that we all take for granted unless we learn how to address them simultaneously». Sul punto vedi anche L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione*, cit., 34-35.

talmente» interrotto dalla sentenza *Roe*) e in particolare ai singoli Stati, ai quali peraltro si indicano in modo accurato gli interessi costituzionali da tutelare, che *non* comprendono la libertà, l'eguaglianza e l'autodeterminazione femminile, ma soltanto il rispetto e la protezione della vita prenatale in ogni stadio del suo sviluppo, la protezione della salute della madre, l'esclusione di procedure mediche «particularly gruesome or barbaric», la tutela dell'integrità della professione medica, la mitigazione della sofferenza fetale e la prevenzione di discriminazioni basate sulla razza, il sesso o la disabilità. Anche questo è un profilo di estrema gravità, che ha a che fare con la natura stessa di un sistema giuridico basato sulla Costituzione rigida e sul sindacato di legittimità costituzionale: affermare che una posizione soggettiva non ha rango costituzionale, affidandola alla mutevolezza e all'imprevedibilità delle maggioranze politiche, significa infatti propugnare un'idea *debole* dei diritti, o meglio di *alcuni* diritti, evidentemente avvertiti come estranei al concetto di «ordinata libertà» di cui si parla nella sentenza (che sembra in questo caso identificarsi con l'*ordine patriarcale costituito*, nei suoi aspetti sociali e giuridici)⁷ e perciò degradati a meri interessi, di cui le assemblee rappresentative potranno in sostanza fare ciò che vogliono. Tale capovolgimento di prospettiva rispetto alle tutele offerte dal costituzionalismo contemporaneo è nettamente respinto dai giudici dissenzienti: «We believe in a Constitution that put some issues off limits to majority rule. Even in the face of public opposition, we uphold the right of individuals – yes, including women – to make their own choices and chart their own futures». Un affidarsi alla legge ordinaria che appare tanto più grave in un contesto istituzionale profondamente frammentato, nel quale, in assenza di una garanzia federale, si produrranno di certo intollerabili diseguaglianze. Nel caso specifico dell'aborto, emerge in modo drammatico il problema della «difesa del diritto *delle singole donne* ad autodeterminarsi anche in un contesto in cui la maggioranza – ivi compresa, talvolta, la maggioranza delle donne – vorrebbe vincolare la loro libertà di scelta»⁸.

⁷ Nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan si sottolinea come all'epoca dell'approvazione del XIV Emendamento (1868) le donne fossero prive dei diritti politici e dunque della possibilità di far sentire la loro voce in materia di diritti riproduttivi: «So it is perhaps not so surprising that the ratifiers were not perfectly attuned to the importance of reproductive rights for women's liberty, or for their capacity to participate as equal members of our Nation. Indeed, the ratifiers – both in 1868 and when the original Constitution was approved in 1788 – did not understand women as full members of the community embraced by the phrase "We the People"». L'interruzione di gravidanza, secondo la *majority opinion* di *Dobbs*, non risponde al modello di «ordinata libertà», dal momento che «l'aborto era considerato illecito penale dalla *common law* (secondo la lettura che ne davano, secoli fa, i suoi studiosi: Bracton, Coke, Hale e Blackstone) e dagli ordinamenti statali all'indomani dell'entrata in vigore del XIV em. Nel 1868, ricorda Alito, l'interruzione di gravidanza era punita, a prescindere dallo stato di avanzamento della gestazione, dalla stragrande maggioranza delle legislazioni statali. In ogni caso, (...) fino a *Roe* nessuno Stato riconosceva un diritto all'aborto in senso proprio» (C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *associazioneidecostituzionalisti.it*, *La Lettera*, cit., 1).

⁸ B.L. KENNY, *L'aborto che sta spaccando l'America*, intervista a Yasmine Ergas, in *www.ingenera.it*, 21/7/2022 (corsivo aggiunto). Sul «formidabile problema» della possibilità di «mettere ai voti», cioè condizionare al consenso delle maggioranze, la scelta della *singola* donna di abortire, vedi N. ZANON, *La Costituzione "neutrale"*, cit., 2. Per C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, in *associazioneidecostituzionalisti.it*, *La Lettera*, cit., 2, l'abbandono da parte della Corte Suprema della narrativa che aveva caratterizzato la sua giurisprudenza da *Roe* in poi «impoverisce il dibattito pubblico sull'aborto oscurando le ragioni individuali a favore di quelle che, su base maggioritaria, riescono ad aggregarsi ed imporsi nel processo politico».

2. Libertà, eguaglianza e autodeterminazione femminile nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan. Il confronto con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975

Come un calco in negativo della decisione assunta dalla maggioranza, l'opinione dissenziente è interamente costruita sul binomio inscindibile libertà/eguaglianza («the constitutional values of liberty and equality go hand in hand»), sull'autodeterminazione femminile, sulla connessione tra *equal citizenship* e *reproductive rights*, sulla reciproca implicazione tra i diritti relativi al controllo del proprio corpo e alle scelte in ambito relazionale, familiare e procreativo⁹.

Di particolare rilievo è il richiamo all'eguaglianza di genere, secondo l'insegnamento di Ruth Bader Ginsburg¹⁰. Già a partire da *Casey*, la giurisprudenza della Corte Suprema ha istituito un nesso esplicito tra la capacità delle donne di controllare la propria vita riproduttiva e quella di partecipare in maniera eguale alla vita economica e sociale della nazione¹¹. L'opinione di minoranza di *Dobbs* si inserisce perfettamente in questa linea interpretativa, ribadendo che «[w]ithout the ability to decide whether and when to have children, women could not – in the way men took for granted – determine how they could live their lives, and how they would contribute to the society around them».

Eguaglianza e autodeterminazione nelle scelte procreative: è proprio ciò che manca nel bilanciamento operato con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975, che prende in considerazione soltanto il conflitto fra la *tutela del concepito*, da un lato, e il *diritto alla vita e alla salute della madre*, dall'altro. Schema concettuale ribadito, poco più di vent'anni dopo, con la sentenza n. 35/1997, nella quale si stabilisce che tale bilanciamento (recepito nella legge n. 194/1978) riguarda il riconoscimento di diritti costituzionalmente garantiti, *non inficiabili ad opera di leggi ordinarie*. Quest'ultima decisione, anzi, ha ulteriormente rafforzato la tutela del concepito: se, infatti, nella sentenza del 1975 si affermava esplicitamente la «non equivalenza» fra il diritto alla vita e alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare, nella pronuncia più recente l'enfasi viene posta sulla necessità di individuare un punto di equilibrio tra valori posti *sullo stesso piano* (in tal modo, fra l'altro, prefigurando una significativa limitazione delle scelte legi-

⁹ «The Court's precedents about bodily autonomy, sexual and familial relations and procreation are all interwoven – all part of the fabric of our constitutional law, and because that is so, of our lives. Especially women's lives, where they safeguard a right to self-determination».

¹⁰ M. D'AMICO, *The legacy of Ruth Bader Ginsburg*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 145 ss. Bader Ginsburg, com'è noto, criticò la sentenza *Roe* proprio perché non richiama il principio di eguaglianza, la parità e il divieto di discriminazione nei confronti delle donne (F.R. PARTIPILO, *La sentenza Dobbs v. Jackson*, cit., 4).

¹¹ A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 13, che osserva altresì come in *Casey* abbia «svolto un ruolo di primo piano anche il principio di dignità, inteso in senso soggettivo come sinonimo di autonomia e libertà di scelta, e declinato altresì come *equal dignity*». Su diritto di aborto e promozione dell'eguale libertà delle donne, anche nella giurisprudenza della Corte Suprema americana, si vedano le riflessioni di S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012. Osserva C. SARACENO, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 30-31, che la questione di chi si faccia carico del *lavoro di riproduzione* (complessivo, ovvero non il semplice mettere al mondo) rappresenta «il nodo sempre più duro, e ricorrente, del concetto di uguaglianza, definito a partire dal modo in cui il maschile si è definito, insieme come tale e come metro di valutazione». È un nodo (ovviamente irrisolto) che si trova «al centro delle tensioni e ambivalenze rispetto al concetto stesso di uguaglianza».

slative in materia, attraverso la qualificazione della legge n. 194, o almeno di gran parte di essa, come *a contenuto costituzionalmente vincolato*)¹².

Appare evidente come la configurazione del conflitto stabilita dalla Corte costituzionale sia a dir poco asfittica e, tutto sommato, giuridicamente incomprensibile, sia alla luce della nozione di eguaglianza accolta nella Carta del 1948, ben più ampia e composita rispetto a quella che caratterizza l'esperienza degli Stati Uniti, sia in relazione al principio di autodeterminazione, da tempo presente in altri ambiti della giurisprudenza costituzionale.

Quanto all'eguaglianza, basti ricordare la ricchezza del primo comma dell'art. 3 Cost., che individua proprio nel sesso la prima delle differenze che non possono tradursi in discriminazioni, e il secondo comma della medesima disposizione, che stabilisce «*un autonomo principio di eguaglianza sostanziale e di parità delle opportunità fra tutti i cittadini nella vita sociale, economica e politica*»¹³, il quale costituisce – nel suo intreccio con l'eguaglianza formale, espresso dal concetto di “*pari dignità sociale*” contenuto nel primo comma – il fondamento stesso dei diritti sociali. Quanto all'autodeterminazione, si pensi alla sentenza n. 438/2008, nella quale si distingue tra *due diritti fondamentali*, quello, appunto, all'*autodeterminazione* e quello alla salute (che nella loro integrazione reciproca, fondata sugli artt. 2, 13 e 32 Cost, fondano il principio del consenso informato al trattamento medico).

Niente di tutto questo nella “mappa” del conflitto disegnata dalla Corte costituzionale in materia di interruzione volontaria della gravidanza. Indecifrabile soprattutto (almeno sul piano strettamente giuridico) il mancato riconoscimento dell'*habeas corpus* della donna, inteso come libertà (anche fisica) di sottrarsi ad una gravidanza indesiderata. Si tratta dell'esito di una costruzione ideologica inaccettabile, secondo cui ci troveremmo di fronte «a due soggetti, indipendenti e simmetrici, la donna e l'embrione/feto. Questa è una mera fantasia, una vera e propria falsificazione» perchè «[s]enza relazione con il corpo pensante della madre non vi è possibilità di vita, biologica e simbolica»¹⁴. Come abbiamo visto, la Corte costituzionale non ha ricondotto l'inviolabilità del corpo femminile alla libertà personale, ma alla sola tutela psicofisica della salute della persona di cui all'art. 32 Cost.¹⁵. E' il prezzo

¹² In argomento vedi M. D'AMICO, *Una lettura della disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, in *Giur.cost.*, 1997, 1145 ss. Vedi anche G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, III, Dei diritti e dell'eguaglianza, Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, 815 s.

¹³ Sentenza n. 163/1993 (corsivo aggiunto).

¹⁴ M.L. BOCCIA, *È alla donna che dobbiamo la vita*, in *Liberazione*, 26 febbraio 2008.

¹⁵ L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006, 3. L'A. osserva che l'operazione «di distinzione e contrapposizione tra la donna e il suo corpo fecondato» attuata dalla Corte con la sentenza del 1975 «sarà travasata, non solo nell'impianto della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza del 1978, come affermerà la stessa Corte, ma anche nella [...] legge sulle tecniche di fecondazione assistita del 2004» (p. 9). Secondo E. OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. “Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?”*, in *Nomos*, 2/2022, 10, «ciò che si ripresenta in svariate forme e va, invece, respinto è una concezione antagonista che oppone libertà e salute della donna alla vita del feto o alla coscienza del medico, secondo una “costruzione avversariale” dei rapporti tra la donna e il feto [...]». Per F. ANGELINI, *Introduzione. Perché parlare di aborto?*, *ivi*, 8, «in quarant'anni di l. 194, proprio la contrapposizione fra diritto a nascere del concepito e diritto alla salute della madre ha rappresentato il terreno sul quale si sono insinuate» le forme di sabotaggio della legge.

pagato alle profonde lacerazioni esistenti nella società e nella politica in tema di aborto e all'esigenza di individuare un punto di equilibrio nella contesa tra le diverse culture contrapposte. Ravvisando esclusivamente nella prevenzione dell'aborto clandestino la *ratio* dell'intervento di legalizzazione e regolazione della pratica, la Corte ha potuto eludere il tema dell'autodeterminazione femminile nelle scelte procreative¹⁶. Essa, come ha acutamente osservato Silvia Niccolai, nel suo argomentare «fu paternalistica (queste povere donne, non possiamo lasciarle morire d'aborto...). E questo era essenziale, perché senza la vittimizzazione della donna non poteva risaltare l'argomento, che era l'unico capace in quel momento di aprire una sia pur limitata giustificazione all'aborto, che non risultasse dirompente negli equilibri politici, ma che invece li consolidasse, rinsaldando il legame legittimante tra essi e l'ordine costituzionale»¹⁷.

Certo, non è senza significato il fatto che la "prima parola" sull'aborto non sia stata pronunciata dal legislatore repubblicano (distintosi anzi per la sua inerzia nel lasciare in vigore il divieto assoluto contenuto nell'art. 546 del codice penale Rocco), ma dalla Corte costituzionale, che ha aperto il processo normativo poi conclusosi con la legge del 1978, la quale ha in larga misura recepito le indicazioni contenute nella sentenza del 1975. C'è qui una particolarità (non inedita, ma certamente fonte di incertezze e controversie, come ha dimostrato anche il caso Cappato molti anni dopo)¹⁸ rispetto a quella che dovrebbe essere la dialettica normale tra Corte e legislatore: in genere, è il legislatore che opera il primo bilanciamento tra i diritti e gli interessi costituzionali coinvolti, nell'ambito della sua discrezionalità, e solo in un secondo momento interviene il giudice costituzionale, verificandone la ragionevolezza e la proporzionalità alla luce del dettato della Carta fondamentale¹⁹. Qui, invece, è stata la Corte a (dover) stabilire il primo bilanciamento: lo ha fatto, come abbiamo visto, con estrema prudenza, individuando in termini assai restrittivi la topografia del conflitto. E il legislatore ha aggravato la situazione, aggiungendo senza le necessarie cautele un elemento ulteriore di restrizione della scelta della donna: la necessità di tenere conto, ai sensi dell'art. 9, del diritto all'obiezione di coscienza del personale sanitario. Un vero e proprio grimaldello per sabotare l'applicazione della legge, com'è a tutti noto.

Credo che sia arrivato il momento (volendo immaginare un'iniziativa di riforma della legge n. 194 in senso più liberale e rispettoso della soggettività femminile, che tuttavia non appare all'orizzonte) di riscrivere la tematica dell'interruzione volontaria della gravidanza incorporando nel bilanciamento sia l'eguaglianza di genere, come intesa nell'opinione di minoranza di *Dobbs*, sia il principio di autodeterminazione in una delle sue possibili declinazioni, riconoscendo il diritto della donna a non trovarsi sottoposta ad una gravidanza non voluta, in spregio alla sua libertà fisica e morale.

Né mi pare che un siffatto intervento riformatore debba ritenersi impedito dalle statuizioni della Corte costituzionale circa il carattere costituzionalmente vincolato della legge 194. Perché molti anni so-

¹⁶ G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 826-827.

¹⁷ S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, 2006, 570.

¹⁸ Ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale.

¹⁹ Sulla tecnica del bilanciamento e le sue caratteristiche vedi M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in www.cortecostituzionale.it.

no trascorsi da quella decisione, e la giurisprudenza costituzionale può mutare orientamento; perché la sentenza del 1997 è stata pronunciata in sede di giudizio di ammissibilità di referendum abrogativo, e questo probabilmente ha inciso sulla severità dei limiti individuati; perché la Corte, in linea generale, dovrebbe essere assai cauta nel sindacare leggi in materia di bioetica su cui sia stata (spesso faticosamente) raggiunta una maggioranza parlamentare, per non sostituire la propria valutazione a quella rientrando nella discrezionalità del legislatore. Non si tratta, pertanto, di una situazione normativa cristallizzata ed intoccabile (come appare dal dibattito pubblico italiano, in cui la frase “la 194 non si tocca” è diventata quasi un dogma da omaggiare). Le difficoltà si annidano piuttosto nella politica, a maggior ragione dopo i risultati delle ultime elezioni nazionali.

3. Alcune possibili linee di riforma della legge n. 194/1978

Alcune sintetiche osservazioni finali su un tema ancora controverso: la necessità o meno di una legge in questa materia. Da sempre, infatti, nel dibattito pubblico *pro-choice* è presente la tesi della mera depenalizzazione, ritenendosi da una parte del pensiero femminista che l'esistenza di una legge dello Stato, più o meno repressiva, non sia compatibile con la libertà femminile, per ragioni di carattere sanitario, giuridico e simbolico²⁰. Si tratta senza alcun dubbio di un tema di grande rilievo teorico e pratico. Anche a questo riguardo, tuttavia, la vicenda della sentenza *Dobbs* ha qualcosa da insegnarci. Con l'*overruling* di *Roe*, infatti, viene a mancare l'unica garanzia federale del diritto all'aborto, a proposito del quale il Congresso non ha mai legiferato. Ogni decisione in materia, come si è visto, è ora rimessa ai legislatori statali, in un contesto fortemente decentrato e differenziato. Uno degli esiti della mancanza di una regolazione nazionale che assicuri uno standard minimo di tutela sull'intero territorio degli Stati Uniti sarà la violazione dell'eguaglianza davanti alla legge di molte donne, costrette a spostamenti faticosi e costosi per l'accesso al servizio, particolarmente penalizzanti per le meno abbienti, le appartenenti alle minoranze, per le donne con disabilità, per tutte le donne, insomma, che per vari motivi si trovano in una posizione di svantaggio sociale.

Ebbene, con tutte le differenze del caso, anche quello italiano è un contesto di grande disomogeneità territoriale con riferimento alla protezione del diritto alla salute, a causa delle connotazioni che il regionalismo ha assunto in questa materia. E, quanto all'accesso all'aborto, basta leggere i dati riportati nell'ultima relazione al Parlamento del Ministro della salute sull'applicazione della legge 194²¹, dai quali emerge una situazione variegata nelle diverse regioni italiane, anche in relazione al tipo di maggioranza politica che le governano²².

²⁰ Mi riferisco, in particolare, alle argomentazioni contenute nel *Testo per ragionare insieme sulla possibile depenalizzazione dell'aborto*, Documento femminista del novembre 1989, in www.librieriadelledonne.it. Sul tema vedi C.I.S.A. – M.L.D., *Aborto. Facciamolo da noi*, a cura di E. ROCCELLA, Roma, 1975 (il volume contiene un progetto di legge di iniziativa popolare per la depenalizzazione dell'aborto elaborato dal Movimento di Liberazione della Donna, di area radicale).

²¹ MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza (legge 194/78)*, Dati definitivi 2020, trasmessa al Parlamento in data 8 giugno 2022, in www.salute.gov.it.

²² “Sull'interruzione volontaria di gravidanza ancora troppe disparità regionali”, in www.associazionelucacoscioni.it, 20 settembre 2021. Per un esempio recente, vedi *Aborto, la giunta Fdi delle*

Una legge appare dunque necessaria, in coerenza con l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., sulla determinazione, appunto con legge dello Stato, dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (con riferimento, nel caso di specie, al diritto di autodeterminazione in ambito riproduttivo)²³. Quanto alla legge vigente, essa dovrebbe essere modificata in quelle previsioni che presentano evidenti criticità, oltre che sulla base dell'esperienza applicativa di più di quarant'anni, anche alla luce di importanti documenti di istituzioni internazionali, quali il Consiglio d'Europa (Commissario per i diritti umani, *La salute e i diritti sessuali e riproduttivi delle donne in Europa*, dicembre 2017)²⁴ e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (*Abortion care guideline*, 2022)²⁵, dai quali è possibile trarre una serie di utili indicazioni per una futura (e auspicabile) attività riformatrice²⁶. Per limitarsi ad alcuni esempi: eliminare il periodo di attesa obbligatorio; evitare l'imposizione di una consulenza pre-aborto, lasciando alla scelta della donna la possibilità di usufruirne²⁷; allargare il bacino dei professionisti sanitari che possono eseguire l'intervento, sia per via chirurgica che farmacologica²⁸ (ad esempio ostetriche e ostetrici, medici di famiglia, come avviene in altri ordinamenti); delimitare in modo chiaro e restrittivo la tipologia delle figure professionali che possono obiettare e vincolare i medici obiettori ad indirizzare tempestivamente la donna a un altro professionista competente e disposto a fornire l'assistenza all'interruzione volontaria di gravidanza; evitare (ad esempio, riservando nei bandi di concorso pubblico ruoli per

Marche cancella la convenzione con l'Aied. "Ora applicare la legge 194 sarà più difficile, una scelta politica grave", in www.ilfattoquotidiano.it, 6 gennaio 2023

²³ Per una diversa ricostruzione vedi F. BIONDI, *La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza* (4 febbraio 2011), in www.forumcostituzionale.it, 4, secondo la quale la disciplina contenuta nella legge n. 194/1978 andrebbe più correttamente inquadrata nella materia, di competenza concorrente, «tutela della salute». La legge del 1978, infatti, «garantisce i diritti del concepito e la vita e la salute della donna, bilanciandoli tra loro. Le disposizioni in essa contenute, nella parte in cui individuano termini e condizioni per il ricorso all'interruzione della gravidanza, non costituiscono delle "prestazioni", bensì evidentemente dei "principi", fissati dal legislatore statale e non derogabili da quello regionale». Al di là dell'interpretazione prescelta, si conferma la necessità di una regolazione omogenea a livello nazionale.

²⁴ Documento tematico, in <https://rm.coe.int>.

²⁵ In www.who.int.

²⁶ Su alcune criticità della legge n. 194 vedi anche G. BRUNELLI, *Problemi (vecchi e nuovi) in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritto e valutazioni scientifiche*, a cura di B. Liberali e L. Del Corona, Torino, 2022, 199 ss.

²⁷ Una soluzione di questo tipo, fra l'altro, sarebbe assai più attenta alla tutela della *privacy* della donna. Tema assai delicato, quando ci si trovi di fronte ad una procedura lunga e complessa per accedere a un servizio pubblico.

²⁸ Quanto all'aborto farmacologico, va sottolineata la lungimiranza dell'art. 15, comma 1, della legge n. 194/1978, laddove si impone alle regioni, d'intesa con le università e con gli enti ospedalieri, di promuovere l'aggiornamento del personale sanitario ed esercente le autorità ausiliarie «sull'uso delle tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza». Ciò ha consentito alle nuove *Linee di indirizzo sull'interruzione volontaria della gravidanza con mifepristone e prostaglandine*, adottate dal Ministero della salute nell'agosto 2020 (circolare 12 agosto 2020, in www.salute.gov.it) di consentire l'aborto farmacologico fino alle 9 settimane di età gestazionale (in precedenza erano 7) e presso strutture ambulatoriali pubbliche adeguatamente attrezzate, funzionalmente collegate all'ospedale e autorizzate dalla regione, nonché consultori, oppure day hospital, dunque senza obbligo di ricovero (G. BRUNELLI, *Problemi (vecchi e nuovi)*, cit., 211-212).

personale non obiettore)²⁹ le c.d. obiezioni di struttura (di fatto esistenti, anche se giuridicamente vietate); prevedere regole adeguate sulla raccolta di dati disaggregati in materia di ivg, riscrivendo in questa parte i contenuti della relazione annuale del Ministro della salute sull'attuazione della legge n. 194³⁰.

Vi è poi il tema dell'aborto dopo il primo trimestre di gestazione (c.d. aborto terapeutico), regolato dagli artt. 6 e 7 della legge n. 194/1978. Un primo problema nasce dalla previsione secondo cui il medico deve verificare se, in base alle circostanze del caso concreto, possa dirsi sussistente la capacità di vita autonoma del feto (*fetal viability*) e, nel caso in cui la verifica abbia esito positivo, deve astenersi dal praticare l'intervento interruttivo, salvo che sussista un pericolo *per la vita* della gestante. Si è osservato di recente come in altri ordinamenti l'accertamento della capacità di vita autonoma del feto non comporti affatto una totale obliterazione delle esigenze di tutela *della salute*, e non solo della vita, della gestante. Si tratta di una scelta legislativa molto rigorosa e penalizzante per la donna, configurabile come un vero e proprio «obbligo di continuazione della gravidanza» in presenza, appunto, di pericoli gravi per la sua salute; ciò appare in contrasto con la sentenza n. 27/1975, ove si afferma con nettezza che le esigenze di protezione della vita e della salute di chi è già persona, ossia della gestante, non possono mai soccombere nel bilanciamento né essere considerate equivalenti a quelle del feto³¹.

Un secondo problema riguarda i nati estremamente prematuri. L'art. 7 specifica che quando l'ivg debba essere effettuata nonostante la sussistenza di capacità di vita autonoma del feto, «il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea» a salvaguardarne la vita. Un approccio di *attivismo terapeutico*, che pone non pochi problemi, fino a un possibile sconfinamento nell'accanimento terapeutico³². Temi non più eludibili, anche alla luce dello sviluppo delle tecnologie mediche di rianimazione, che hanno ampliato enormemente le possibilità di sopravvivenza dei nati estremamente prematuri, aprendo inediti e delicatissimi scenari.

²⁹ Sui possibili interventi legislativi per arginare il ricorso, spesso opportunistico, all'obiezione di coscienza in materia di ivg, vedi F. GRANDI, *Le difficoltà di attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 117 ss. Su alcune ipotesi di modifica della legge del 1978, vedi A. POMPILI, *Oltre la 194, la legge che vorremmo*, in *Micromega*, 2022, 89 ss.

³⁰ In argomento vedi l'ampia ed approfondita ricerca di C. LALLI e S. MONTEGIOVE, *Mai dati. Dati aperti (sulla 194)*, Roma, 2022.

³¹ L. DEL CORONA, *Aborto terapeutico e nati estremamente pretermine*, in *Diritto e valutazioni scientifiche*, cit., 237-238. Non è poi da sottovalutare il fatto che l'unica possibilità che si prospetta alle donne che hanno avuto una diagnosi tardiva di grave patologia fetale sia quella di recarsi all'estero per ottenere l'intervento vietato in Italia: A. POMPILI, *Oltre la 194*, cit., 94.

³² Circa il problema dell'accanimento terapeutico sui nati estremamente prematuri vedi L. DEL CORONA, *Aborto terapeutico*, cit., 242 ss.

La legge 194: un dibattito riaperto

Corrado Melega*

LAW 194: A REIGNITED DEBATE

ABSTRACT: Law 194/1978, which protects maternity and regulates the voluntary interruption of pregnancy in Italy, has been at the centre of controversy and debate since its promulgation. The problem was increased after the restrictive measures on voluntary abortion taken in some European countries and above all after the American Supreme Court's ruling (*Dobbs vs Jackson Women Health Organization*), which, in June 2022, overruled the historic 1973 decision (*Roe vs Wade*). The US Supreme Court stated that there is no constitutional foundation for the right to abortion in the US Constitution. Contrary to the USA, where the 1973 ruling was considered untouchable and no federal law followed it, in Italy a ruling by the Constitutional Court, which established the prevalence of the mother's health over that of the foetus while recognising its rights, was followed by a State law, number 194 of May 1978. It is also worth noting the support of various media and public opinion, which made it possible to reject the abrogative referendum a few years later. With regard to its application, on the one hand, there is the optimism of the Ministry of Health's annual report, based on the significant decrease in the number of abortions; on the other hand there is the protest over the difficulties raised by women in access abortion services in some parts of the country, linked to the high number of objectors among health personnel. There is also a reduced recourse to the pharmacological practice, which after 30 years of application has now demonstrated its safety, as certified by both the WHO and scientific societies halfway around the world. The law is more than 40 years old and should be the subject of a democratic review based on international experience and scientific evidence, but from a series of media statements and projects presented it seems that it is destined not so much to be repealed, which is legislatively very difficult, but to be emptied.

KEYWORDS: Abortion; family counselling centres; reproductive rights; conscientious objection; pharmaceutical abortion

ABSTRACT: La legge 194, che tutela la maternità e regola in Italia l'interruzione volontaria di gravidanza, è stata fin dalla sua promulgazione, al centro di polemiche e dibattiti. Il problema si è accentuato dopo le misure restrittive sull'aborto volontario prese in alcuni paesi europei e soprattutto dopo la sentenza della Corte Suprema

* *Componente della Consulta di Bioetica Onlus. Già direttore del dipartimento materno infantile della Asl Bologna, già presidente della commissione regionale per il percorso nascita. Mail: corrado.melega@gmail.com. Contributo su invito.*

Americana (*Dobbs vs Jackson Women Health Organization*), che, nel giugno 2022, ha giudicato priva di fondamento costituzionale la storica sentenza del 1973 (*Roe vs Wade*), con la quale la stessa Corte aveva sancito il diritto della donna all'autodeterminazione in tema di scelte riproduttive e sessuali. Al contrario degli USA, dove la sentenza del 1973 fu ritenuta intoccabile e ad essa non fece seguito alcuna legge federale, in Italia una sentenza della Corte costituzionale che sancì la prevalenza della salute della madre su quella del feto pur riconoscendone i diritti, fu seguita da una legge dello Stato, la numero 194 del maggio 1978. Bisogna inoltre sottolineare il sostegno di vari mezzi di comunicazione e dell'opinione pubblica, che permise qualche anno dopo di respingere il referendum abrogativo. Per quello che riguarda la sua applicazione, da una parte c'è l'ottimismo della relazione annuale del Ministero della Salute, fondata sulla significativa diminuzione del numero di aborti; dall'altra parte c'è la protesta per la difficoltà che le donne trovano nell'usufruire del servizio in alcune parti del paese, legata all'alto numero di obiettori. C'è inoltre un ricorso ridotto alla pratica farmacologica, che dopo 30 anni di applicazione ha ormai dimostrato la sua sicurezza, come certificano sia l'OMS che le società scientifiche di mezzo mondo. La legge ha più di 40 anni e dovrebbe essere oggetto di una revisione democratica basata su esperienze internazionali ed evidenze scientifiche, ma da una serie di esternazioni mediatiche e progetti presentati pare che sia destinata non tanto all'abrogazione, legislativamente molto difficile, ma ad essere svuotata.

PAROLE CHIAVE: Aborto; consultori familiari; diritti riproduttivi; obiezione di coscienza; aborto farmacologico

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le reazioni alla sentenza dal lato medico-scientifico – 3. Perché questa sentenza ci riguarda di là della preoccupazione delle donne americane? – 4. Interruzione volontaria di gravidanza ed effettività della legge – 5. L'aborto farmacologico – 6. L'importanza dei dati – 7. Quali soluzioni? – 8. Conclusioni: l'importanza della salute sessuale per assicurare l'accesso all'interruzione di gravidanza.

1. Introduzione

Nel 1973 la sentenza della Corte Suprema statunitense stabilì che Jane Roe, pseudonimo di Norma Mc Corvey, poteva abortire volontariamente sulla base del «diritto alla privacy», descritto come libertà di fare «scelte intime e personali», che sono «centrali per la dignità e l'autonomia» (*Roe vs Wade*).

Il primo Stato a legalizzare l'aborto fu la Russia nel 1920; seguì poi l'*Abortion Act* inglese del 1967, ma la sentenza *Roe vs Wade* fu fondamentale, perché per la prima volta si affermò la possibilità di interrompere la gravidanza in virtù del diritto all'autodeterminazione della donna. La Corte affermava non solo il pieno fondamento costituzionale di questo diritto, ma anche la sua universalità, che teoricamente non richiedeva leggi specifiche e rendeva illegittime leggi che in differenti stati vietassero l'aborto.

L'importanza della sentenza sta nell'aver giustificato la liceità dell'aborto volontario a livello costituzionale; infatti nel testo si legge che nella Costituzione americana la parola persona non include il "non nato".

Il XIV emendamento riguarda tutte le decisioni che possono essere considerate "fondamentali"; quindi è implicito che tale diritto si estende anche alle "attività relative al matrimonio", compresa la "decisione di interrompere la gravidanza".

Si trattò certamente di una sentenza che ha cambiato la forma di vita familiare, ha modificato la pratica medica, è intervenuta in maniera significativa sulla sessualità e sugli stili di vita, aprendo una discussione su quello che fino a quel momento era un argomento tabù, almeno negli Stati Uniti: l'aborto.

La contraccezione ormonale e, alla fine degli anni '70, la procreazione medicalmente assistita completarono la rivoluzione sessuale che offriva alla donna la libertà di separare le scelte sessuali da quelle riproduttive.

Bisogna però sottolineare che in quella storica sentenza c'era un'intrinseca debolezza dovuta alla poca preveggenza dei legislatori di allora, che non fecero seguire alla sentenza una legge federale. Si fidarono della "sacralità" della Corte e del suo preteso essere *super partes*, senza considerare che poteva accadere che venisse il giorno in cui i giudici avrebbero deliberato sulla base della loro ideologia politica e non dell'interesse dei cittadini. Cosa puntualmente accaduta con l'exasperazione della lotta politica scatenata da Trump.

Il 24 giugno 2022 la Corte Suprema americana (a maggioranza repubblicana dopo le nomine di Trump) si è pronunciata sul caso *Dobbs vs Jackson Women's Health Organization*, ossia sulla legittimità di una legge del Mississippi che violava i principi affermati nella sentenza *Roe vs Wade*, giudicando che il diritto all'aborto non ha fondamento costituzionale, perché non rientra nelle tutele previste dal XIV emendamento, che viene così escluso; il precedente è stato pertanto superato ed è stata lasciata ai singoli stati la libertà di legiferare in materia, affermando che i Padri fondatori non avevano parlato di aborto nel redigere la Costituzione (la cosiddetta posizione originalista).

Vero che la sentenza del 24 giugno non ha cambiato la premessa che il non nato non è persona, quindi potrà a sua volta essere ribaltata, intanto però già numerosi stati hanno emesso delibere più o meno restrittive della possibilità di abortire e ci sono anche notizie di richieste di informazioni ai social network per individuare eventuali aborti illegali o migrazioni verso stati più permissivi.

Si tratta di un problema non solo sanitario ma anche sociale, visto che donne appartenenti a classi più svantaggiate saranno costrette a portare avanti gravidanze indesiderate o ad affidarsi ad operatori con pochi scrupoli e con scarsa o nulla professionalità.

2. Le reazioni alla sentenza dal lato medico-scientifico

Le reazioni alla sentenza non si son fatte aspettare; a parte l'appello del presidente Biden a votare per il Partito democratico nelle elezioni di medio termine, sono molto interessanti tre articoli apparsi nel settembre 2022.

Il primo sul *New England Journal of Medicine*¹ parte da una domanda: cosa dovrebbe fare un professionista quando, secondo lui, una legge gli richiede di agire in maniera nociva per il suo paziente? L'associazione dei medici americani (AMA — *American Medical Association*) ha commentato la sentenza come un'intrusione governativa nell'ambulatorio medico, un diretto attacco alla pratica medica e alla relazione medico-paziente ed una patente violazione dei diritti dei pazienti ad usufruire di servizi basati sull'evidenza. Le conclusioni prospettano la disobbedienza civile sulla base di un articolo del codice etico medico dell'AMA che nell'ultimo capoverso afferma che nel caso eccezionale di leggi ritenute ingiuste le responsabilità etiche dovrebbero prevalere sui doveri legali.

Negli USA per esercitare il diritto di voto è necessario iscriversi nelle liste elettorali. Un articolo pubblicato su Statista, compagnia che si occupa di raccolta dati per mercati e consumatori, a firma di Katharina Bucholz² rileva come, dopo la sentenza *Dobbs*, sia aumentato il numero di donne iscritte nei registri elettorali, tale che in 9 stati, a metà agosto, si è registrato un numero di votanti donne superiore ai maschi del 10%. La giornalista afferma che a questo sia dovuta la bocciatura di una legge sull'aborto molto restrittiva in un referendum nel Kansas, stato a guida repubblicana. Anche in altri stati si è verificato il medesimo fenomeno, gli effetti del quale potranno forse vedersi in futuro.

La rivista *Nature*, infine, con l'articolo *Inside The Supreme Court's war on Science*³, sottolinea la natura comune di tre sentenze su aborto, libero accesso alle armi ed ambiente, nelle quali gli scienziati vedono una preoccupante negazione del ruolo delle evidenze scientifiche nell'indirizzare politiche di salute pubblica.

3. Perché questa sentenza ci riguarda di là della preoccupazione delle donne americane?

Credo che prima di parlare della situazione italiana sia opportuno qualche cenno di storia, che illustri il percorso di democratizzazione che, negli anni '70, riguardò molti aspetti della vita dei cittadini, e tra questi la condizione femminile nel lavoro e nelle scelte di vita sessuale e riproduttiva. Anche nel nostro Paese la magistratura ebbe un ruolo importante nello sviluppo di tale percorso. Una prima importante sentenza della Corte costituzionale, fu pubblicata nel marzo 1971 e sancì l'incostituzionalità dell'articolo 553 del codice penale, risalente all'epoca fascista, che proibiva «l'incitamento a pratiche contro la procreazione» in difesa «dell'integrità della stirpe»⁴. Cominciò così l'era della contraccezione ormonale.

Nel 1975 la Corte, con la sentenza n. 27 (riguardante una questione sollevata dal Giudice Istruttore di Milano nel 1972), pur premettendo che: «L'articolo 2 della Costituzione riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e fra questi non può non collocarsi, seppure con particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito» stabilì che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute propria di chi è già persona, come la madre e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare». La sentenza toglieva così ogni fondamento all'azione penale nei confronti di chi chiedeva di interrompere una gravidanza pericolosa per la salute

¹ M.K. WYNIA, *Professional Civil Disobedience — Medical-Society Responsibilities after Dobbs*, in *New England Journal of Medicine*, 387, 2022, 959-961, 15 settembre 2022.

² K. BUCHOLZ, *Dobbs Decision Sets Off Wave of Female Voter Registration*, in *Statista*, 13 settembre 2022.

³ J. TOLLEFSON, *Inside the US Supreme Court's war on science*, in *Nature*, 609, 14 settembre 2022, 460-462.

⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 49/1971.

della madre. Su queste basi l'Italia, a differenza degli USA, promulgò una legge, la n. 194 del 22 maggio 1978. Credo sia importante sottolineare come questa sentenza fosse da inquadrare nel particolare momento politico e civile del nostro Paese.

In quegli anni, pur funestati dal terrorismo, iniziò a svilupparsi una coscienza civile che produsse importanti riforme riguardanti lavoro, scuola e sanità.

Anche la condizione femminile subì profondi cambiamenti; il femminismo fece sentire la sua voce con manifestazioni di piazza che chiedevano libertà nelle scelte sessuali e riproduttive. Il settimanale *Noi Donne* promosse un'inchiesta intitolata "I figli che non nascono". *L'Espresso* insieme alla Lega 13 maggio (data della vittoria nel referendum sul divorzio) iniziò una campagna di stampa con il titolo: *Aborto, una tragedia italiana*, sostenuta dai Radicali, dal MLD (Movimento di Liberazione della Donna), dal CISA (Centro italiano di sterilizzazione e aborto), dall'AIED (Associazione italiana educazione demografica). Fece scalpore la copertina del settimanale che riportava la foto di una donna incinta nuda crocifissa.

Nel 1975, con la legge n. 405, furono istituiti i consultori, strutture pubbliche con accesso gratuito, che oltre a compiti di prevenzione di tumori e malattie sessualmente trasmesse, avrebbero dovuto: «Avere la possibilità di somministrazione di mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e dal singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica dell'utente».

Accaddero poi due importanti fatti di cronaca che portarono all'attenzione dell'opinione pubblica il problema della legalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza.

Nel 1974 il Tribunale di Torino incriminò 273 donne per procurato aborto, dopo la morte di una ragazza ricoverata in ospedale per le complicazioni sorte dopo un aborto clandestino. Il medico, accusato di aver eseguito gli aborti, aveva tenuto un registro degli interventi, dal quale si conobbero i nomi delle donne; fu così possibile istruire il processo che suscitò ovviamente molto clamore oltre ad una campagna in difesa delle donne portata avanti da alcuni partiti, associazioni e privati cittadini.

Nel 1976 a Seveso si verificò nella fabbrica chimica ICMESSA un incendio, che provocò la formazione di una nube di diossina, sostanza che può essere causa di gravi malformazioni fetali. Delle 462 donne in gravidanza in quel momento, 26 chiesero la possibilità di abortire, che fu ottenuta dopo una forte campagna di stampa che accusò i proprietari di non aver informato le donne, vista la sentenza della Corte costituzionale di un anno prima. La vicenda è raccontata in un bel libro della scrittrice, ambientalista, partigiana Laura Conti, dal titolo *Una lepre con la faccia di bambina*. Il cosiddetto labbro leporino è una delle malformazioni più frequenti in caso di intossicazione da diossina.

I tempi erano ormai maturi, così nel 1977 il Parlamento costituì una commissione interpartitica che, dopo un anno, promulgò la legge n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sulla interruzione di gravidanza).

Si può affermare che in Italia, come negli Stati Uniti, le massime Corti, Suprema o Costituzionale, furono decisive per la parziale depenalizzazione e legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza, ma, a differenza degli USA, in Italia si registrò anche una mobilitazione dell'opinione pubblica e di alcuni mezzi di comunicazione, come qualche anno più tardi confermò la bocciatura del referendum abrogativo.

Riprendendo la domanda, perché nonostante questa differenza la sentenza della Corte Suprema ci riguarda?

Certamente perché rischia di alimentare posizioni, che da sempre vogliono limitare il diritto all'aborto, facendo prevalere interpretazioni restrittive della legge, soprattutto in alcune regioni; ma ci riguarda anche perché rischia di rafforzare posizioni misogine, avverse ai diritti sessuali e riproduttivi, che si stanno organizzando in tutta Europa. Considerazione che vale ancor di più oggi dopo il nuovo assetto politico uscito dalle recenti elezioni generali.

Ancor prima della sentenza *Dobbs*, il Parlamento Europeo riunito in sessione plenaria ha approvato la "Risoluzione sulle minacce globali ai diritti all'aborto", che chiede che la UE ed i suoi stati membri «includano il diritto all'aborto nella Carta dei Diritti Fondamentali».

4. Interruzione volontaria di gravidanza ed effettività della legge

Tra gli Stati membri nei quali il diritto all'aborto "sta subendo erosioni" viene citato espressamente il nostro Paese, con particolare riferimento all'obiezione di coscienza.

C'è un generale accordo sul mantenimento della legge n. 194 e sulla sua piena applicazione; le differenti posizioni si manifestano quando da una parte piena applicazione significa prevenire l'aborto e aiutare le donne in difficoltà a portare a termine la gravidanza dall'altra quando si protesta perché in diverse regioni interrompere la gravidanza prevede spostamenti e liste di attesa.

In Liguria c'è la proposta di istituire "sportelli pro vita" in ogni ospedale in cui si eseguono interruzioni e ciò significa un ulteriore passaggio a cui deve sottostare la donna che ha scelto di abortire. In Piemonte si finanzia un "programma di difesa della vita nascente", proposito di per se lodevole se non fosse che i soldi stanziati serviranno per convincere donne, che la gravidanza non la vogliono, a portarla avanti, con tanti saluti all'autodeterminazione.

In Piemonte, Umbria e Marche si è deciso di non aderire all'aggiornamento delle linee di indirizzo, pubblicate dal Ministero della Salute nell'agosto 2020, che cambiano le modalità di esecuzione dell'aborto farmacologico: potrà essere effettuato fino alla nona settimana, anziché alla settima, in *Day Hospital* o in strutture ambulatoriali pubbliche. Le tre regioni hanno ribadito il regime preferenziale del ricovero ospedaliero di tre giorni ed hanno escluso la somministrazione in consultorio.

Fino ad oggi solo il Lazio ha approvato e messo in pratica da un anno la possibilità di eseguire l'aborto medico in consultorio: Altre regioni come Toscana ed Emilia-Romagna stanno iniziando.

5. L'aborto farmacologico

L'avvento di farmaci per indurre l'aborto ha cambiato radicalmente le modalità di accesso e di esecuzione. Dove la procedura viene applicata in modo estensivo l'interruzione avviene più precocemente con minori rischi, le liste di attesa sono molto brevi.

Descritto brevemente: l'aborto farmacologico consiste nella somministrazione orale di un farmaco, il Mifepristone (RU486) e a distanza di 36\48 ore un secondo farmaco, la prostaglandina (Misoprostolo).

La procedura è stata oggetto di attacchi che ne descrivevano la pericolosità e lamentavano la solitudine della donna. In realtà è vero il contrario: le donne, che debitamente informate scelgono la via farmacologica, partecipano all'evento, sono soddisfatte di evitare anestesia e sala operatoria.

Per quello che riguarda i rischi e le complicazioni l'esperienza mondiale e ormai anche quella italiana smentiscono ogni allarmismo. Le complicazioni si mantengono a livelli molto bassi e solo raramente richiedono un ricovero per revisione di cavità. Nella relazione del Ministero relativa al 2020 sono segnalate al 4,2% e sono essenzialmente costituite da perdite ematiche, che il più delle volte non richiederebbero interventi medici, invece, spesso subiscono *over treatment* da parte di colleghi troppo prudenti o poco esperti.

Il metodo farmacologico iniziò ad essere applicato in Francia alla fine degli anni '80 e in altri Paesi europei nei primi anni '90. Nei primi tempi si registrarono alcune morti, che vengono continuamente richiamate: per inappropriato uso dei farmaci, per mancata diagnosi in un caso di gravidanza extrauterina, per patologia settica da *clostridium Sordellii* in donne nelle quali era stato indotto il parto o l'aborto con la somministrazione della prostaglandina per via vaginale. La somministrazione orale ha ovviato al problema; il metodo è stato adottato praticamente in tutto il mondo e dopo milioni di casi si può affermare la sua sicurezza oltre alla minore invasività.

Infatti nel 2006 l'OMS ha stabilito che si deve considerare la combinazione RU più prostaglandine essenziale per la salute delle donne. L'OMS registra che l'introduzione del metodo farmacologico nei paesi in cui le condizioni igienico sanitarie degli ospedali sono precarie, la morbilità per aborto è calata in modo significativo.

Anche la FIGO (Federazione internazionale di Ginecologia ed Ostetricia), insieme alle società scientifiche di mezzo mondo e alla FPP (*Family Planned Parenthood*) raccomandano l'adozione del metodo farmacologico.

Nel nostro paese dopo la circolare del Ministero della Salute l'impiego dell'aborto farmacologico copre 31,3%; in pratica un aborto su tre viene eseguito con il metodo farmacologico, seppure con una distribuzione diseguale che va dal 40% delle regioni di centro al 19% delle isole.

La procedura farmacologica continua ad essere avversata, eppure già nel 1978 la legge n. 194 all'articolo 15 disponeva che «le regioni d'intesa con le Università e gli Enti Ospedalieri promuovono l'aggiornamento del personale sanitario ed esercente le arti ausiliarie sui problemi della procreazione cosciente e responsabile, sui metodi anticoncezionali, sul decorso della gravidanza, sul parto e sull'uso delle tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione di gravidanza».

Partendo dalla prevenzione non molto è stato fatto in questi anni; basta consultare una ricerca europea, *Contraception Atlas* (AIDOS, Associazione Italiana Donne per lo Sviluppo e Rete Pro Choice 2019, sotto l'egida di EPF, *Educational Empowerment and Equality*), condotta da un *pool* di esperti che hanno valutato tre parametri: il totale rimborso pubblico dei contraccettivi, la possibilità di counseling gratuito e la facilità di accesso all'informazione online.

L'Italia risulta al 26esimo posto tra 45 nazioni europee soddisfacendo poco meno del 60% dei requisiti. Una simile indagine è stata condotta tra le regioni italiane, sottoponendo un questionario ad operatori dei consultori. Le regioni che hanno offerto l'accesso più agevole alla contraccezione sono, secondo questo report, sono, nell'ordine, Emilia Romagna, Toscana e Puglia. Solo poche regioni hanno

deliberato la gratuità dei contraccettivi, in genere per donne di età inferiore a 26 anni o in donne con precarie condizioni economiche.

Una indagine, riguardante l'interruzione di gravidanza, è stata pubblicata nel 2021 da *Abortion Atlas* a cura di EPF e IPPF (*International Planned Parenthood Federation*), prendendo in esame, per ogni paese, la copertura dell'intervento da parte del sistema sanitario nazionale, l'obbligo di esami clinici inutili o inappropriati in preparazione ad esso, la legge sull'interruzione di gravidanza trattata nel codice penale, la possibilità di ricorso all'obiezione di coscienza da parte degli operatori e la mancanza o l'insufficienza di informazioni sull'intervento o sulle modalità di accesso. L'Italia ha corrisposto ai requisiti per una percentuale attorno al 67%, che la pone in una posizione intermedia, non certo soddisfacente.

Un articolo, a firma Elena Tebano, nella rubrica online *Prima Ora* del Corriere della Sera del 25 settembre 2022, ha riportato un'indagine condotta dalla professoressa Letizia Mencarini, demografa dell'Università Bocconi di Milano, su un milione di IVG praticate tra il 2002 ed il 2016, messe in relazione con il tasso di obiezione di coscienza della provincia di residenza, il numero di IVG fatte lontano dalla provincia ed i tempi di attesa. Dai dati raccolti è risultato che più alta è l'obiezione di coscienza, più le donne si spostano fuori provincia e fuori regione con tempi di attesa più lunghi. Questa mobilità risultò maggiore rispetto a quella riscontrata per altri tipi di assistenza sanitaria.

6. L'importanza dei dati

Con la maggiore diffusione della procedura farmacologica e l'aumento dell'uso dei contraccettivi d'emergenza il problema dello spostamento si è attenuato, ma esiste ancora un ampio margine di criticità, come viene illustrato dalla ricerca pubblicata nel libro di Chiara Lalli e Sonia Montegiove *Mai Dati* (*Mai Dati - Dati aperti sulla 194-Fandango*, Giugno 2022) a commento della relazione al Parlamento sullo stato di applicazione della legge n. 194 presentata dal Ministro della Salute l'8 giugno 2022 e relativa all'anno 2020.

Secondo la relazione, le perplessità del Parlamento Europeo sembrerebbero infondate, pur con le criticità legate soprattutto ad importanti differenze territoriali: si registra infatti una significativa diminuzione del numero degli interventi rispetto al 2019 (-9%), oltre ad una diminuzione del tasso di abortività (numero di aborti per mille donne in età compresa fra 15 e 49 anni, indice che per convenzione internazionale definisce il periodo fertile), che risulta il più basso in Europa.

Secondo le Autrici una prima critica riguarda la obsolescenza e la indeterminatezza dei dati:

Anzi tutto, pubblicare nel 2022 i dati riferiti al 2020 è di poca utilità, per i cambiamenti nell'organizzazione degli ospedali, nella dotazione di personale e nell'incidenza dell'obiezione di coscienza

In secondo luogo, non tutti gli ospedali eseguono aborti e questo non sarebbe un problema se si potesse sapere quali sono e dove sono e non solo il numero (357 su 560 nel 2020, CHIARA LALLI, *E adesso dateci i numeri*, The Post International, 2 settembre 2022).

Inoltre, il Ministero della Salute fornisce solo informazioni chiuse, aggregate per medie regionali e datate: una mera operazione contabile, che prende in esame il numero di aborti ed il numero di non obiettori dimostrerebbe che in media ogni ginecologo esegue 1,1 interventi la settimana, compito

ovviamente poco gravoso. In realtà non sapendo quali ospedali sono attrezzati per le IVG, non si conoscono le cosiddette obiezioni di struttura; non sapendo la distribuzione degli obiettori per ogni struttura una donna non ha idea della possibile lista di attesa. L'interruzione di gravidanza è un intervento tempo dipendente, per cui conoscere i tempi di attesa è molto importante, dato che per ogni settimana di ritardo aumentano i rischi legati all'intervento chirurgico.

Un altro punto interessante e critico della relazione ministeriale riguarda la valutazione dei possibili aborti clandestini. La relazione sostiene che dal 2012 sarebbe avvenuta una stabilizzazione del fenomeno; un modello matematico messo a punto nel 2016 conferma la "bassa entità" del fenomeno, fissandola tra i 10000 e i 13000 casi, pari ad una percentuale tra il 10 ed il 13%. Però visto che dal 2016 al 2020 si è verificata una notevole diminuzione del numero di IVG, se è vero che il fenomeno è rimasto stabile si parla di un'incidenza tra il 13 ed il 19%. Certamente non siamo di fronte ad un fenomeno di una bassa entità, che potrebbe essere il sintomo della difficoltà che le donne trovano in certe zone ad avere accesso ai servizi.

7. Quali soluzioni?

Eliminare gli ostacoli organizzativi e soprattutto ideologici, semplificando l'applicazione del metodo farmacologico potrebbe essere di aiuto nel superare le diverse criticità, compresa l'obiezione di coscienza. D'altra parte, l'aborto farmacologico è oggetto di un curioso paradosso da parte dei suoi avversari, che da un lato affermano come l'aborto sia sempre un dramma che segna la vita della donna, dall'altro non lo vogliono perché renderebbe l'aborto di facile applicazione; pertanto, secondo loro se la cosa è più facile la donna dimentica il dramma della vita. Quello che mi ha sempre meravigliato è che a sostenere la tesi "dell'aborto facile", sono spesso delle donne.

Si afferma oggi da parte da varie parti la volontà di applicare correttamente la legge n. 194, ma le prime proposte e le prime dichiarazioni mi pare vadano in un altro senso. L'istituzione di sportelli per la vita, la presenza di associazioni pro vita nei consultori, la proposta di offrire somme di denaro alle donne per farle recedere dalla decisione di interrompere la gravidanza, appaiono più un tentativo di attaccare la legge 194, che l'espressione della volontà di promuovere riforme strutturali che aiutino le donne che hanno partorito nel lavoro, nell'accudimento dei figli, nell'organizzazione della vita familiare.

Soprattutto sbagliato è il parallelo che viene sempre sottinteso quando parlando di denatalità si annunciano misure di contrasto all'interruzione di gravidanza. La denatalità è un fenomeno che interessa molta parte del mondo industrializzato (basta guardare i dati cinesi) e non è spingendo le donne verso l'aborto clandestino, pensando a qualche forma di elemosina o costringendole a parlare con una serie di persone a vario titolo incaricati (psicologi, assistenti sociali, sacerdoti), che si risolve il problema.

Se la volontà fosse quella di applicare correttamente la legge n. 194, sarebbe certamente importante varare riforme che permettessero alle donne che hanno partorito di organizzare la propria vita secondo parametri rispettosi della nuova condizione; d'altra parte sarebbe altrettanto importante consentire alle donne di esprimere la propria autodeterminazione nelle scelte sessuali e riproduttive ri-

muovendo gli ostacoli all'applicazione della legge, favorendo una maggiore informazione ed un più equo accesso ai metodi contraccettivi.

Un esempio di politica in questo senso può essere quella francese. In Francia dal 2013 le ragazze dai 15 ai 18 anni dispongono di contraccezione gratuita. Nel 2020 la norma è stata estesa anche alle minori di 15 anni e dal gennaio 2022 è stata innalzata a 25 anni l'età entro la quale lo Stato si fa totalmente carico delle spese di contraccezione delle donne, con uno stanziamento per le casse pubbliche di 21 milioni di euro.

La Francia è stata la prima nazione ad applicare la procedura farmacologica; è stata recentemente approvata una legge che prevede l'estensione da 12 a 14 e dal 2022 a 16 settimane del limite legale per interrompere la gravidanza e allarga il bacino di professionisti sanitari che possono eseguire l'intervento: si tratta di ostetriche ed ostetrici che già dal 2016 potevano eseguire l'aborto farmacologico.

Per quello che riguarda la maternità delle donne francesi lo Stato si fa carico del salario pieno per le prime 16 settimane di congedo di maternità per il primo ed il secondo figlio e per 26 settimane dal terzo in poi. Inoltre le neomamme possono ottenere fino a tre anni di congedo "protetto" con sovvenzioni per baby-sitter a domicilio, assistenza ai bambini ed indennità mensili.

Si può tradurre in cifre questo diverso approccio politico, confrontando i tassi di abortività e gli indici di fertilità dei due paesi nel 2020: più alto è il tasso di abortività francese rispetto a quello italiano, che è il più basso in Europa (15,4 vs 5,4). Dall'altro lato l'indice di fertilità francese è molto più alto di quello italiano, che risulta tra i più bassi in Europa (1,83 vs 1,24). Dunque in Italia si fanno meno aborti, ma anche meno figli. La Francia risulta il paese numero uno in Europa per l'accesso alla contraccezione ed uno dei paesi con il più alto indice di fecondità. Esaminando i dati dei paesi con i quali di solito ci confrontiamo, Germania, Regno Unito, Belgio, Olanda, Svizzera si ritrova le stesse condizioni, pur con numeri diversi.

8. Conclusioni: l'importanza della salute sessuale per assicurare l'accesso all'interruzione di gravidanza

In definitiva si può dire che nei Paesi economicamente più sviluppati la fecondità va di pari passo con l'attenzione alla salute sessuale e riproduttiva che passa attraverso un equo accesso alla contraccezione ed all'interruzione di gravidanza.

Al contrario mi pare che nel nostro Paese si vada nella direzione opposta, quella tracciata dalle crudeli disposizioni di Polonia e Ungheria e dalla sentenza della Corte Suprema americana che ha lasciato ai singoli stati ogni decisione; infatti anche in Italia le singole regioni decidono autonomamente come ho ricordato prima ed è proprio per questo che, per ritornare alla domanda iniziale questa sentenza ci interessa.

Scriva Anna Pompili (Ginecologa Responsabile del servizio IVG del Centro per la Salute della Donna dell'Ospedale S. Anna di Roma) nel Forum sull'interruzione di gravidanza apparso qualche tempo fa sul Quotidiano Sanità che la sentenza ci interessa perché testimonia un impianto ideologico per il quale l'autodeterminazione è una bestemmia; ci interessa perché si continuerà a dire che l'aborto non è un diritto, ma un omicidio; ci interessa perché si continuerà ad attaccare la libertà delle donne,

ad imporre regole e divieti; ci interessa perché si tenterà sempre con forzature più o meno prepotenti, suscitando sensi di colpa, di indurre la donna a portare avanti gravidanze che ha deciso di non accettare⁵.

La legge n. 194 esprime norme che sono costituzionalmente vincolate, cioè un nucleo di garanzie non abrogabili in materia di accesso legale all'aborto, ma se veramente si vuole parlare di una sua piena applicazione è il momento di abbandonare lo sterile scontro ideologico/politico e di aprire un dibattito democratico, non gravato da ideologie o concetti etici e morali unilaterali, fondato su evidenze scientifiche, che tenga conto del quadro internazionale, come, ad esempio, indica l'OMS con la recente pubblicazione di raccomandazioni che danno indicazioni chiare per decriminalizzare, demedicalizzare, deospedalizzare l'aborto consentendo alla donna una maggiore autonomia decisionale. Ovviamente per raggiungere questo obiettivo è importante la volontà di tutti, perché è vero che ci sono norme costituzionalmente vincolate, che rendono complicata l'abrogazione della legge, ma è altrettanto vero che c'è la possibilità di svuotarla di contenuti e renderla di fatto non applicabile.

La legge ha ormai più di 40 anni e proprio sulla base di quanto dicono sia l'OMS che il Parlamento europeo sarebbe venuto il tempo di pensare, non a come restringere o dissuadere, ma a come intervenire per rinnovarla eliminando alcune regole e soprattutto assicurando alle donne quello che è il loro vero diritto, l'autodeterminazione.

⁵ A. POMPILI, *Forum Aborto. Dopo la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: cosa cambia per la medicina e la società. Anna Pompili: "Ecco perché riguarda anche noi"*, in *Quotidiano Sanità*, 7 luglio 2022.

La sfida di *Dobbs* al *mainstream constitutionalism* e il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia

Roberto Toniatti*

DOBBS'S CHALLENGE TO MAINSTREAM CONSTITUTIONALISM AND THE ROLE IN THE MEMBER STATES:
RESILIENCE ATTEMPTS OF A POLYARCHY

ABSTRACT: Polyarchy, as a distinct category in the theory of forms of government, is inclusive of the role plaid by acts, facts and actors other the ones considered in established categories of forms of government. The hypothesis appears to be confirmed and verified through an analysis of some factors of resilience to the case law in *Dobbs*. Such factors are referenda that have been voted in some states (California, Kansas, Kentucky, Michigan, Vermont and, indirectly, Montana) and have achieved giving constitutional status to reproductive rights; as well as some post *Dobbs* case law by some state Supreme Courts (Indiana and South Carolina, not in Idaho).

KEYWORDS: Polyarchy; Reproductive rights; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*; Abortion; Federalism

ABSTRACT: La poliarchia, quale distinta categoria delle forme di governo, ricomprende nella propria definizione il ruolo di atti, fatti ed attori distinti ed ulteriori rispetto a quelli consolidati nelle forme di governo consolidate in dottrina. L'ipotesi sembra verificata all'esame dei fattori di resilienza che, in seguito a *Dobbs*, si sono manifestati, con esito favorevole, in alcuni stati membri dove si sono svolti referendum che hanno costituzionalizzato i diritti riproduttivi negli stati membri (California, Kansas, Kentucky, Michigan, Vermont nonché, indirettamente, Montana); nella medesima prospettiva può richiamarsi la recente (2023) giurisprudenza di alcune Corti statali (Indiana, South Carolina e, ma in senso contrario, Idaho).

PAROLE CHIAVE: Poliarchia; diritti riproduttivi; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*; interruzione volontaria della gravidanza; federalismo

SOMMARIO: 1. Introduzione: la forma di governo della poliarchia – 2. La portata di *Dobbs* e la resilienza negli stati membri – 3. Il post-*Dobbs* in alcune iniziative di democrazia diretta negli stati membri – 4. Gli spazi di intervento della giurisprudenza degli stati membri – 5. Osservazioni finali.

* Professore emerito di diritto costituzionale, Università di Trento. Mail: roberto.toniatti@unitn.it. Contributo su invito.

1. Introduzione: la forma di governo della poliarchia

Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely: il celebre monito di Lord Acton merita di essere sempre ricordato ogniqualvolta, in un contesto democratico di matrice liberale, un organo pretende di esercitare un potere esclusivo e finale – e, dunque, assoluto – di definizione dei contorni della tavola dei valori dell’ordinamento. E ancor più merita di essere ricordato in un contesto di cultura costituzionale di *common law*, come quello degli Stati Uniti d’America che, anche in virtù della sua natura federale di formazione di tipo centripeto, nasce originariamente come *limited government*.

L’asserzione e l’esercizio di un potere quale sopra indicato inevitabilmente provoca un effetto – e addirittura una pluralità di effetti – la cui combinazione verrà a costituire o un atto di reazione e ristabilimento dell’ordine pregresso violato ovvero, in alternativa, un processo di consolidamento del nuovo ordine. In entrambi i casi, in una prospettiva rilevante per un’impostazione giuridica costituzionale, occorre certamente fare riferimento ad atti ed effetti formali, ma anche a sintomi, tendenze, comportamenti, convenzioni tacite che si prestino ad essere valutati alla stregua di fattori che rivestono un’attitudine ad acquisire comunque un rilievo formale.

Il diritto costituzionale rappresenta una realtà normativa dotata di un potenziale troppo ricco ed “effervescente” per poter essere identificato esclusivamente con fonti di diritto positivo ed essere privato del contributo offerto da dinamiche evolutive che è compito del giurista saper cogliere ed elaborare con il rigore del metodo giuridico. Al di là di puntuali iniziative formali delle istituzioni che configurano un indirizzo di politica costituzionale, esiste anche – alla luce delle osservazioni precedenti – un indirizzo di politica costituzionale materiale e diffuso che è privo di una propria legittimazione formale (ad esempio, di tipo elettorale) ma che, nondimeno, è legittimato da una sua intrinseca forza effettiva e qualificato dalla capacità di cogliere l’occasione per assumere una consistenza formale. Il dato formale, in altre parole, non viene evidentemente omissso da tale impostazione metodologica, ma viene ricercato e identificato in un ambito di formanti più ampio ed articolato rispetto al testo scritto. In base a tali premesse, è evidente che circoscrivere l’indagine giuridica ai soli materiali offerti da dati normativi e – al massimo – giurisprudenziali non sembra adeguato neppure per valorizzare quegli stessi materiali.

Ad esempio, il principio di separazione dei poteri e la conseguente tradizionale tripartizione dei poteri stessi conservano tutta la loro forza esplicativa del contesto storico del costituzionalismo originario ma, a nostro avviso, sono palesemente inappropriati per la rappresentazione di un ordinamento costituzionale contemporaneo, sia quanto alle fonti del diritto sia quanto alla rilevanza degli organi determinanti: si pensi solo al ruolo determinante del principio di *checks and balances*, alla rilevanza del potere costituente e di revisione costituzionale, allo sviluppo dei poteri normativi dell’esecutivo (delegati o meno), alle esperienze di pluralismo normativo risultante dai fenomeni di cooperazione internazionale e sovranazionale ovvero di decentramento federale o regionale, nonché agli spazi riconosciuti alla democrazia diretta e partecipativa.

Si può osservare che circoscrivere il quadro della separazione dei tre poteri e delle rispettive funzioni sovrane si rivela fortemente radicato nel principio di rappresentanza politica quale storicamente configurata nella fase formativa del costituzionalismo liberale ma tendenzialmente indifferente alle dinamiche di arricchimento ed integrazione di quest’ultima.

Lo stesso diritto positivo – soprattutto nei testi costituzionali della più recente generazione, a cavallo dei secoli 20° e 21°¹ –, del resto, riconosce l'articolazione dell'esercizio della sovranità popolare in modi che vanno al di là del momento elettorale costitutivo della rappresentanza politica. Le Costituzioni degli Stati membri dell'Unione Europea di cui si tratta², ad esempio, riconoscono o la mera pluralità dei modi di esercizio³, ovvero fanno espresso riferimento al principio di *checks and balances*⁴ e interdipendenza dei poteri, ovvero ancora accostano espressamente gli strumenti di democrazia diretta accanto a quelli elettorali⁵. Altrettanto può agevolmente rilevarsi a proposito delle recenti costituzioni balcaniche⁶.

¹ Giova precisare che le recenti costituzioni dell'Europa centrale, orientale e sud-orientale hanno per più versi incorporato gli sviluppi sostanziali del diritto costituzionale degli stati dell'Europa occidentale, anche in virtù dell'assistenza ricevuta nella scrittura dei testi da organizzazioni quali l'OSCE e la Commissione per la Democrazia attraverso il diritto (la Commissione di Venezia), su cui cfr. S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, London, 2020. Per le costituzioni balcaniche, in particolare, cfr. R. TONIATTI, *La transizione nei Balcani occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità*, in L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010, 337 ss.

² Ricordiamo che anche nel progetto di una Costituzione per l'Europa (2003) si prevedeva una duplicità di canali disponibili per i cittadini, ossia il principio della democrazia rappresentativa (art. 45) e quello della democrazia partecipativa (art. 46). Quest'ultimo era espresso come segue: «1. Le istituzioni dell'Unione danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative attraverso gli opportuni canali la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le istituzioni dell'Unione mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione procede ad ampie consultazioni delle parti interessate. 4. Su iniziativa di almeno un milione di cittadini dell'Unione appartenenti ad un numero rilevante di Stati membri, la Commissione può essere invitata a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione della Costituzione [...]».

³ Cfr. l'art. 1 cpv della Costituzione italiana («La sovranità appartiene al popolo, che la esercita *nelle forme* e nei limiti della Costituzione»), l'art. 3 della Costituzione portoghese («1. Sovereignty shall be single and indivisible and shall lie with the people, who shall exercise it *in the forms* provided for in this Constitution»), (i corsivi sono aggiunti).

⁴ Cfr. La Costituzione dell'Estonia (art. 4: «The activities of the Riigikogu (Parliament), the President of the Republic, the Government of the Republic, and the courts shall be organized on the principle of separation and *balance of powers*»), (i corsivi sono aggiunti).

⁵ Cfr. la Costituzione della Germania (art. 20: «2. All state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and *other votes* and through specific legislative, executive and judicial bodies»); della Francia (art. 3: «La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et *par la voie du referendum*»); Bulgaria (art. 1: «The people shall exercise this power *directly* and through the bodies established by this Constitution»); della Croazia (art. 1: The people shall exercise this power through the election of representatives and *through direct decision-making*); della Repubblica ceca (art. 2: «1. All state authority emanates from the people; they exercise it through legislative, executive, and judicial bodies. 2. A constitutional act may designate the conditions under which the people may *exercise state authority directly*»); della Lituania (art. 4: «The Nation shall execute its supreme sovereign power either *directly* or through its democratically elected representatives»); della Polonia («The Nation shall exercise such power *directly* or through their representatives»); della Romania («4. The State shall be organized based on the principle of the separation and *balance of powers* – legislative, executive and judicial – within the framework of constitutional democracy»); della Slovacchia (art. 2: «1. State power originates from citizens, who exercise it through their elected representatives, or *directly*»); della Slovenia (art. 3 «[...] In Slovenia il potere appartiene al popolo.

In base a tali considerazioni, occorre ammettere che le consolidate categorie dottrinarie risultanti dalla classificazione delle forme di governo (parlamentare, presidenziale, semi-presidenziale, semi-parlamentare o neo-parlamentare, direttoriale), per quanto ben fondate sotto il profilo dei rapporti fra esecutivo e legislativo, risultano però amputate rispetto a tutti gli altri organi che pure incidono sui modi di esercizio delle funzioni sovrane – sia sufficiente fare riferimento alla giurisprudenza ordinaria, amministrativa e soprattutto costituzionale o agli strumenti di democrazia diretta –, ovvero sulla configurazione del sistema dei partiti, sulle dinamiche delle relazioni industriali. Rispetto agli effetti prodotti da tali realtà sul sistema istituzionale formale, le classificazioni tradizionali sopra richiamate sono mute e cieche e anche solo sotto il profilo descrittivo sostanziale risultano insufficienti. Si pensi anche all'apporto delle *conventions of the constitution*, senza il contributo delle quali la comprensione della forma di governo vigente nel Regno Unito sarebbe del tutto impossibile e quella di altri ordinamenti rimarrebbe priva di elementi esplicativi rilevanti (si pensi al ruolo delle convenzioni costituzionali nella nomina del capo dell'esecutivo nelle forme di governo parlamentare).

Queste riflessioni sono volte ad essere sviluppate sotto il profilo teorico della teoria delle forme di governo ma anche nella prospettiva dell'inquadramento di un fenomeno storico nel contesto del suo ordinamento; da quest'ultimo punto di vista, si tratta della decisione nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) della Corte Suprema degli Stati Uniti e della pluralità di atti e fatti che essa ha generato volti alla riaffermazione dello specifico *mainstream constitutionalism*, fondato sul principio di *free choice* piuttosto che sul contrapposto paradigma *pro life*.

Per quanto riguarda il primo profilo, il quadro delle dinamiche in grado di incidere sugli sviluppi successivi alla pronuncia *de qua* è quello che, a nostro avviso, può ricevere un'appropriata sistemazione nel contesto della forma di governo degli Stati Uniti qualificabile come forma di governo della poliarchia (o della democrazia poliarchica).

La nozione di «poliarchia» che ispira la categoria descrittiva qui da ultimo indicata è stata elaborata da autorevole dottrina della scienza della politica statunitense – segnatamente Robert Alan Dahl⁷ – e viene utilizzata e adattata, in questa sede, ad un contesto giuridico costituzionale: nel pensiero originale di Dahl, la nozione esprime una specifica condizione del potere politico «inteso come capacità di ottenere acquiescenza, non in quanto possesso di risorse, ma in quanto relazione fra attori» e come un modo di essere ed operare di un sistema caratterizzato dalla «esistenza di una competizione fra più gruppi, ciascuno dei quali capace d'influenzare alcune decisioni, ma nessuno mai in grado d'influenzarle tutte»⁸. Osserva Dahl che la poliarchia è «una specifica forma di governo; si tratta però an-

Tutti i cittadini lo esercitano *direttamente* e mediante elezioni, in base al principio della separazione dei poteri in legislativo, esecutivo e giudiziario»), (i corsivi sono aggiunti).

⁶ In proposito si vedano le costituzioni dell'Albania (art. 2: «The people exercise sovereignty through their representatives or *directly*»); del Kosovo (art. 2: «The sovereignty of the Republic of Kosovo stems from the people, belongs to the people and is exercised in compliance with the Constitution through elected representatives, *referendum and other forms* in compliance with the provisions of this Constitution»); del Montenegro (art. 2: «The citizen shall exercise power *directly* and through the freely elected representatives»); della Serbia (art. 2: «Sovereignty is vested in citizens who exercise it through *referendums, people's initiative* and freely elected representatives»).

⁷ Nella sua vasta produzione, rinviamo a R. A. DAHL, *Polyarchy: participation and opposition*, 5° ed., New Haven e London, 1975 (trad.it., *Poliarchia: partecipazione e opposizione nei sistemi politici*, 3° ed., Milano, 1986).

⁸ La citazione è da G. PASQUINO, voce *Dahl, Robert Alan*, in *Enciclopedia Italiana*, V Appendice, Roma, 1991.

che di una forma di democrazia, probabilmente la forma più importante e certamente più diffusa che la democrazia ha assunto nel corso della sua lunga e discontinua storia nell'ambito delle idee e delle prassi politiche. In ogni caso, la poliarchia è la forma caratteristica che la democrazia ha assunto nel XX secolo»⁹.

Il significato semantico della nozione di poliarchia si presta a connotare una forma di governo considerata al di là della sua composizione statica tradizionale e dunque ricostruita secondo criteri dinamici e variabili, inclusivi di una pluralità di soggetti ed istituzioni il cui impatto sull'esercizio delle funzioni pubbliche rimarrebbe altrimenti inesistente. In tale prospettiva, accanto agli effetti riconducibili ad atti delle istituzioni di governo, altri attori e processi politici – secondo le dinamiche delle istituzioni politiche della poliarchia - manifestano non solo la propria visibilità ma anche l'attitudine ad incidere sul funzionamento della forma di governo intesa in senso ristretto, come nella vicenda connessa a *Dobbs*.

2. La portata di *Dobbs* e la resilienza degli stati membri.

La citata sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, adottata dalla Corte Suprema nel giugno 2022 con una maggioranza di 6 a 3, si presta ad essere letta secondo una pluralità di chiavi di lettura¹⁰. Dal punto di vista giuridico, l'effetto più rilevante è che essa ha determinato l'*overruling* di *Roe v. Wade* (1973) e di *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992)¹¹ e ha stabilito che – a differenza di quanto sostenuto dalle due ultime decisioni citate e da molte altre – la Costituzione federale non è fonte di legittimazione dell'interruzione volontaria della gravidanza. Il venir meno del fondamento costituzionale federale non impedisce quest'ultima prassi ma ne trasferisce il titolo per l'adozione di una disciplina alla competenza degli stati membri.

Il fatto in sé dell'inapplicabilità del principio di *stare decisis* e del mancato rispetto del precedente vincolante rappresenta la chiave di lettura che in questa sede giova porre in evidenza, giacché è un segnale della polarizzazione ideologica delle Corti supreme, soprattutto in seguito alle nomine del Presidente D. Trump, sostenute dalla maggioranza repubblicana in Senato e dalla rispettiva *constituency* elettorale nel cui ambito la componente *no choice* del fondamentalismo religioso occupa una posizione rilevante. La maggioranza della Corte, in altre parole, ha corrisposto alle aspettative legate alla nomina dei giudici di matrice conservatrice, recenti e meno recenti ed è intervenuta incidendo in modo e in misura considerevole su *Roe v. Wade* (essa stessa, peraltro, adottata a maggioranza), una

⁹ Così R. A. DAHL, voce *Poliarchia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1996.

¹⁰ La decisione della maggioranza conservatrice è stata scritta dal giudice Alito. I giudici Thomas and Kavanaugh hanno scritto opinioni concorrenti. Il *Chief Justice* Roberts ha elaborato una propria opinione concorrente quanto al giudizio. I tre giudici progressisti Breyer, Sotomayor, and Kagan hanno scritto una propria *dissenting opinion* condivisa.

¹¹ https://casetext.com/case/planned-parenthood-of-southeastern-pennsylvania-v-casey-casey-v-planned-parenthood-of-southeastern-pennsylvania?_cf_chl=tk=uAYdldW8Ok3NIK3IXtr7.SGhdyVhA7BKzYNweBceGZA-1677599026-0-gaNycGzNCvs.

norma di *case law* propria di quello che era da considerare quale contenuto del *mainstream constitutional law*¹².

Al di là dello scenario contingente, nondimeno, giova osservare che, in questo ordinamento, il rapporto fra tutela dei diritti fondamentali e assetto federale ha conosciuto una propria dinamica evolutiva sin dalle origini dell'Unione: l'assenza di limiti ai poteri dei nuovi organi federali a tutela dei diritti dei cittadini impiegata come un forte argomento degli *Anti-Federalists* nel dibattito sull'adozione della Costituzione è stata superata con la tempestiva approvazione ed entrata in vigore dei primi dieci Emendamenti (il *Bill of Rights*), il penultimo dei quali, significativamente, contiene una clausola di chiusura a vantaggio degli stati membri e, soprattutto, dei diritti individuali fondati sul *common law* e le sue garanzie giurisdizionali¹³.

In una seconda fase, tuttavia, la Corte Suprema ha elaborato la *incorporation theory*, in virtù della quale i limiti costituzionali che il *Bill of Rights* aveva espressamente previsto in capo al legislatore federale sarebbero da intendere come idonei a circoscrivere anche la discrezionalità del legislatore statale. Ne consegue che, nella giurisprudenza della Corte suprema, le questioni concernenti i diritti fondamentali degli individui si intrecciano spesso con le questioni di costituzionalità connesse con la natura federale dell'ordinamento¹⁴.

È interessante limitarsi a notare come, in una prospettiva comparata, altri ordinamenti composti abbiano elaborato soluzioni diverse per inquadrare tali rapporti, con una soluzione intermedia – che manca, invece, negli Stati Uniti – fra la prevalenza dell'ordinamento federale e la garanzia della diversità degli stati membri: ad esempio l'ordinamento canadese, nella *Charter of Fundamental Rights and Freedoms* (sec. 33), consente ad una Provincia di sospendere l'efficacia di una disposizione (sez. 2 e da 7 a 15) per un periodo di cinque anni, rinnovabile una seconda volta ed escludere pertanto dal *judicial review* una norma provinciale in contrasto con la *Charter* federale. Nell'Unione Europea, l'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, limita la supremazia della Carta ai casi nei quali gli Stati membri applichino il diritto dell'Unione.

¹² La decisione rappresenta una manifestazione della «Trump legacy [che], pertanto, già dal prossimo mandato presidenziale rappresenta una componente cruciale non solo per il sistema istituzionale degli Stati Uniti ma anche per la società civile e la sfera dei diritti fondamentali, anche in ragione della prossimità e degli ammiccamenti di Trump al mondo dell'estremismo di destra e della *white supremacy*», così in R. TONIATTI, Editoriale: *L'elezione presidenziale negli Stati Uniti d'America (2020): la quiete dopo la tempesta*, in *DPCE online*, 4, 2020. Cfr. anche R. TONIATTI, *Non-Deferential Judicial Checks and Balances and Presidential Policies*, in *DPCE Online*, 1, 2021. In realtà è soprattutto la polarizzazione ideologica del sistema – di cui si parla addirittura come di *culture war* – ad essere responsabile dello stravolgimento del sistema: che la proposta e la nomina presidenziale dei giudici della Corte Suprema fosse e sia un atto di indirizzo politico era stato segnalato in R. TONIATTI, *Appointing power e indirizzo politico: le nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987.

¹³ Si consideri il testo del IX Emendamento: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people».

¹⁴ Di recente, il caso più rilevante sotto questo profilo è stato *Obergefell v. Hodges* (2015), il quale ha riconosciuto (con una maggioranza progressista di 5 a 4) che la *equal protection of the law* del XIV Emendamento tutela il diritto di sposarsi delle coppie dello stesso sesso, prevalendo pertanto sugli stati membri che nella propria costituzione avessero statuito in senso contrario. Si rinvia alle *dissenting opinions* (soprattutto del giudice Scalia) per l'esposizione di argomenti del tutto favorevoli alla legittimità dell'autonoma discrezionalità costituzionale degli stati membri.

E dunque, restituendo il *focus* del ragionamento su *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, occorre porre evidenza come la garanzia del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza – quale specifico contenuto del *mainstream constitutional law* fortemente radicato nella coscienza collettiva (non solo delle donne)¹⁵ oltre che nella giurisprudenza federale – rimanga affidato alla sfera dell'autonomia politica (legislativa e costituzionale) degli stati membri.

L'assetto che ne consegue è, pertanto, destinato ad essere caratterizzato, *in primis*, dalla pluralità delle soluzioni, sia quanto all'*an*, sia quanto al *quomodo* e al *quando*.

In proposito, occorre precisare che, in assenza di legislazione federale *ad hoc*, la garanzia costituzionale era circoscritta all'*an* mentre la determinazione del contenuto era comunque materia riservata agli stati membri. In alcuni stati, l'aborto era classificato come illegale prima di *Roe* e, in conseguenza di *Dobbs*, la qualificazione penale ora ha di nuovo modo di esprimere l'efficacia che la garanzia federale aveva sospeso. In altri stati, tale effetto si manifesta con riguardo ad una disciplina più o meno restrittiva della prassi introdotta da leggi statali – definite *trigger laws* – che erano rimaste inefficaci vigente la disciplina federale condizionata da *Roe*. In altri ordinamenti, può farsi riferimento a norme costituzionali, legislazione e giurisprudenza statale di portata permissiva¹⁶.

Il regime normativo conseguente a *Dobbs*, pertanto, si risolve nell'assenza di parametri di legittimità costituzionale che non siano riconducibili a fonti costituzionali e/o legislative – ovvero giurisprudenziali – dell'ordinamento di ciascuno degli stati membri. La materia rientra pertanto a pieno titolo e a titolo esclusivo nel contesto del diritto costituzionale statale e, in quanto tale, rimesso alla pluralità dei rispettivi orientamenti. Ecco, dunque, che il baricentro della resilienza politica dell'intero sistema nella fase successiva a *Dobbs* risulta affidato a ciascuno degli stati. In proposito, si può osservare che se, da un lato, si garantisce l'autonomia degli stati membri e si conferma la diversità della disciplina nel rispettivo ordinamento, dall'altro si incide ulteriormente sulla condizione di uguaglianza del godimento delle specifiche prestazioni da parte delle cittadine.

3. Il post-*Dobbs* in alcune iniziative di democrazia diretta negli stati membri

Nel giro di pochi mesi dalla pubblicazione della sentenza (giugno 2022) si sono concretizzate alcune esperienze di democrazia diretta in tema di interruzione volontaria della gravidanza in coincidenza

¹⁵ È senz'altro sintomatico che siano stati presentati alla Corte oltre 150 *amicus curiae briefs* in rappresentanza di un numero altissimo di individui, associazioni di ogni tipo, organizzazioni religiose e laiche, gruppi di accademici e studi professionali, tutti rinvenibili e consultabili su <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>.

¹⁶ Senza pretesa di esaustività o di aggiornamento, ricordiamo che in alcuni stati l'aborto è del tutto illegale (ad esempio in Alabama, Arkansas, Idaho, Louisiana, Missouri, Oklahoma, South Dakota, Texas) ovvero è legale per un periodo di 15, o 18, o 20, o 22, o 24 settimane dall'ultimo ciclo mestruale, ovvero prima della capacità del feto di vivere al di fuori dell'utero materno, ovvero è legale senza alcun limite di tempo (ad esempio, in Alaska, Colorado, New Jersey, New Mexico, Vermont). In alcuni stati la disciplina restrittiva è non applicabile per intervento della giurisprudenza statale pregressa. In materia rinviamo al sito <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/> che precisa con ogni dettaglio il regime vigente in ciascuno stato membro.

con le *midterm elections* (novembre 2022), in occasione delle quali ha normalmente luogo una varietà di votazioni negli stati membri¹⁷.

Nello specifico, sono stati proposti e votati cinque referendum in tema di *reproductive rights*, finalizzati ad adeguare la disciplina statale all'assenza di un fondamento federale risultante dalla sentenza in *Dobbs*, nel senso sia di confermare e rafforzare con l'efficacia della fonte costituzionale statale l'accesso alla pratica abortiva, sia di riflettere la portata di *Dobbs* e riformare la costituzione dello stato ovvero legiferare in senso restrittivo e/o repressivo. Giova precisare sin d'ora che l'esito di ciascuno di tali voti referendari è stato decisamente in favore della libertà di scelta (*pro choice*) e, pertanto, della formalizzazione di un vincolo ai margini di discrezionalità politica del legislatore, qualora ostile alla pratica abortiva¹⁸.

Questo è il caso, ad esempio, della California, dove la giurisprudenza aveva già riconosciuto la legittimità dell'aborto in base alla costituzione dello Stato nel 1969 (quattro anni prima, pertanto, di *Roe v. Wade*). Il voto referendario del novembre 2022 – promosso dal legislatore statale – ha costituzionalizzato la libertà individuale di autodeterminazione in ordine a «*an individual's reproductive freedom in their most intimate decisions*»¹⁹.

Nella medesima direzione ha operato il referendum svoltosi nello stato del Vermont (*Proposal no. 5*), nel quale la legittimità dell'aborto risaliva già alla legislazione *ad hoc* entrata in vigore nel 2019²⁰. Il referendum del 2022 – indetto dall'assemblea legislative – ha costituzionalizzato il diritto individuale con un apposito emendamento che ha introdotto un nuovo art. 22: «[Personal reproductive liberty] That an individual's right to personal reproductive autonomy is central to the liberty and dignity to

¹⁷ Il tema dell'aborto è stato l'oggetto di frequenti consultazioni referendarie: infatti, «before *Roe v. Wade* in 1973, three abortion-related measures were on the ballot in Michigan, North Dakota, and Washington, and each was designed to allow abortion in its respective state». Inoltre, «from 1970 to November 2022, there were 53 abortion-related ballot measures, and 43 (81%) of these had the support of organizations that described themselves as pro-life. Voters approved 11 (26%) and rejected 32 (74%) of these 43 ballot measures. The other 10 abortion-related ballot measures had the support of organizations that described themselves as pro-choice or pro-reproductive rights. Voters approved seven (70%) and rejected three (30%)», come indicato, insieme ad una moltitudine di altri dati del tutto significativi in argomento, in https://ballotpedia.org/History_of_abortion_ballot_measures.

¹⁸ Giova menzionare – benché incidente solo indirettamente sul tema della libertà di aborto sul quale è intervenuta la sentenza *Dobbs* – anche il voto referendario (Montana LR-131, Medical Care Requirements for Born-Alive Infants Measure) sollecitato dal legislatore del Montana per introdurre «an act adopting the born-alive infant protection act; providing that infants born alive, including infants born alive after an abortion, are legal persons; requiring health care providers to take necessary actions to preserve the life of a born-alive infant; providing a penalty; providing that the proposed act be submitted to the qualified electors of Montana; and providing an effective date». Il voto popolare ha respinto la proposta con una maggioranza del 52,55% contro il 47,45%.

¹⁹ Il testo referendario (introduttivo di un nuovo comma nel vigente art. 1 Cost.) prevedeva che «the state shall not deny or interfere with an individual's reproductive freedom in their most intimate decisions, which includes their fundamental right to choose to have an abortion and their fundamental right to choose or refuse contraceptives. This section is intended to further the constitutional right to privacy guaranteed by Section 1, and the constitutional right to not be denied equal protection guaranteed by Section 7. Nothing herein narrows or limits the right to privacy or equal protection». L'esito del voto si è espresso con il 66,88 % in favore e il 33,12 contrario.

²⁰ In realtà, nel periodo precedente a *Roe*, lo stato prevedeva il reato di aborto e di assistenza allo stesso, che fu però invalidato dalla Corte Suprema nel 1972 e poi espressamente abrogato dal legislatore.

determine one's own life course and shall not be denied or infringed unless justified by a compelling State interest achieved by the least restrictive means»²¹.

Di particolare interesse il referendum tenutosi nello stato del Michigan, sia perché si tratta – a differenza dei due precedenti – di una iniziativa popolare, sia perché esso ha modificato radicalmente, in senso permissivo, il previgente regime normativo repressivo (inapplicato in quanto sospeso da *Roe*), sia, infine, perché ha introdotto in costituzione una disciplina estremamente dettagliata.

Nello stato era vigente una legislazione repressiva risalente al 1931²². In seguito a *Dobbs*, la giurisprudenza dello stato – in *Planned Parenthood of Mich. et. al. v. Att'y Gen. of Michigan* del settembre 2022 – aveva riconosciuto che la rinnovata efficacia della proibizione statale dell'aborto fosse illegittima con riguardo alla costituzione statale, in quanto in violazione dei diritti di autonomia personale e corporale protetti dalla sua *Due Process Clause* e dalla *Equal Protection Clause*.

L'iniziativa della *Proposition 3* è stata assunta dal Comitato intitolato "*The Reproductive Freedom For All*" che è stato in grado di raccogliere oltre 735.000 sottoscrizioni, la cui raccolta è sensibilmente aumentata dopo la sentenza *Dobbs* che, con l'*overruling* del precedente in *Roe*, aveva fatto venir meno la garanzia federale per l'accesso all'aborto che era durata per 49 anni. Il voto ha prodotto un esito favorevole per l'emendamento pari al 56,7% contro il 43,3%²³.

L'ampio ed articolato obiettivo della petizione per la revisione costituzionale era il seguente: «establish new individual right to reproductive freedom, including right to make and carry out all decisions about pregnancy, such as prenatal care, childbirth, postpartum care, contraception, sterilization, abortion, miscarriage management, and infertility; allow state to prohibit abortion after fetal viability unless needed to protect a patient's life or physical or mental health; forbid state discrimination in enforcement of this right; prohibit prosecution of an individual, or a person helping a pregnant individual, for exercising rights established by this amendment; and invalidate all state laws that conflict with this amendment»²⁴.

²¹ Il voto popolare si è espresso a favore dell'emendamento con una maggioranza del 77% contro il 23%.

²² Nel 1997, la Court of Appeals – in *Mahaffey v. Attorney General* – aveva dichiarato che «the state constitution adopted in 1963 does not "establish a constitutional right to abortion"».

²³ Merita una menzione il seguito ricevuto dal voto referendario: «The Governor of Michigan has issued executive orders that prohibit executive branch departments and agencies with enforcement responsibilities from providing assistance or cooperating with out-of-state investigations, as well as a prohibition on the Office of the Governor from enforcing extraditions that arise from the provision of reproductive health care that is provided legally», da <https://reproductiverights.org/maps/state/michigan/>.

²⁴ Il nuovo testo integrale dell'art. 1, sez. 28 della Costituzione dello stato del Michigan, intitolato "*Right to Reproductive Freedom*" stabilisce che: «(1) Every individual has a fundamental right to reproductive freedom, which entails the right to make and effectuate decisions about all matters relating to pregnancy, including but not limited to prenatal care, childbirth, postpartum care, contraception, sterilization, abortion care, miscarriage management, and infertility care. An individual's right to reproductive freedom shall not be denied, burdened, nor infringed upon unless justified by a compelling state interest achieved by the least restrictive means. Notwithstanding the above, the state may regulate the provision of abortion care after fetal viability, provided that in no circumstance shall the state prohibit an abortion that, in the professional judgment of an attending health care professional, is medically indicated to protect the life or physical or mental health of the pregnant individual. (2) The state shall not discriminate in the protection or enforcement of this fundamental right. (3) The state shall not penalize, prosecute, or otherwise take adverse action against an individual based on their actual, potential, perceived, or alleged pregnancy outcomes, including but not limited to miscarriage, stillbirth, or abortion. Nor shall the state penalize, prosecute, or otherwise take adverse action against someone for aiding

Merita la dovuta attenzione anche l'esperienza della *Proposition no. 2* del Kentucky: lo stato ha un orientamento fortemente restrittivo in tema di pratiche abortive e nel 2019 aveva adottato una propria *trigger law* anticipando l'*overruling* di *Roe*. L'applicazione di tale legge in seguito a *Dobbs* è stata contestata in sede giurisdizionale e attualmente l'orientamento ad essa favorevole della Corte d'Appello è a sua volta oggetto di appello.

In questo contesto, il referendum, promosso dal legislatore statale, aveva come obiettivo la costituzionalizzazione del divieto di pratiche abortive e l'introduzione nel testo costituzionale di una nuova disposizione (la *Section 26A*), configurata come norma sull'interpretazione destinata a vincolare non solo la legislazione ma anche la giurisdizione²⁵. L'esito del referendum (con un voto negativo del 52,35% ed uno favorevole del 47,65%) rimette pertanto la determinazione del regime normativo sull'aborto in capo alla maggioranza e al suo indirizzo politico, suscettibile, peraltro, di intervento giurisprudenziale.

Nello stato del Kansas l'interruzione volontaria della gravidanza è garantita dalla costituzione, in base all'interpretazione resa nel 2019 dalla Corte Suprema, secondo la quale «the Kansas Constitution Bill of Rights protects all Kansans' natural right of personal autonomy» e quest'ultima «includes the right to control one's own body, to assert bodily integrity, and to exercise self-determination, and allows each individual to make their own decision regarding "whether to continue a pregnancy"».

Nel gennaio 2021, con l'intento di opporsi alla citata giurisprudenza, le assemblee legislative hanno promosso un emendamento costituzionale volto ad affermare che «*there is no Kansas constitutional right to abortion*»²⁶. L'esito del voto è risultato contrario alla proposta di revisione costituzionale con una maggioranza del 59,16% contro il 40,84%.

or assisting a pregnant individual in exercising their right to reproductive freedom with their voluntary consent. (4) For the purposes of this section: A state interest is "compelling" only if it is for the limited purpose of protecting the health of an individual seeking care, consistent with accepted clinical standards of practice and evidence-based medicine, and does not infringe on that individual's autonomous decision-making. "Fetal viability" means: the point in pregnancy when, in the professional judgment of an attending health care professional and based on the particular facts of the case, there is a significant likelihood of the fetus's sustained survival outside the uterus without the application of extraordinary medical measures. (5) This section shall be self-executing. Any provision of this section held invalid shall be severable from the remaining portions of this section».

²⁵ Il testo del referendum concerneva la seguente formulazione: «To protect human life, nothing in this Constitution shall be construed to secure or protect a right to abortion or require the funding of abortion».

²⁶ Il testo della nuova disposizione costituzionale ("§ 22. *Regulation of abortion*") prevedeva che «Because Kansans value both women and children, the constitution of the state of Kansas does not require government funding of abortion and does not create or secure a right to abortion. To the extent permitted by the constitution of the United States, the people, through their elected state representatives and state senators, may pass laws regarding abortion, including, but not limited to, laws that account for circumstances of pregnancy resulting from rape or incest, or circumstances of necessity to save the life of the mother». Le prime parole del testo spiegano perché l'emendamento sia stato denominato "*Value Them Both Amendment*", mentre tecnicamente si trattava dell'"*Amendment 2*".

4. Gli spazi di intervento della giurisprudenza degli stati membri

I referendum statali che abbiamo qui sopra ricostruito, attraverso la formalizzazione dei *reproductive rights* nel testo della rispettiva costituzione, hanno garantito ad alcuni stati significativi margini di autonomia rispetto agli effetti della decisione federale in *Dobbs*.

In seguito ai referendum stessi, pertanto, è stata contrapposta una autonoma sfera statale di filtro rispetto agli effetti della giurisprudenza federale *de qua* e si è aperta la strada per una tutela giurisdizionale statale contro una eventuale legislazione degli stati di portata restrittiva al punto da non riconoscere il *Wesengehalt* della libertà riproduttiva, ossia il contenuto essenziale del diritto fondamentale.

Gli spazi di intervento nei quali il contributo “dichiarativo” del giudice statale circa l’esistenza di un diritto può rivelarsi determinante – come, del resto, è stato prima di *Roe v. Wade* (1973) – sono molto ampi e in questa sede si può solo dare atto della loro esistenza. In questa fase, possiamo solo richiamare la dinamica *de qua* e fare riferimento a tre recenti decisioni – di orientamento differenziato – le quali confermano come le strade della poliarchia statunitense in materia siano aperte e suscettibili di interessanti sviluppi²⁷.

La prima decisione è della Corte Suprema dello stato dell’Indiana e ha disposto l’inapplicabilità della legislazione restrittiva nei confronti delle parti della controversia (un ebreo, un musulmano e un terzo senza alcuna confessione determinata) «whose religious beliefs permit or require abortions in situations not allowed under Indiana law»²⁸.

La Corte Suprema dello stato del *South Carolina* ha riconosciuto nella propria pronuncia²⁹ che la legge (*Fetal Heartbeat and Protection from Abortion Act*) viola il diritto costituzionale alla *privacy* delle donne³⁰ ed altri parametri costituzionali³¹.

²⁷ Si tratta di *Anonymous Plaintiff 1 v. Individual Members of the Medical Licensing Board of Indiana*, (IN Super. Ct., Dec. 2, 2022), <https://www.documentcloud.org/documents/23329379-order-on-preliminary-injunction-anonymous?responsive=1&title=1&lctg=27783730>.

²⁸ Nella motivazione si legge che «26. This Court finds that the Plaintiffs practices regarding abortion are religious in nature: they have established that, under circumstances that would be prohibited [...], their religious beliefs would compel them to have abortions [...] 43. The undisputed evidence establishes that the Plaintiffs do not share the State’s belief that life begins at fertilization or that abortion constitutes the intentional taking of a human life. To the contrary, they have different religious beliefs about when life begins, and they believe that under certain circumstances not permitted by [the law], they would be required to receive abortions. Under the law, the Court finds these are sincere religious beliefs [...] 44. The State has not asserted a compelling interest in refusing to provide an exception to the Plaintiffs if the law were otherwise enforceable. Indiana has no interest in violating the sincere religious beliefs and exercise of the Plaintiffs [...] 49. The Plaintiffs argue that [the law] is not narrowly tailored and is underinclusive, in that it provides exceptions for some abortions—though not religious exceptions—in circumstances that directly contravene the State’s purported interest. 50. The State argues that abortion, regardless of gestational age of the zygote, embryo, or fetus, is the killing of an innocent human being, and its interest is in preventing that killing [...] 51. However, the statute explicitly allows abortions in circumstances that the State acknowledges constitute the “killing” of an “innocent human being”: for example, where the pregnancy is the result of rape or incest and where the fetus is viable but will not live beyond three months after birth».

²⁹ Si tratta di *Planned Parenthood South Atlantic v. State of South Carolina*, (SC Sup. Ct., Jan. 5, 2023), <https://www.sccourts.org/opinions/HTMLFiles/SC/28127.pdf?lctg=27783730>. La decisione è stata assunta con una stretta maggioranza di 3-2. Ciascun giudice ha scritto una propria opinione.

In controtendenza, invece, si registra la pronuncia della Corte Suprema dello stato dell'Idaho³², la quale non ravvisa nel testo della costituzione dello stato un esplicito diritto di interruzione volontaria della gravidanza e, nella motivazione, fa riferimento soprattutto a un orientamento interpretativo conforme alla dottrina dell'*originalism*³³.

³⁰ Nell'opinione del giudice Hearn si legge che «We hold that the decision to terminate a pregnancy rests upon the utmost personal and private considerations imaginable, and implicates a woman's right to privacy. While this right is not absolute, and must be balanced against the State's interest in protecting unborn life, this Act, which severely limits—and in many instances completely forecloses—abortion, is an unreasonable restriction upon a woman's right to privacy and is therefore unconstitutional [...] The State unquestionably has the authority to limit the right of privacy that protects women from state interference with her decision, but any such limitation must be reasonable and it must be meaningful in that the time frames imposed must afford a woman sufficient time to determine she is pregnant and to take reasonable steps to terminate that pregnancy. Six weeks is, quite simply, not a reasonable period of time for these two things to occur, and therefore the Act violates our state Constitution's prohibition against unreasonable invasions of privacy».

³¹ Il Chief Justice Beatty ha precisato che «although our determination turns on the right to privacy, I believe the Act is also void ab initio and denies state constitutional rights to equal protection, procedural due process, and substantive due process. Therefore, the Act violates our state constitution beyond a reasonable doubt. For the foregoing reasons, I concur with Justice Hearn's lead opinion regarding the right to privacy, and I write separately to address all of Petitioners' issues because our decision today will likely not be the final resolution of the quandary [...] When life begins is a theoretical and religious question upon which there is no universal agreement among various religious faiths. In fact, because there are differing views on abortion and when life begins among religious faiths, challenges are already being made to some abortion laws on the basis they violate religious freedom by elevating one faith's views over the views of others. The question of when life begins is distinguishable from the constitutional questions raised here regarding whether a woman has the right to make her own medical decisions regarding her reproductive health (in consultation with her medical provider and based on scientific evidence). At its core, the question the Court faces today is can the government—by force of law—force a woman to give birth without her consent? As will be discussed, for a reasonable period of time, a woman, rather than the government, retains this important right to choose whether to become a mother».

³² Si tratta di *Planned Parenthood Great Northwest, Hawaii, Alaska, Indiana, Kentucky v. State of Idaho*, (ID Sup. Ct., Jan. 5, 2023), <https://isc.idaho.gov/opinions/49615xxx.pdf?lctg=27783730>. La decisione è stata adottata con una stretta maggioranza di 3-2.

³³ Queste le argomentazioni offerte nella motivazione: «The Inalienable Rights Clause in Article I, section 1 of the Idaho Constitution, which lists the rights to life, liberty, and property, provides the textual basis for the recognition of implicit fundamental rights. Indeed, Article I, section 21, while not purporting to be a repository of implicit rights, provides that the listing of rights in the Idaho Constitution “shall not be construed to impair or deny other rights retained by the people”. The Inalienable Rights Clause was framed at Idaho's constitutional convention in 1889 and ratified by the people of Idaho later that same year. Thus, for us to read a fundamental right into the Idaho Constitution, we must examine whether the alleged right is so “deeply rooted” in the traditions and history of Idaho at the time of statehood that we can fairly conclude that the framers and adopters of the Inalienable Rights Clause intended to implicitly protect that right. When we apply that test to this dispute, there simply is no support for a conclusion that a right to abortion was “deeply rooted” at the time the Inalienable Rights Clause was adopted [...]. Importantly, nothing about this decision prevents the voters of Idaho from answering the deeply moral and political question of abortion at the polls [...] Additionally, as explained below, we conclude that the Total Abortion Ban, 6-Week Ban, and Civil Liability Law each pass the familiar test for determining the constitutionality of most legislation: “rational-basis” review. Under that form of review, each of these laws is constitutional because it is rationally related to the government's legitimate interest in protecting prenatal fetal life at all stages of development, and in protecting the health and safety of the mother».

5. Osservazioni finali

Nelle pagine precedenti abbiamo proposto, nella prima parte, un'ipotesi di ricostruzione astratta di una forma di governo della poliarchia nella quale – superando i limiti del *focus* tradizionale concentrato sul rapporto fra organo legislativo ed esecutivo – si tenta di incorporare tendenzialmente tutti i soggetti che sono in grado di determinare ovvero di incidere sull'indirizzo politico, con particolare riguardo all'indirizzo politico costituzionale nel quale si confrontano visioni distinte dei valori fondamentali dell'ordinamento. E, nella seconda parte, abbiamo sottoposto l'ipotesi astratta alla verifica storica, richiamando l'esperienza che, negli Stati Uniti, si è concretizzata in conseguenza dell'impatto della decisione della Corte Suprema nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022). La sentenza in parola ha revocato l'effetto principale della precedente pronuncia nel caso *Roe v. Wade* del 1973 – ossia la garanzia federale del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza – che, benché in un contesto politico altamente contrapposto (e, in parte, forse proprio per questo), per quasi cinquant'anni ha rappresentato il diritto costituzionale vivente, sia federale che statale. Il diritto *de quo* – enunciato dalla Corte Suprema federale fornendo al legislatore un'alternativa ad una deliberazione legislativa del Congresso, politicamente impraticabile, ha costituito una soluzione quanto mai necessaria a fronte di una richiesta sociale diffusa e pressante (come, del resto, si manifesta in tutte le società occidentali “aperte”).

Il fenomeno della reazione alla sentenza in *Dobbs* fornisce un indicatore molto attendibile, a nostro avviso, circa l'idoneità della garanzia federale dei *reproductive rights* – *in primis* delle donne ma, in realtà, dell'intera società – a rappresentare il diritto costituzionale materiale diffuso, nonostante la recente pronuncia in *Dobbs*. Ed è sulla base di tale premessa che si manifesta, nella concretezza della realtà politica, il modo di essere della forma di governo della poliarchia, coinvolgendo, in particolare, i cittadini elettori e le formazioni sociali, le assemblee legislative degli stati membri – volte a confermare ovvero a contrastare gli effetti della recente giurisprudenza federale –, i giudici statali.

Gli strumenti della democrazia diretta si sono rivelati idonei a fungere da fattori catalizzatori dei processi di resilienza del sistema agli effetti innovativi della sentenza in *Dobbs*. E l'attitudine del sistema a funzionare secondo i criteri della poliarchia investe dialetticamente tanto l'ordinamento federale quanto – e soprattutto – quello degli stati membri.

La forma di governo della poliarchia corrisponde essenzialmente ad una condizione solo virtuale dei sistemi liberali e democratici pluralisti ma, in determinate circostanze – quali si sono presentate nello scenario storico statunitense – essa può configurarsi secondo modalità attuali, visibili e concrete. In questa circostanza, l'ipotesi può dirsi verificata ed è verosimilmente suscettibile di ulteriori verifiche.

Ex malo, bonum? Dilemmas (and Opportunities) as a result of Dobbs

Francesco Clementi*

ABSTRACT: This contribution aims to retrace the fundamental stages of the complex and critical jurisprudential affirmation of the right to voluntary termination of pregnancy in the US experience, trying to synthetically highlight at least three elements: (a) the political-social difficulty that there is today in the search for a new political-juridical balance to be established at the federal level; (b) the path of the 'defederalization' of rights as an always helpful tool for posing crucial questions to the people in a federal state; finally (c) highlight the potential opportunities offered by the Dobbs v. Jackson Women's Health Organization of 2022 ruling to reduce social-political polarization and confrontation.

KEYWORDS: Abortion; United States Supreme Court; Jurisprudence; Women's Rights; Reproduction

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Towards Roe v. Wade – 3. Roe v. Wade between flexibility, oscillations, and self-constraints – 4. On the prospects of a de-federalized right (and of laws against the right to terminate pregnancy) – 5. Final Remarks.

1. Introduction

The voluntary interruption of pregnancy in the United States of America was never regulated at the federal level until the Supreme Court's *Roe v. Wade* ruling in 1973. Thus, until then precisely, each individual state had provided for different legislation configuring a relatively diversified panorama, which had been the outcome of an important campaign against abortion, conducted by the American Medical Association at the beginning of the 20th century to pass laws making the termination of pregnancy illegal, except in the case of severe danger to the life of the pregnant woman.

Moreover, the picture that historically emerged – unlike what one might imagine at first glance today – portrayed this political dialectic: the Democrats (and the states where they governed) tended to be pro-life, supporting the right to life and the protection of the unborn child; while the Republicans (and the states where they governed) tended to be pro-choice, in favor of constitutional recognition of the right to abortion.

Thus, the federal ruling of 1973, which governed the voluntary termination of pregnancy across all US states until 2022, not only reflected a cultural shift in American society and politics but also aimed to rectify legislative disparities that had emerged over time, resulting in varying state-level regulations of this right.

* Full Professor of Comparative Public Law, University of Rome 'La Sapienza'. Mail: francesco.clementi@uniroma1.it. Invited contribution.

As a result, from 1973 to the present, the issue of abortion rights has increasingly been at the forefront of public and political discourse, revealing the deep-seated divisions in American society and challenging the cultural foundations of both the Democrats and Republicans. This fluctuation has been amplified and polarized over time by intense media coverage of politics, which has in turn impacted US society.

In this sense, the *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* ruling (597 US_2022), in which the Supreme Court annulled *Roe v. Wade* in 1973 (410 US 113, 1973), represents the end – but also the beginning – of a story that, at the bottom, is none other than the proof of how rights are always the central pivot on which to measure the dynamics of the integration or non-integration of a federal system; that is, of a system that was born and always lives within the clash and dialogue between the States and the Federation, in a continuous and dynamic confrontation that is its strength but also inevitably its weakness, as the great scholar Carl J. Friedrich has long stressed.

The aim of this contribution is to retrace the fundamental stages of the complex and criticized jurisprudential affirmation of the right to abortion in the US experience, trying to synthetically highlight at least three elements: (a) the socio-political difficulty that there is today in the search for a new political-legal balance to be established at the federal level; (b) the strategy of 'de-federalization' of rights in that system, which remains a valuable tool for raising critical questions to the American people, who ultimately hold the power to determine the political and institutional balance for each right across the federal landscape, as the rightful owner of this decision-making process; finally (c) the appropriateness of the *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* of 2022, which overruled *Roe v. Wade* of 1973, offers to the US constitutional system to rediscover the right balance of rights, duties and responsibilities between the different institutions in the US legal system.

On the other hand, the principle of equality – which was born based on differentiation and is affirmed against discrimination but also thanks to discrimination – has always been qualified in the United States in very peculiar ways, which each time raises one crucial question: the change that at first sight seems a regression could, instead, be considered as a tool to move forward in a better way, with greater awareness and responsibility by all political-institutional actors?

2. Towards *Roe v. Wade*

Federal constitutions, born from the union of a group of states, are based on a pact (the word federation derives from *foedus*, Latin for pact),¹ that is, on a treaty defining the distribution of powers within the union. Thus, while the states retain some of their original features and, in particular, independent power in a limited but well-defined number of areas, similarly, the federal government has limited but real power in other areas.

In any case, whatever the nature of the federative process is, not only the federal government is always granted a minimum amount of powers sufficient to ensure the political and economic unity of the federation, but progressively – precisely from the experience of the United States – the historical evolution of this form of state has highlighted the dynamics of the relationship between the two levels of government of the federation. Therefore, at times, the relationship between the federal gov-

¹ See D. J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milan, 1998.

ernment and states in the US has been characterized by a dual federalism approach, which emphasized separateness or a hierarchical relationship between the superior and inferior levels. At other times, however, the relationship was more cooperative, with a focus on coordinating powers through a collaborative federalism approach.

Hence, in the continuous oscillation between centripetal and centrifugal thrusts, the constitutional balance, above all on the subject of fundamental rights, such as the right to abortion, has always been prohibited or promoted, incentivized or disincentivized, by the keystone of the federal edifice, that is, by the Supreme Court: the entity responsible for guaranteeing the supremacy of the constitution over all powers and safeguarding the unity of the state and of the legal system, protecting above freedoms and rights of citizens.

Thus, the federal system as a form of organization of power has always been centered on two elements: a natural dynamism in the relationship between the federal institutions, i.e. the states and the Federation; and the 'wisdom' of the Supreme Court in establishing, case by case, the right balance in the allocation of rights within the competences between the federal institutions.

So it is within this background that the right to abortion in the United States and its historical evolution should be analyzed.²

Then, in this perspective, the historic Roe vs Wade ruling of 1973 represents one of the most prominent moments in the jurisprudence of the Supreme Court: a true milestone both for the affirmation of women's freedom as such in the United States (which had also effects in most stabilized democracies), and for the definition of an important set-up in the definition of the relationship between Federation and States. This is expressed, above all, by the contrast between values, also about the impact on the organization of health provisions to make rights that are extended at the federal level a concrete reality.³

The different choices on abortion that have emerged over the course of US history originate from a combination of multiple factors that forcefully began from 1966 when, with the support of the Democrats and based on the recommendations of the American Law Institute, the pro-choicers proposed the reform of the law to decriminalize therapeutic abortion to protect abortionists.⁴

Within a very divided landscape – at the beginning of the 1960s, only the state of Pennsylvania prohibited abortion without taking women's physical or mental health into account, while in other states such as Alabama, Colorado, New Mexico, Massachusetts, and the District of Columbia, abortion was only permitted if the woman's life or physical health was in danger, and Mississippi even in the case of rape – the situation gradually changed with the emancipation of women and the awareness of women's rights. The latter, from being passive and inactive subjects of social life, historically deputed to the care of the home and the family, developed an identity as a politically relevant group, bearer of demands and interests to be promoted and protected: among all, reproductive rights were evidently among their top priorities.

² On the subject, briefly, see: R. SIEGEL, *The Constitutionalization of abortion*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS, *Abortion Law in Transnational Perspective*, Madison, 2014; more recently, on the different models of abortion regulation, see: G. BOGNETTI, *Aborto (voice)*, in *Enciclopedia Treccani*, 1991.

³ See L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *dpceonline.it*, 3, 2020, 4453 ss

⁴ See G. GALEOTTI, *Storia dell'Aborto*, Bologna, 2003.

Thus, while in 1962 the American Law Institute suggested a model of penal code to legalize abortion, bringing the United States to an initial turning point, between 1967 and 1971 as many as seventeen states reformed or abrogated their domestic laws on the subject to favor a progressive legalization of abortion.⁵

These changes clearly took place even though that since 1873 the United States had passed the Comstock Act, a federal statute prohibiting the publication or circulation of medicines and information materials concerning not only abortion but also contraception. This law has such consequences that it also effectively prohibits the use of contraceptives. Hence the recourse of many women to illegal abortion, which, when denounced, has always resulted in convictions and appeals in district or federal courts over the decades.

Yet the revolution of the 1960s and 1970s not only produced the manifesto that, in 1968, Frederick Jaffe, former president of the International Planned Parenthood Federation, wrote on behalf of the World Health Organization to control fertility, encouraging a policy of sex education aimed at reducing the number of births but even found as an ally the then Secretary of State of US President Gerald Ford, Henry Kissinger. Kissinger drew up a document entitled *'Implications of World Population Growth for the Security of the United States and Foreign Interests'*, which, in line with the views of Margaret Higgins Sanger, the founder and first president of the International Planned Parenthood Federation, emphasized the importance of birth control in the United States to avoid the scourge of illegal abortions and the number of women who died as a result of them; as another decisive figure, gynecologist Bernard Nathanson, one of the founders of the National Association for the Repeal of Abortion Laws, had repeatedly stressed.

It is clear, then, that the Supreme Court itself could not fail to have a decisive role to play on this issue as well; not least because over the years it had been called upon several times to compensate precisely for the asymmetries that had emerged in the area of the protection of fundamental rights between individual state legislatures.

On the other hand, the Supreme Court, in the meantime, had strengthened its basis for broader protection of fundamental rights not codified in the Constitution, but certainly included in the notions of liberty and due process. This had taken place both through the definition and strengthening of the theory of incorporation as well as through that of the due process clause; techniques and decisional instruments useful – as far back as the *Palko v. Connecticut* ruling of 1937 (302 US 319, 1937) – to establish that the fundamental rights, protected by the due process clause, correspond to principles of justice so deeply rooted in the traditions in the conscience of the American people as to be classified as fundamental, in fact finding their historical roots as far back as the Bill of Rights of 1791.

Thus, by the end of the 1930s, those concepts and those protections to be guaranteed in the balancing against other rights and against public interests were consolidated; legal solutions that require and impose, in short, careful and severe scrutiny in the judicial review of legislation.

The turning point, as is well known, came in 1953 with the appointment as Chief Justice of the Supreme Court of Earl Warren, who invited and promoted the work of the Supreme Court towards a robust expansion of the catalogue of fundamental rights, especially in the field of freedoms and civil rights, within what was later called the Civil Rights Revolution of the Warren Court.

⁵ See M. NIJSTEN, *Abortion and Constitutional Law. A Comparative European-American Study*, Florence, 1985.

Thus, civil rights were strengthened, the role of religion in schools was scaled down, and racial segregation was combated, since the well-known *Brown v. Board of Education of Topeka* ruling (347 US 483, 1954). Here, through the application of the equal protection clause provided by the 14th Amendment, the US Supreme Court, overruled its precedents, and consolidated on particularly conservative and restrictive positions. Similarly, through the *Griswold v. Connecticut* judgement (381 US 479, 1965), the Court expansively applied the doctrine of incorporation and expanded the right to privacy to the full protection of individual self-determination, elaborating the doctrine of penumbras.⁶

Indeed, the Warren Court's action was strategic in overcoming the many political, legislative, and judicial resistances made by state courts and in strengthening the freedom of choice of individuals. This way, it launched with a strongly centralizing approach, the expansion of fundamental rights at the federal level, giving rise to a New Federalism, the main cultural basis of the 1973 *Roe v. Wade* ruling.

3. *Roe v. Wade* between flexibility, oscillations, and self-constraints

The legal basis of *Roe v. Wade* is to be found first and foremost in the concept of the right to privacy, already proposed and declared by the Supreme Court in *Griswold v. Connecticut*; although already in the 1940s the Supreme Court had been asked about the constitutionality of state laws against the use of contraceptive methods. Thus, for example, as early as 1943, in *Tileston v. Ullman* (318 U.S. 44, 1943), a doctor appealed for the repeal of a Connecticut law, which on the one hand prohibited the use of any method of preventing and impeding conception and on the other prohibited medical personnel from recommending the use of contraceptives to women to whom a pregnancy could result in serious damage to their health if not death. However, the Court dismissed that case on mere procedural grounds, again striking down Tileston himself in *Poe v. Ullman*, holding instead that the annulment of that unimplemented legislation in this case potentially precluded constitutionally adequate alternative solutions that had not yet been applied.

Therefore, the *Griswold v. Connecticut* decision – which codified the right to privacy in the US legal system, despite the first theorization on the subject by Samuel Warren and Louis D. Brandeis in 1890 in the *Harvard Law Review*⁷ – paved the way for *Roe v. Wade*; since in that judgement, *inter alia*, the Court sanctioned the right of the State not to interfere in the contraceptive methods that a married couple decides to use, thus leaving this right within the realm of the private choices of individuals. Thus, still, in the hands of the States.

So, these continuous oscillations within a natural flexibility of the right to abortion as a field of confrontation and clash between states and the Federation in the definition of individual rights, if on the one hand led to self-binding on the part of individuals as well as certain states while awaiting a decision on the subject by the Supreme Court; on the one hand, at the same time, all this pushed forcefully for a change of mentality on the subject of abortion, such as to favor a new interpretation of the problem by the Supreme Court itself, within those very penumbras that were first underlined in 1965 in *Griswold v. Connecticut*.

⁶ See V. BARSOTTI, *Privacy e Orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005

⁷ See S. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right of Privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, 193 ss

On the other hand, it should never be forgotten that until 1973 abortion was permitted, at the woman's request only, in just four states: Hawaii, New York, Alaska, and Washington. And that in over thirty states until then, abortion was criminally prosecuted.⁸

The Supreme Court first dealt with abortion in 1971, ruling negatively in *United States v. Vuitch* (402 US 62, 1971).

However, the turning point came on 22 January 1973 when, by a majority of seven votes to two, relying on a broad interpretation of the Fourteenth Amendment of the Constitution, again on the subject of the right to privacy, here understood as the right to free choice in matters relating to the intimate sphere of the person, the Supreme Court emphasized that the Texas legislation violated the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment because the choice to terminate a pregnancy fell within the scope of the right to privacy, included in the concept of liberty; and that the decision must be free from state interference. At the same time, the Court identifies three distinct moments during pregnancy to ensure a balance between the right to privacy and the State's interest in protecting potential life. Thus, by the end of the first trimester of gestation, a doctor is empowered to assess whether to allow an abortion to take place. Abortion in the second trimester, on the other hand, is left to the legislation of individual states, taking into account the protection of the woman's health. Finally, if the abortion takes place at a time when the fetus has a chance of survival, and therefore in the last trimester, priority is given to protecting the life of the fetus.

On this basis, Justice Blackmun, writing for the majority, not only explains why historically the pre-eminent federal interest, supported by the case law developed from the late 19th to early 20th century, has always been that of protecting the health of the woman over the protection of the life of the fetus, but also why it is precisely the right to terminate a pregnancy that represents the declination of the right to privacy, referable to the principle of personal liberty enclosed in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Abortion thus looms as a personal choice – in a 'protected period' of three months – in which the State cannot afford to interfere.

While this ruling recognizes abortion as a right, it does not absolutize it. In fact, it allows state legislation to regulate health, the provision of medical standards and the protection of potential life, pointing out that the state interest, in some cases, might even have prevailed over the particular interest of the pregnant woman.

Thus, the right to privacy allows the woman to choose to terminate the pregnancy within the first trimester freely, subject to consultation with and approval by a doctor; after that, and up to and including the sixth month, the state has full power to place limitations designed to safeguard the woman's health, but not to prohibit abortion tout court; after the seventh month, the state may legitimately prohibit the termination of pregnancy, since the fetus is endowed with viability, that is, the capacity for autonomous survival.

Hence this judgement definitively opens up a new right – the practice of abortion – causing the consequent unconstitutionality of all state laws contrary to the practice of abortion in the manner and form defined by the Court (in particular, it concerned all state laws on abortion, except for that of the State of New York, at the time the only one compatible with the principles enunciated by the Court).

⁸ See J. SHIMABUKURO, *Reviewing Recently Enacted State Abortion Laws and Resulting Litigation*, CRS Report LSB 10346, September 6, 2019.

From 1973 onwards, however, this judgement was criticized from many quarters, also because of the style of argument used by the Court, which for some was not sufficiently anchored to the constitutional provisions, since as by supporting the right to abortion on the right to privacy – in itself already sufficiently broad and controversial – it would have rendered the right to abortion itself very unstable, which, as is well known, had no significant basis in the texts, legislative history or precedents of US jurisprudence before this judgement.⁹

In short, many unresolved issues seem to emerge from the fundamental principles established in the judgement, including the refusal to establish, without a shadow of a doubt, the moment in which life can be said to have begun and the impossibility of considering the unborn child in the same way as a person who already exists; although in some respects this appears to contradict the ‘trimester theory’ defined by the Court itself, which becomes the demarcation point for considering abortion a right or not.

In short, for many critics of this ruling, right from the start we were faced with a text that affirms a right based on a fundamental ambiguity, insofar as it is founded on a concept that is legally unstable and fragile insofar as it is not universally recognized as the exact beginning of life.

Therefore, over the years, and then decades, it was the same liberal-minded interpreters, before those of a conservative bent, who emphasized very strongly the need for the right to terminate pregnancy recognized by the Supreme Court through *Roe v. Wade* in 1973 was to be strengthened, specified and definitively perimetried by a federal law of Congress; in fact, only an act of this kind could have given, precisely because it stemmed from the synthesis of a political choice, a truly balanced response; one that would have promoted a new type of equality because it was politically more shared.

Yet the political fracture caused by the *Roe* ruling ended up increasingly dividing and polarizing political positions; preventing, in fact, any form of strengthening and legislative consolidation of that decision. On the contrary, already after three years, Congress, sponsored by Illinois Republican Congressman Henry J. Hyde, passed the first Hyde Amendment to the Medicaid tax to prohibit the use of federal Medicaid funds for abortion and to cancel its therapeutic practice for general health reasons, i.e. 98% of recurrences.

The objective was therefore clear: to prevent the implementation of *Roe v. Wade* in practice.

The abortion issue then lands, year after year, in national political debates, especially during presidential elections. And political conflict after political conflict, election campaign after election campaign, it becomes more and more evident that the polarization is such that it is very difficult to find an agreement on a law in Congress, thus leaving the right to abortion increasingly becoming a lawless right.

The most evident concrete effect is that abortion, as a right, is actually a right only for those who can afford it in private, given that federal health care coverage for the exercise of this right is systematically reduced within the political conflict by laws of Congress or measures by Presidents with a Republican majority; thus, emptied from within, the first to pay the price for a right proclaimed but dif-

⁹ See L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal*, 3, 2022.

difficult to demand because of its high costs are women in poor economic situations, mostly foreigners or belonging to minorities.

In short, the economic constraints on the practice of abortion are such as to make it very expensive, and therefore very difficult, for women with less economic means, to terminate a pregnancy. To such an extent that it becomes clear that it will be very difficult to imagine the passing of a law in Congress when, within the progressive affirmation of the originalist orientation of the constitutional text starting from the Reagan Administration, the Mexico City Policy is affirmed: a regulation wanted by Reagan in 1984 to prohibit foreign non-governmental organizations, which receive federal funds, from using their own funds to pay for abortion practices for those who cannot afford it. The sharp expansion over the years of the legislative restrictions already in place as a result of this policy then made it increasingly difficult for less affluent women to access the practice.

Representing one of the most controversial rulings in the history of the United States, the Court itself has intervened on several occasions over the years in an attempt to redefine the boundaries of the right to abortion enshrined in it. Thus, in 1992, with *Planned Parenthood v. Casey* (505 US 833, 1992), the Court introduced the undue burden test to scrutinize the legitimacy of state legislation on the subject, while in 2007, with *Gonzales v. Carhart* (550 US 124, 2007), the Court declared the constitutionality of the federal law outlawing one of the techniques of so-called partial-birth abortion. At the same time, state legislators have also tried to regain the spaces that the Roe ruling had taken away from them; by limiting, where possible, the right to abortion with the famous 'trap laws' (TRAPs law), which affect various procedural and substantive aspects of abortion, such as the provisions concerning standards for abortion clinics and for doctors who perform abortions, requirements which paradoxically are not required of facilities where the medical interventions are performed, such as childbirth, which expose patients to far greater risks.

The point is that, even though that the Roe ruling has brought abortion to the level of constitutional law, the issue is far from settled, and the progressive and increasingly extreme polarization between pro-life and pro-choice is perhaps a natural consequence of the very intervention of the Supreme Court, that legally imposed a choice, perhaps not yet fully mature on a social and political level.

4. On the prospects of a de-federalized right (and of laws against the right to terminate a pregnancy)

The Supreme Court's landmark *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* decision of 24 June 2022 overrules *Roe v. Wade* of 1973 but also *Planned Parenthood v. Casey* of 1992 and affirms the non-existence of a federal right to abortion. It also gives individual states full power to regulate any aspect of abortion not protected by federal law.

On the one hand, in an attempt to overcome *Roe v. Wade*, it has in fact allowed those 'trigger laws', promoted by more than thirteen states in favor of a pro-life cultural line, which aim to prohibit abortion completely, to become automatically effective; on the other hand, it has favored the rush by another sixteen states, in favor of a pro-choice cultural line, to enact laws to expand and protect that right.

What emerges from this picture is an America in which women with unwanted pregnancies will still be able to obtain abortions, but to do so, they will need access to information about the medical facilities that allow abortions and the private organizations to which they can turn. At the same time, they will have to avoid spreading the news so as not to fall victim to criminal and administrative sanctions if they are residents in a state that is against the termination of pregnancy; and thus, to have the time – and the financial resources, let it be clear – to travel outside the borders of that state whose legislation is against them.

A further element: for women seeking a legal abortion, the most difficult issue concerns the availability and the accessibility of information on the ways, forms, places, and facilities, as well as costs, where they can exercise what is only recognized as a right at the state level, asymmetrically, depending on their state of residence. The risk is therefore that we will soon find ourselves faced with an internal ‘migration’ of women who, seeking access to a legal and safe abortion practice primarily outside their state of residence, move along ‘routes’ to abortionist states; while, at the same time, other states will do everything in their power to avoid this internal movement to deny pregnant women from having abortions. On the other hand, it cannot be ruled out that there could be cases where some anti-abortion states could require women of childbearing age to take a pregnancy test before boarding a flight to destinations where abortion is legal.

The fact is that although efforts to halt the right to abortion altogether are likely to meet with a violent backlash, the change and evolution in the composition of the Supreme Court have indeed initiated a new season of jurisprudence that aims to consolidate the pro-life movement; even further, if it makes evident the importance of the dissent of Justices Steven Breyer, Elena Kagan, and Sonia Sotomayor in the Dobbs ruling as being capable of well highlighting the limitation of women’s rights and their status as free and equal citizens, it presents it in itself however ultimately fragile, as it is incapable of drawing strength from the divisions within the majority line-up.

Thus a way to find, within the framework of the Court’s argumentative path, a solution that would in any case recover the possibility of exercising that freedom now denied, can only rest on the position of Chief Justice John Roberts. Coming from a republican culture, while supporting the Court’s decision, the Chief Justice wanted to add a concurring opinion of his own, which says something significant, namely that a reasonable opportunity to choose rights must always be guaranteed.¹⁰

Therefore, beyond of the polarizations that politics will want to take, and setting aside for a moment the severe reflections on the choices that, daily, considering this political and legal situation, women will be dramatically forced to make in their lives to find an adequate, balanced and proper path, to return to guaranteeing this right throughout the federation there is only one natural way forward in the absence of an act of Congress: that of making the position expressed by the Chief Justice a majority one, thus rediscovering that lost balance.

¹⁰ On President Roberts’ reading of this issue, see T.J.MOLONY, *Taking Another Look at the Call on the Field: Roe, Chief Justice Roberts, and Stare Decisis*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 43, 3, 2020, 733 ss.

5. Final remarks

The loss of a fundamental constitutional protection, which the Roe ruling had instead helped to give to many women, allows for some final annotations, which start from a consideration, namely that the United States, following the Dobbs ruling, represents an anomaly in the world of stabilized democracies in this regard, given that internationally today it is mostly recognized among human rights that a right to abortion is protected.¹¹

Therefore, if this choice inevitably marginalizes the United States in the protection of sexual and reproductive health and rights, as has rightly been noted by US Ambassador Linda Thomas-Greenfield,¹² it may, on the other hand, spur the citizens of the United States themselves – the Americans – to rediscover among themselves the reasons for overcoming what a true democratic regression is.

On the other hand, the judicial federalization or de-federalization of a right by the Supreme Court, or the legislative or not-legislative extension of a right at the federal level for all by Congress, has always been nothing more than a great question of meaning – a real dilemma – posed to citizens before their representatives; therefore in front of themselves as first and last holders of the right to decide in their democracy. A question that, facing the historical decades-long inertia of Congress, now can also be experienced at the same time as a pressing invitation to overcome the political polarization that has weighed heavily in this regard in recent years, and to devote oneself instead to reasoning about the long-term effects that this ruling could produce: including those resulting from a permanent state of ‘culture wars’ that can do nothing to improve the civil coexistence in that society and, at the same time, to ameliorate the daily life first and foremost of the American women.

In essence, the question that the outcome of Dobbs poses to an American citizen continues to be always the same: that democracy must be nurtured every day, and that rights without duties, starting with that of participation and of their legislative consolidation, ultimately produce only empty and misunderstood rights, which gradually lose their force and come to be degraded.

The solution then lies once again in the commitment of individuals to rediscover the reasons for that right, to strive to affirm them, explaining the true meaning that right represents. And to find in the dialogue between those who are against it, the non-violent ways to affirm it, first and foremost in a federal legislative form.

If the situation will be as we prefigure, perhaps then it will be possible to say that, in the end, the effect that has sprung from Dobbs will have been opposite and contrary to that defined by the judicial majority opinion, such that it will even lead one to say, surprisingly: *ex malo, bonum*.

¹¹ See S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012.

¹² See the Statement by Ambassador Linda Thomas-Greenfield on Supreme Court Ruling in Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, available at: <https://usun.usmission.gov/statement-by-ambassador-linda-thomas-greenfield-on-supreme-court-ruling-in-dobbs-v-jackson-womens-health-organization/>.

La sentenza *Dobbs v. Jackson*: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti

Antonia Baraggia*

THE DOBBS V. JACKSON JUDGMENT: A NOT ENTIRELY UNFORESEEABLE SOLUTION IN THE ABORTION LITIGATION IN THE UNITED STATES

ABSTRACT: The article analyzes the decision *Dobbs v. Jackson* of the US Supreme Court, highlighting the American “exceptionalism” in the abortion regulation issue from a comparative perspective. Moreover, the contribution aims at reflecting on the constitutional impact of the *Dobbs* judgment, with particular reference to the tensions relating to the separation of powers and the relationship between the representative democratic circuit and the judicial area, which the case – like all previous jurisprudence on the subject – seems to highlight.

KEYWORDS: US Supreme Court; abortion; *Roe v. Wade*; *Dobbs v. Jackson*; fundamental rights

ABSTRACT: Il contributo intende analizzare il caso *Dobbs v. Jackson* deciso dalla Corte Suprema americana mettendo in evidenza una sorta di “eccezionalismo” americano nella trattazione della questione dell’aborto in ottica comparata. Il contributo, inoltre, intende riflettere sulla portata costituzionale della sentenza *Dobbs*, con particolare riferimento alle tensioni relative alla separazione dei poteri e al rapporto tra circuito democratico rappresentativo e area del giudiziario, che il caso – come tutta la giurisprudenza pregressa sul tema – sembra mettere in luce.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema degli Stati Uniti; aborto; *Roe v. Wade*; *Dobbs v. Jackson*; diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una premessa: un caso apparentemente “facile” – 3. La natura del diritto all’aborto: la sua de-costituzionalizzazione – 3.1. Il principio dello *stare decisis* – 3.2. L’argomento democratico – 4. L’aborto negli Stati Uniti nell’era *post-Dobbs*.

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano. Mail: antonia.baraggia@unimi.it. Il presente contributo riprende in parte le argomentazioni trattate nel volume A. Baraggia, “Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche”, Seconda edizione, Giappichelli, 2022. Contributo sottoposto a referaggio.

1. Introduzione

Guardando retrospettivamente l'evoluzione della regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti, la sentenza *Dobbs*¹, pur certamente dirompente e problematica dal punto di vista ordinamentale, non può essere considerata del tutto inaspettata e, anzi, può essere letta come l'esito stesso del processo di polarizzazione che ha interessato il contesto politico e costituzionale americano e dei ripetuti tentativi da parte dei legislatori nazionali di riappropriarsi della questione dell'aborto, avviatisi all'indomani della decisione della Corte Suprema nel caso *Roe v. Wade* del 1973.

Che *Roe v. Wade* abbia contribuito a determinare una estrema polarizzazione e conflittualità nell'ambito della regolamentazione dell'aborto non è certo una tesi nuova e nemmeno minoritaria². Del resto, anche in ottica comparata il caso americano appare essere un "outlier"³ per la radicalità e la conflittualità che ha caratterizzato il dibattito in tema di aborto.

Con ciò non si intende sostenere che in altri ordinamenti la pratica abortiva non sia stata oggetto di visioni contrapposte e finanche inconciliabili; tuttavia, quello che il diritto comparato insegna è, piuttosto, la capacità di molti ordinamenti di giungere a soluzioni intermedie e compromissorie tali da contenere la contrapposizione radicale tra posizioni antitetiche e ultimamente inconciliabili.

Fatta questa considerazione, che mette in luce "l'eccezionalismo" americano nella trattazione della questione dell'aborto, il presente contributo intende riflettere sulla portata costituzionale della sentenza *Dobbs*, con particolare riferimento alle tensioni relative alla separazione dei poteri e al rapporto tra circuito democratico rappresentativo e area del giudiziario, che il caso – come tutta la giurisprudenza pregressa sul tema – sembra mettere in luce.

2. Una premessa: un caso apparentemente "facile"

Nello "tsunami" ordinamentale provocato da *Dobbs*, vi è un aspetto che pare essere rimasto in ombra in tutta la vicenda che qui si commenta: la natura della regolamentazione introdotta dallo Stato del Mississippi, oggetto della sentenza *Dobbs*⁴.

Si trattava, in particolare, di una legge che proibiva l'aborto oltre la quindicesima settimana di gestazione – e quindi prima della c.d. viabilità del feto – ad eccezione del caso in cui vi fosse una emergenza medica o in caso di anomalia fetale.

A un breve, anche superficiale, confronto, appare evidente che non siamo di fronte a una legislazione eccentrica in ottica comparata: il termine delle 15 settimane pare infatti in linea con le scelte di natu-

¹ Per i primi commenti nella dottrina italiana, cfr. E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2 novembre 2022; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2022, soprattutto 17 ss.; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, 1609 ss. e A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2022, 393 ss.

² J. HART ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 82, 1973, 949.

³ R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, Oxford, 2014, 262.

⁴ *Mississippi Gestational Age Act*, 2018.

ra temporale introdotte in diversi ordinamenti, quali Italia e Irlanda (aborto praticabile entro 12 settimane di gestazione), Spagna e Francia, Argentina (entro 14 settimane di gestazione).

Si tratta di una legge che applica uno schema temporale di regolamentazione dell'aborto, peraltro, come si legge nel testo normativo, definito alla luce di una serie di evidenze mediche e scientifiche. Una legge dunque che, al pari di molte altre incidenti in tema di aborto, è espressione di un particolare bilanciamento tra diversi interessi in evidenza.

L'impatto di *Dobbs* non riguarda tanto la legge in questione, che appunto non pare essere, alla luce del dato comparato, particolarmente problematica; esso è stato invece sistemico, perché, nel giudicare la costituzionalità di tale previsione di legge, la Corte Suprema ha affermato che l'aborto non trova fondamento alcuno nel testo della Costituzione e non può essere protetto implicitamente da previsioni costituzionali, nemmeno quella che ha costituito il fondamento di *Roe v. Wade*, ovvero sia la *Due Process of Law Clause* del XIV Emendamento.

In definitiva, alla luce di *Dobbs*, l'aborto non è (più) riconosciuto come diritto fondamentale e la sua regolamentazione viene rimandata alla determinazione dei singoli Stati e, dunque, al circuito democratico rappresentativo.

Si tratta senza ombra di dubbio di una sentenza problematica e dirompente alla luce di molteplici profili: *in primis*, per l'*overruling* di due precedenti come *Roe* e *Planned Parenthood* che, sebbene con sfumature diverse, avevano assicurato l'aborto come diritto costituzionale da almeno cinquant'anni; in secondo luogo, a dispetto delle rassicuranti parole del Giudice relatore Alito sul punto, per l'impatto che essa potrà avere su altri diritti riconosciuti dalla giurisprudenza senza alcun riferimento testuale in Costituzione, come al matrimonio tra persone dello stesso sesso⁵, altri diritti riproduttivi e la contraccezione; infine per l'impatto che avrà sulla tutela effettiva di un diritto goduto dalla donne americane a partire dagli anni '70 e ora soggetto a sicure restrizioni, finanche draconiane, da parte di alcuni Stati.

⁵ Sul punto, è doveroso evidenziare che, al fine di "blindare" attraverso una legge federale il diritto al matrimonio omosessuale sancito dalla Corte Suprema in *Obergefell v. Hodges* (2015) ed evitare un *overruling* analogo a quello provocato da *Dobbs*, in data 8 dicembre 2022 il Congresso ha definitivamente approvato – su impulso del Partito Democratico e con il sostegno di una parte del Partito Repubblicano – il *Respect for Marriage Act* (H.R. 8404). In particolare, da un lato è stata superata la definizione del matrimonio come unione solo tra due persone di sesso diverso (introdotta dal *Defense of Marriage Act* del 1996 e dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema in *United States v. Windsor* del 2013), affermando che «for the purposes of any Federal law, rule, or regulation in which marital status is a factor, an individual shall be considered married if that individual's marriage is between 2 individuals and is valid in the State where the marriage was entered into or, in the case of a marriage entered into outside any State, if the marriage is between 2 individuals and is valid in the place where entered into and the marriage could have been entered into in a State» (sec. 5); dall'altro, è stato anche ribadito il pieno rispetto del diritto di libertà religiosa e di coscienza (sec. 6.a) – ai sensi del Primo Emendamento – prevedendo altresì che «nonprofit religious organizations, including churches, mosques, synagogues, temples, nondenominational ministries, interdenominational and ecumenical organizations, mission organizations, faith-based social agencies, religious educational institutions, and nonprofit entities whose principal purpose is the study, practice, or advancement of religion, and any employee of such an organization, shall not be required to provide services, accommodations, advantages, facilities, goods, or privileges for the solemnization or celebration of a marriage» (sec. 6.b).

Si tratta, dunque, sul piano della tutela costituzionale, di uno sconvolgimento epocale che, in modo uguale e contrario a *Roe*⁶, accresce la già presente polarizzazione sociale intorno al tema controverso dell'aborto. E tuttavia, pur nella sua problematicità, *Dobbs* offre interessanti spunti di riflessione rispetto al ruolo del processo democratico nella determinazione di questioni controverse – anche alla luce dell'esperienza comparata – nonché rispetto al ruolo delle Corti e dell'interpretazione costituzionale nella definizione di nuovi diritti e nel mutamento costituzionale. L'*opinion* di maggioranza afferma a chiare lettere che «*Roe and Casey must be overruled*».

Interessante è allora ripercorre l'*iter* argomentativo che conduce a una simile conclusione, il quale si focalizza su tre aspetti principali: la natura costituzionale del diritto all'aborto alla luce della tradizione di *Common Law*; il rispetto del precedente vincolante; l'argomento democratico, ovvero a chi spetta la decisione in materia di questioni controverse che non trovano copertura costituzionale.

3. La natura del diritto all'aborto: la sua de-costituzionalizzazione

Rispetto alla natura dell'aborto, la Corte afferma che «the Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely – the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment»⁷.

Infatti, sebbene sia certamente vero che la stessa previsione del XIV Emendamento è stata usata, nella sua dimensione sostanziale, per garantire diritti innominati nel testo della Costituzione, quegli stessi diritti dovevano essere «deeply rooted in (the) Nation's history and tradition» e «implicit in the concept of ordered liberty»⁸ così come la Corte aveva già avuto modo di affermare in tema di suicidio assistito nel caso *Washington v. Glucksberg*⁹.

Tuttavia, secondo la Corte il diritto all'aborto non rientra nel quadro dei diritti profondamente radicati nella storia della Nazione, come dimostra il fatto che prima di *Roe* e, ancor più lontano, al momento dell'adozione del XIV Emendamento, l'aborto era considerato dalla maggioranza degli Stati un reato a tutti gli stadi della gravidanza. Allo stesso esito si giunge andando a ritroso nella tradizione di *Common Law*, in cui l'aborto era punito dopo il c.d. «*quickenning*».

⁶ In dottrina si è sostenuto che «la Corte Suprema ha dimostrato uno spiccato attivismo [...] allontanandosi dallo *stare decisis* che, nell'ordinamento statunitense, è garanzia della certezza del diritto e limite al potere creativo dei giudici». (C. CARUSO, *Originalismo e politicalità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).

⁷ 597 U. S. ____ (2022), 5.

⁸ *Ibidem*.

⁹ 521 U.S. 702 (1997), 721. Per una critica a tale impostazione, cfr. E. CHEREMINSKY, *Washington v. Glucksberg Was Tragically Wrong*, in *Michigan Law Review*, 106, 8, 2008, 1505, secondo cui «this assumption that a fundamental right exists only if there is a tradition of protecting it is wrong both descriptively and normatively. Descriptively, the Court has been willing to protect rights even though there has not been a tradition of protection. For example, laws prohibiting interracial marriage were far more “deeply rooted in this Nation's history and tradition” than the right to interracial marriage, but in *Loving v. Virginia*, the Court held that such a right is protected by the Due Process Clause [...] Normatively, the fact that laws have long existed does not answer the question as to whether the interest the laws regulate is so integral to person-hood as to be worthy of being deemed a fundamental right».

Attraverso questa analisi storica, la Corte giunge ad affermare che «the inescapable conclusion is that a right to abortion is not deeply rooted in the Nation's history and traditions»¹⁰ e, come tale, non può essere ricondotto nell'alveo dei diritti innominati coperti dalla clausola del XIV Emendamento.

La natura costituzionale dell'aborto viene letta, oltre che alla luce dell'argomento storico, anche alla luce di quello che potremmo definire ontologico: l'*opinion* di maggioranza afferma ripetutamente che l'aborto è per sua natura differente rispetto agli altri diritti "innominati" (come la contraccezione e il matrimonio tra persone dello stesso sesso), perché esso implica la presenza di una vita potenziale che verrebbe meno nella decisione abortiva¹¹. Questa differenza ontologica fa sì che, a detta della Corte, i precedenti su cui si fondava *Roe* non siano significativi e, come tale, la stessa *Roe* sarebbe stata fondata su presupposti sbagliati: «None of the other decisions cited by *Roe* and *Casey* involved the critical moral question posed by abortion. They are therefore inapposite. They do not support the right to obtain an abortion, and by the same token, our conclusion that the Constitution does not confer such a right does not undermine them in any way»¹².

In questo passaggio la Corte rassicura sul fatto che l'*overruling* di *Roe* resti un episodio confinato nell'ambito problematico e moralmente delicato quale è l'aborto e che *Dobbs*, pertanto, non andrà a lambire, negando loro protezione costituzionale, altri "nuovi" diritti riconosciuti in via giurisprudenziale dalla Corte Suprema¹³.

3.1. Il principio dello *stare decisis*

Il secondo aspetto centrale dell'*opinion* riguarda il principio dello *stare decisis* e, dunque, il rispetto del precedente vincolante, costituito da *Roe* e *Casey*.

I giudici di maggioranza sono ben consapevoli che «overruling a precedent is a serious matter»¹⁴ e che tale operazione richiede solide motivazioni. Cinque sono gli aspetti che la Corte ritiene possano essere utilizzati per sostenere la necessità dell'*overruling* di *Roe*: la natura dell'errore del precedente, la qualità del *legal reasoning*, la possibilità di applicare in concreto le regole definite dal precedente, i possibili effetti su altre aree del diritto e, infine, il principio che potremmo definire del legittimo affidamento.

Nel caso in esame, *Roe*, afferma la Corte, muove da una interpretazione errata della Costituzione e «it was on a collision course with the Constitution from the day it was decided»¹⁵. In particolare, *Roe*

¹⁰ 597 U. S. ____ (2022), 25.

¹¹ «Abortion is different because it destroys what *Roe* termed "potential life" and what the law challenged in this case calls an "unborn human being». *Ivi*, 4.

¹² *Ivi*, 35.

¹³ In quest'ultimo senso si è espresso 597 U. S. ____ (2022), Thomas, J., concurring, 3, secondo cui «in future cases, we should reconsider all of this Court's substantive due process precedents, including *Griswold*, *Lawrence*, and *Obergefell*». Tale posizione emerge – sotto forma di timore per la tutela futura di tali diritti – anche in 597 U. S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting, 5: «[...] one of two things must be true. Either the majority does not really believe in its own reasoning. Or if it does, all rights that have no history stretching back to the mid19th century are insecure. Either the mass of the majority's opinion is hypocrisy, or additional constitutional rights are under threat. It is one or the other».

¹⁴ 597 U. S. ____ (2022), 43.

¹⁵ *Ivi*, 44.

avrebbe usurpato il potere – che la Costituzione affida al popolo – di definire questioni di profondo rilievo morale e sociale e così facendo la Corte «short-circuited the democratic process by closing it to the large number of Americans who dissented in any respect from Roe»¹⁶.

Per quanto riguarda il secondo fattore di superamento del precedente, la Corte sottolinea la debolezza del *legal reasoning* di *Roe*, il quale «found that the Constitution implicitly conferred a right to obtain an abortion, but it failed to ground its decision in text, history or precedent»¹⁷.

Non solo, ma introducendo un dettagliato schema per la regolamentazione dell'aborto con la teoria dei trimestri, la Corte ha svolto una attività quasi legislativa, senza tuttavia addurre giustificazione alcuna per le precise scelte operate.

Particolarmente problematica è la distinzione tra aborti prima e dopo la “*viability*”. 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?

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, continua 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?»¹⁸.

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 introdotto un nuovo test per verificare la legittimità di una legge statale in materia d'aborto: l'*undue burden test*. Anche l'*undue burden test* pone alcune incertezze circa la sua concreta declinazione, come emerso nel precedente caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*¹⁹ in cui la Corte aveva adottato una precisa e nuova declinazione del test, basata sull'analisi costi-benefici. Proprio queste incertezze interpretative sono alla base della terza giustificazione addotta in *Dobbs* per sostenere la necessità dell'*overruling*: ovvero il fatto che le regole identificate siano comprensibili e applicabili in «a consistent and predictable manner»²⁰. 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»²¹ e come tale la sua applicazione «would undermine, not advance “the evenhanded predictable, and consistent development of legal principles”»²².

Infine, per quanto riguarda gli ultimi due criteri a fondamento dell'*overruling*, il primo riguarda gli effetti su altre aree del diritto e il secondo il rispetto del principio del legittimo affidamento. Rispetto al

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, 45.

¹⁸ *Ivi*, 53.

¹⁹ 579 U. S. 582 (2016).

²⁰ 597 U. S. ____ (2022), 56.

²¹ *Ivi*, 61.

²² *Ivi*, 62 (cit. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 (1991), 827).

primo, la Corte afferma, in maniera piuttosto apodittica, che *Roe* e *Casey* hanno scardinato regole e dottrine consolidate come la *third party standing doctrine*, il principio della *res iudicata* e anche il principio che prevede di interpretare ove possibile le leggi al fine di evitare la declaratoria di incostituzionalità.

In riferimento all'ultimo criterio, il legittimo affidamento (*reliance interests*)²³, la Corte afferma che, nel caso dell'aborto, non sia possibile applicare il concetto classico di legittimo affidamento, in quanto la decisione di abortire è in generale una attività non pianificata. Giova forse ricostruire i non sempre nitidi confini del concetto di *reliance interests*. In prima battuta è necessario sottolineare che le «legitimate expectations of those who live under the law»²⁴ sono di regola identificate con costi di natura economica legati ad investimenti e ad altre operazioni commerciali. Il *reliance interest*, seppur preminente in queste situazioni, può, tuttavia, essere applicato anche ad altri diritti di natura non economica. In quest'ultimo caso, infatti, come afferma Kozel, «when stakeholders have taken tangible steps or made concrete plans in reliance on Supreme Court pronouncements the disappointment of their expectations is pertinent»²⁵. Più in generale, è possibile individuare diverse tipologie di *reliance interests*: accanto a quello dei privati, vi è quello governativo e legislativo ed infine quello sociale²⁶. Quest'ultimo, in particolare, «ha[s] played a role in major constitutional cases»²⁷, come nel caso dell'aborto, in particolare in *Casey*. In quest'ultima sentenza la Corte non ha esitato a riconoscere che «the Constitution serves human values, and while the effect of reliance on *Roe* cannot be exactly measured, neither can the certain cost of overruling *Roe* for people who have ordered their thinking and living around that case (*Roe*) be dismissed»²⁸. Anche in *Casey*, tuttavia, la Corte ha riconosciuto la difficoltà a ricondurre la necessità di affermare il precedente di *Roe* sulla base del criterio dei *reliance interests*. Nella sua costante giurisprudenza affinché le legittime aspettative dei consociati siano investite di rilevanza, la Corte tende, infatti, a richiedere il diretto coinvolgimento di interessi materiali attuali, non in potenza (come sarebbe invece nel caso dell'aborto)²⁹.

²³ Si veda sul punto N. VARSAVA, *Reliance*, in *Harvard Law Review*, 136, 2023 (forthcoming)..

²⁴ *Hubbard v. US*, 514 U.S. 695 (1995), 716 (Scalia J., concurring).

²⁵ R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge, 2017, 116-117.

²⁶ *Ivi*, 117-118: «*Roe* and *Miranda* are exceptional in their salience and profile, creating questions about whether the Court's invocations of societal reliance should extend to other areas of constitutional law. And unlike assertions of private and legislative reliance, appeals to societal reliance do not depend on the concrete expectations of stakeholders whom an overruling will affect most directly. The form of analysis is necessarily more abstract» [...] «Societal reliance is distinct from private and legislative reliance because it captures the myriad effects that overruling a well-known precedent can have on various communities, including people who have not taken tangible action based on the precedent».

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Planned Parenthood v. Casey*, cit., 856.

²⁹ R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, cit., 47-49 e 112-113. Il punto è particolarmente rilevante soprattutto se si confrontano *Roe/Casey* e, ad esempio, *Obergefell*. Infatti, a differenza dell'aborto, il matrimonio omosessuale presenta dei *reliance interests* attuali e concreti: negozi giuridici di varia natura (matrimoni, adozioni, assicurazioni) di cui difficilmente la Corte potrebbe non tenere conto, in un eventuale *overruling*.

3.2. L'argomento democratico

La terza, centrale, argomentazione di *Dobbs* riguarda la cosiddetta questione democratica, ovvero il fatto che, avendo negato copertura costituzionale all'aborto, la Corte rilancia il ruolo dei legislatori statali nella regolamentazione dell'aborto quali arene in cui il disaccordo possa trovare una ricomposizione nella dialettica e nelle regole della competizione democratica³⁰.

L'argomento democratico, oltre che nell'opinione di maggioranza, è centrale anche nell'opinione concorrente di Kavanaugh, il quale tuttavia, non rimanda solo ai legislatori nazionali ma parla più in generale di processo democratico, tanto a livello statale che federale, lasciando intendere che la battaglia sulla regolamentazione dell'aborto potrebbe avvenire ai due livelli (statale e federale) e anche attraverso diverse forme di *decision-making* (non solo legislative, ma anche di democrazia diretta o deliberativa). Un altro aspetto dell'*opinion* di Kavanaugh meritevole di attenzione è quello relativo alla centralità che, nel suo ragionamento, assume il concetto di "neutralità" della Costituzione in materia di aborto³¹, concetto che si potrebbe logicamente estendere rispetto a tutti quei temi etici non contemplati al momento dell'adozione e ratifica del testo costituzionale. Afferma, infatti, Kavanaugh: «on the question of abortion, the Constitution is therefore neither pro-life nor pro-choice. The Constitution is neutral and leaves the issue for the people and their elected representatives to resolve through the democratic process in the States or Congress». Vi è poi un passaggio della *concurring* particolarmente significativo: laddove Kavanaugh, in un non troppo celato dialogo con alcuni *amici curiae*, afferma che «the Constitution neither outlaws abortion nor legalizes abortion». Kavanaugh sembra dunque escludere un *overruling* di *Roe* che si spinga ad abbracciare le posizioni di matrice originalista a sostegno dell'incostituzionalità dell'aborto³².

In definitiva, al termine del percorso argomentativo che in questa sede si è ricostruito, afferma la Corte, «we [...] hold that the Constitution does not confer a right to abortion. *Roe* and *Casey* must be overruled, and the authority to regulate abortion must be returned to the people and their elected representatives»³³.

Da questa prospettiva, dunque, *Dobbs* è stata definita come «a case which overrules the personal policy preferences of the *Roe* and *Casey* majorities and properly returns the regulation of abortion to the States, where it resided for almost two hundred years before *Roe*»³⁴.

³⁰ Sul ruolo degli Stati federali nella regolamentazione dell'aborto *post-Dobbs*, cfr. D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground*, in *Columbia Law Review*, 123, 2023, forthcoming.

³¹ N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).

³² «Some amicus briefs argue that the Court today should not only overrule *Roe* and return to a position of judicial neutrality on abortion, but should go further and hold that the Constitution outlaws abortion throughout the United States. No Justice of this Court has ever advanced that position. I respect those who advocate for that position, just as I respect those who argue that this Court should hold that the Constitution legalizes pre-viability abortion throughout the United States. But both positions are wrong as a constitutional matter, in my view. The Constitution neither outlaws abortion nor legalizes abortion. To be clear, then, the Court's decision today does not outlaw abortion throughout the United States. On the contrary, the Court's decision properly leaves the question of abortion for the people and their elected representatives in the democratic process» (597 U. S. ____ (2022), Kavanaugh, J., concurring, 3).

³³ 597 U. S. ____ (2022), 69.

³⁴ D. WEISBERG, *Is Dobbs an Instance of Originalism? Yes and No*, in *The Originalism Blog*, 10 agosto 2022.

Del resto, alla luce della teoria della sovranità popolare in ottica originalista, già Lash aveva sostenuto che *Roe* «should be treated as presumptively in need of reversal». Infatti, *Roe* «cut off the process of legislative review of the issue and seriously undermined the perceived legitimacy of the Court in the eyes of a significant portion of the public. The divisiveness of the issue precluded any supermajoritarian response, and to the extent that political mobilization has occurred, it has resulted in a deeply politicized judicial appointment process»³⁵.

4. L'aborto negli Stati nell'era post-*Dobbs*

Quale sia la reale portata di *Dobbs* dipenderà molto dall'atteggiamento dei legislatori statali, ovvero se interpreteranno questa apertura verso il loro fondamentale ruolo per la regolamentazione dell'aborto con senso di responsabilità nella consapevolezza del carattere pluralistico dell'ordinamento o se, invece, non faranno altro che perpetuare la sterile contrapposizione tra posizioni *pro-life* e *pro-choice*.

Dipenderà anche dallo sviluppo di modelli deliberativi che verranno messi in atto a livello statale per regolamentare l'accesso all'aborto. Più difficile sembra, invece, potersi prospettare un intervento federale in materia, alla luce della mancanza di competenza legislativa del livello centrale.

Quello che più certamente si può affermare è che *Dobbs* sembra essere il naturale approdo di un cortocircuito che ha segnato la questione dell'aborto negli Stati Uniti: nel tentativo di sottrarre la questione all'arena politica avocando a sé l'ultima parola, la Corte Suprema ha finito per iperpoliticizzare la questione dell'aborto, fino a farla coincidere con le dinamiche politiche sottese alla composizione della Corte.

Roe, infatti, ha definitivamente orientato il dibattito americano in tema di aborto in termini opposti, senza lasciare margini alla negoziazione politica. E così, la politica dell'aborto negli Stati si è giocata a livello statale, dove alcuni Stati hanno continuamente introdotto legislazioni di stampo restrittivo volte a bandire l'aborto in determinate circostanze o a richiedere il rispetto di condizioni onerose tanto per i medici quanto per le donne. Si è trattato di un atteggiamento di aperta sfida, il cui obiettivo ultimo è stato proprio quello di alimentare il contenzioso costituzionale e di scalfire, qualora la Corte si fosse trovata in una determinata composizione, i principi sanciti da *Roe*.

Anche alla luce di quest'ultima considerazione, si può condividere l'affermazione di Greene secondo la quale «at the federal level, the politics of abortion is simply the politics of judicial appointments. When the Court makes political compromise impossible, the losing side sees changing the Court as its only legal option»³⁶.

A questo proposito, il modello europeo e, in particolare, quello tedesco mostrano un diverso possibile approccio, dagli esiti meno conflittuali e controversi: «abortion is a subject of German politics not because Germans agree about abortion any more than Americans do, but in significant part, because Germany's highest court sought to put abortion into politics instead of trying to take it out. That is just what courts should be doing in a divided society»³⁷.

³⁵ K.T. LASH, *Originalism, Popular Sovereignty and Reverse Stare Decisis*, in *Virginia Law Review*, 93, 2007, 1470.

³⁶ J. GREENE, *How Rights went wrong*, Boston, 2021, 132.

³⁷ *Ivi*, 137.

In definitiva, la de-costituzionalizzazione della questione dell'aborto operata da *Dobbs*, se certamente rappresenta un approdo dagli esiti problematici, apre tuttavia anche a diversi scenari, in cui, se il ruolo del livello federale pare tutto sommato limitato, grande rilievo avranno le scelte degli Stati e, ancor prima, quelle degli elettori e delle elettrici, nell'eleggere rappresentanti portatori di visioni che possano contribuire all'avanzamento nella tutela dei diritti fondamentali e offrire soluzioni in grado di gestire la complessità di società sempre più polarizzate.

Le aporie del caso *Dobbs* ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse

Marco Dani*

THE APORIAS OF *DOBBS* AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION IN MORALLY CONTENTIOUS ISSUES

ABSTRACT: The US constitutional experience with regard to abortion rights provides a textbook example of the inability of constitutional adjudication to transcend the divisions of ordinary politics. This thesis is articulated through an examination of a series of aporias found in the reasoning of *Dobbs* regarding the existence of a constitutional right to abortion, the appropriateness of transcending *Roe*, and the role of constitutional adjudication in morally controversial cases. The lesson to be drawn from this jurisprudential involution is that constitutional adjudication should be neither heroic nor renouncing, but should, if anything, be modest: while the solution to social problems is primarily the responsibility of the legislature, the task of constitutional judges is setting the limits of tolerance against which legislative determinations must be measured.

KEYWORDS: Abortion; constitutional adjudication; US Supreme Court; counter-majoritarian difficulty; judicial modesty

ABSTRACT: L'esperienza costituzionale americana in materia di diritto all'aborto costituisce un caso di scuola che dimostra l'incapacità della giustizia costituzionale di trascendere le divisioni della politica ordinaria. Tale tesi è articolata attraverso l'esame di una serie di aporie rinvenibili nelle motivazioni del caso *Dobbs* riguardanti l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto, l'opportunità di superare il precedente *Roe* e il ruolo della giustizia costituzionale in casi moralmente controversi. La lezione che si trae da questa involuzione giurisprudenziale è che la giustizia costituzionale non dovrebbe essere né eroica né rinunciataria, ma semmai dovrebbe essere modesta: mentre la soluzione dei problemi sociali spetta in primo luogo al legislatore, ad essa compete la funzione di fissare i limiti di tolleranza rispetto a cui si devono misurare le scelte normative del legislatore.

PAROLE CHIAVE: Aborto; controllo di costituzionalità; difficoltà contro-maggioritaria; Corte Suprema USA; nucleo essenziale dei diritti costituzionali

* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento. Mail: marco.dani@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'aporia *in nuce* in *Roe v Wade* – 3. Le aporie di *Dobbs* – 4. Ipotesi di uscita dall'aporia – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

In *The Core of the Case Against Judicial Review*¹ Jeremy Waldron ricorda che, in occasione del dibattito parlamentare sul *Medical Termination of Pregnancy Bill* tenutosi alla House of Commons nel 1966, parlamentari *pro-life* e *pro-choice* appartenenti indiscriminatamente al partito laburista o a quello conservatore discussero appassionatamente il tema dell'interruzione volontaria di gravidanza, dimostrando attenzione e rispetto reciproci per le loro rispettive posizioni. Quando dalla discussione si iniziò a capire che la componente *pro-choice* avrebbe alla fine prevalso, i parlamentari *pro-life* riconobbero pubblicamente l'apertura ed il rispetto riservato alle loro istanze nel procedimento legislativo, un fatto questo che avrebbe contribuito in maniera determinante alla legittimazione politica dell'atto legislativo in via di approvazione².

Nell'argomentazione di Waldron, l'episodio riportato non serve solo a documentare la capacità delle assemblee legislative di affrontare in modo serio e ponderato questioni così delicate come quella dell'aborto. L'*iter* parlamentare del *Medical Termination of Pregnancy Bill* dimostra come, in un sistema costituzionale tutt'ora imperniato su una concezione maggioritaria della democrazia, sia possibile conseguire un grado di unità politica su questioni moralmente controverse semplicemente inimmaginabile in sistemi, come quello degli Stati Uniti d'America, dove ci si gloria di concepire la democrazia in senso costituzionale e di dirimere le questioni moralmente controverse nel *forum of principle* delle corti³. Non senza una punta di perfidia, infatti, a chiosa della rievocazione Waldron si chiede quante volte negli Stati Uniti gli esponenti del fronte *pro-life* si siano congratulati con la Corte Suprema per l'attenzione ed il rispetto loro riservato in *Roe v Wade*⁴.

Non vi è dubbio, all'interno dell'impostazione teorica di Waldron il caso dell'aborto è senz'altro suggestivo, benché il grado di unità o di polarizzazione politica nel Regno Unito o negli Stati Uniti sia probabilmente da ricondursi a variabili diverse (o ulteriori) dalla concezione di democrazia in essi accolta. Ma su un punto Waldron, scrivendo nel 2006, coglieva indubbiamente nel segno: a differenza del *Medical Termination of Pregnancy Bill*, *Roe* non era ancora riuscita ad aggregare quel grado di consenso e di unità politica che normalmente ci si aspetta in relazione ad un principio o a un precedente costituzionale. Prova questa del fatto che, almeno in quella vicenda, la giustizia costituzionale non era riuscita ad esprimere pienamente il proprio valore aggiunto istituzionale e a porsi come fattore di coesione all'interno della comunità politica⁵.

¹ J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 115, 2006, 1384-1385.

² Il dibattito sarebbe sfociato nell'approvazione dell'*Abortion Act* (1967).

³ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge Massachussets, 1986, 33, 69-71.

⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵ Sulla giustizia costituzionale come custode dei principi sottratti alla competizione politica si veda, tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quaderni Costituzionali*, XXV, 2005, 273, 275-277. Va da sé che l'unità a cui si aspira in una democrazia costituzionale non è un'unità organica, ma un'unità di azione resa possibile dal compromesso, cfr. K. HESSE, *Concetto e caratteristiche della costituzione*, in K. HESSE, *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse* (a cura di A. DI MARTINO e G. REPETTO), Napoli, 2014, 61, 65-68.

Più che trarne argomenti decisivi contro il controllo di costituzionalità delle leggi in generale, da quel caso si potevano ricavare conclusioni non proprio lusinghiere sulla bontà degli argomenti e della soluzione specificamente sviluppati in *Roe*. Argomenti e soluzione che, come è noto, già erano stati criticati nelle opinioni dissenzienti a quella pronuncia, nella valanga di commenti ad essa seguiti e in un dibattito pubblico durato quasi quarant'anni. Per arrivare, infine (anche se di una fine probabilmente non si può ancora parlare), alla pronuncia in *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*⁶, dove *Roe* sarebbe stata travolta, senza per questo mettere fine alla diatriba, ma alimentando anzi una nuova fase di contestazione della Corte Suprema e di mobilitazione politica sui diritti riproduttivi e l'interruzione volontaria di gravidanza. In un simile contesto, non sorprende che le tesi di Waldron e del *political constitutionalism* ritornino a suscitare interesse⁷, perché è proprio quando la giustizia costituzionale non riesce a distanziarsi dalla politica ordinaria e ad individuare un punto sufficientemente fermo che il suo ruolo di ancora per la democrazia finisce inesorabilmente essere messo in discussione⁸.

Questo articolo presenta il caso *Dobbs* come un caso di scuola in cui la giustizia costituzionale non si è dimostrata all'altezza della funzione ad essa assegnata in una democrazia costituzionale. Quando i giudici costituzionali non riescono a trascendere le divisioni della politica ordinaria, essi finiscono per svolgere, in maniera più o meno militante e più o meno esplicita, il ruolo di partecipanti in quella dialettica politica. Le opinioni da essi formulate possono fornire un sostegno argomentativo più raffinato e consapevole alle posizioni politiche in campo, ma raramente riescono ad aggregare quel più elevato grado di consenso che è necessario per la formulazione di soluzioni sufficientemente condivise e stabili nel tempo. Così facendo, le pronunce costituzionali danno vita ad una serie di aporie⁹, la cui soluzione finisce per dipendere dalla composizione contingente del collegio giudicante. Nella convinzione che un simile esito possa contribuire solo al discredito della giustizia costituzionale, si ritiene che compito dei giudici costituzionali sia anzitutto quello di recuperare una certa distanza dalla politica ordinaria e di costruire quel quadro condiviso di principi entro cui quella si dovrebbe svolgere. Se questo è l'obiettivo, i giudici costituzionali sono chiamati ad un ruolo più modesto: mentre la soluzione dei problemi sociali spetta in primo luogo al legislatore, ad essi compete la funzione di fissare i limiti di tolleranza rispetto a cui si devono misurare le scelte normative del legislatore (o dei legislatori)¹⁰.

La trattazione segue la seguente traccia: essa inizia evidenziando come già *Roe* fosse contrassegnata da una pluralità di aporie, la più importante delle quali attinente proprio al ruolo della giustizia costituzionale in questioni politicamente salienti. Si prosegue esaminando le aporie di *Dobbs*, riguardanti l'esistenza del diritto costituzionale all'aborto, i criteri per l'*overruling* dei precedenti costituzionali e,

⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U. S. ____ (2022).

⁷ Cfr., per esempio, S. MOYN, *Counting on the Supreme Court to uphold key rights was always a mistake Liberals are re-learning the lesson that only democratically enacted rights are reliable*, in *Washington Post*, 17 giugno 2022, disponibile a <https://www.washingtonpost.com/outlook/2022/06/17/supreme-court-rights-congress-democracy>.

⁸ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 15-17.

⁹ L'andamento dicotomico di questo tipo di pronunce è segnalato anche da S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 2022, 3, 1609-1610.

¹⁰ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 2018, 52-53.

infine, il ruolo della giustizia costituzionale. La trattazione si chiude con l'analisi di alcune possibili vie d'uscita dalle aporie: dopo aver evidenziato le difficoltà insite nei criteri espressi dalla Corte Suprema nella celebre *footnote four* di *Carolene Products* (1938), si osserva come una soluzione più condivisa alla questione posta in *Dobbs* si sarebbe potuta ottenere attraverso la definizione dei nuclei intangibili dei diritti costituzionali in questione. La trattazione conclude osservando che qualche spunto in questa direzione si può rinvenire nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts.

2. L'aporia in nuce in *Roe v Wade*

Che per la giustizia costituzionale sia difficile elevarsi al di sopra delle parti in causa in tema di aborto è un dato riscontrabile sin da *Roe v Wade*. Già in quella pronuncia ci troviamo di fronte ad una Corte Suprema divisa, con fratture che ricalcano la spaccatura politica tra posizioni *pro choice* e *pro life*. Se questa è la faglia senz'altro più spettacolare, che si rinviene in relazione alle posizioni espresse in merito al riconoscimento della tutela dell'aborto come parte del *right of privacy* e alla contestuale rivalutazione della *substantive due process clause*, più importante ai nostri fini è un'altra e più profonda spaccatura che si intravede nitidamente con riferimento al ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse.

La diversità di impostazione emerge in maniera molto esplicita dapprima nella opinione della Corte, redatta dal giudice Blackmun:

We forthwith acknowledge our awareness of the sensitive and emotional nature of the abortion controversy, of the vigorous opposing views, even among physicians, and of the deep and seemingly absolute convictions that the subject inspires [...]. Our task, of course, is to resolve the issue by constitutional measurement, free of emotion and predilection. We seek earnestly to do this, and, because we do, we have inquired into, and in this opinion place some emphasis upon, medical and medical-legal history and what that history reveals about man's attitudes towards the abortion procedure over the centuries¹¹

In casi riguardanti controversie morali e politiche, ci dice Blackmun, il ruolo della giustizia costituzionale è tutt'altro che modesto. Il compito dei giudici non è tanto quello di facilitare l'espressione del conflitto politico, di ricondurlo all'interno di un perimetro condiviso e di assicurarsi che la mediazione delle posizioni contrapposte sia effettuata attraverso le procedure della democrazia rappresentativa. Investita da questioni così salienti, la Corte è chiamata ad un ruolo per così dire eroico, ovvero a decidere il conflitto (*to resolve the issue*) in maniera spassionata (*by constitutional measurement, free of emotion and predilection*). Quasi che a quella controversia sia possibile dare una sola risposta corretta e che, nell'incapacità delle istituzioni politiche di individuarla, spetti al giudice-demiurgo formularla ed infine imporla autoritativamente sulla società. Se è indubbio che un simile approccio vanti un autorevole riscontro teorico¹², è altrettanto evidente la distanza che intercorre tra questa opinione e la celebre critica di Oliver Wendell Holmes alla maggioranza di *Lochner v State of New York*¹³, tacciata di aver dichiarato l'incostituzionalità della legislazione sui limiti massimi all'orario di lavoro dei fornai

¹¹ *Roe v Wade*, 116-117.

¹² R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge Massachussets, 1997.

¹³ *Lochner v State of New York*, 198 U.S. 45 (1905).

in ragione di una discutibile predilezione per la dottrina del *laissez-faire* economico. A leggere Blackmun, parrebbe che la costituzione americana contenga una specifica teoria sull'aborto e, pertanto, che a questo riguardo quel documento non instauri un ordinamento costituzionale aperto (*made for people of fundamentally differing views*)¹⁴.

L'accusa di *Lochnering* costituirà un tratto costante della letteratura critica nei confronti di *Roe*¹⁵ che verrà a più riprese riproposta anche in *Dobbs*¹⁶. Ma questa linea argomentativa trova già nell'opinione dissenziente del giudice Rehnquist un puntuale riferimento che, per quanto in maniera meno esplicita rispetto al posizionamento programmatico di Blackmun, implica per la Corte suprema un ruolo più defilato. Afferma infatti Rehnquist:

If the court means by the term "privacy" no more than that the claim of a person to be free from unwanted state regulation of consensual transactions may be a form of "liberty" protected by the Fourteenth Amendment, there is no doubt that similar claims have been upheld in our earlier decisions on the basis of that liberty [...] The test traditionally applied in the area of social and economic legislation is whether or not a law such as that challenged has a rational relation to a valid state objective. The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment undoubtedly does place a limit, albeit a broad one, on legislative power to enact laws such as this [...]. But the Court's sweeping invalidation of any restriction on abortion during the first trimester is impossible to justify under that standard, and the conscious weighing of competing factors that the Court's opinion apparently substitutes for the established test is far more appropriate to a legislative judgment than to a judicial one.

Insomma, secondo Rehnquist si può pure ammettere che l'aborto ricada in un ambito di libertà protetto, almeno *prima facie*, dal XIV emendamento. Tuttavia, le leggi che limitano tale libertà sono soggette a un tipo di controllo di costituzionalità piuttosto deferente, a ben vedere proprio quel criterio di giudizio (il *rationality test*) che il giudice Holmes avrebbe voluto applicare alle leggi di natura economica e sociale in *Lochner*. Ecco allora che, se quello è il criterio di giudizio più corretto, compito della Corte non è intestarsi il bilanciamento degli interessi in gioco, ma semplicemente verificare la coerenza dei mezzi predisposti dal legislatore con l'obiettivo da esso legittimamente perseguito. Come si vedrà, a distanza di quarant'anni proprio questo sarà l'orientamento ispiratore dell'*overruling* di *Roe*¹⁷. Coerentemente con le impostazioni giurisprudenziali fatte proprie dalla Corte Suprema in reazione a *Lochner*¹⁸, il *right of privacy* riceverà in relazione all'aborto una protezione sostanzialmen-

¹⁴ «But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States», cfr. *Dissenting opinion* del giudice Holmes in *Lochner*.

¹⁵ Si veda, per esempio, J. ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *The Yale Law Journal*, 82, 1973, 937-949.

¹⁶ Opinion of the Court, *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*, 14 e 40.

¹⁷ Con la notevole differenza che in *Dobbs* si negherà recisamente la possibilità di ricondurre l'aborto all'interno dell'ombrello protettivo del XIV emendamento.

¹⁸ Sulla reazione a *Lochner* si vedano, tra gli altri, S. CHOUDRY, *The Lochner era and comparative constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, 1-55, e L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. CHOUDRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge Massachusetts, 2006, 83-113.

te evanescente: nella misura in cui il legislatore si attiene a standard minimi di razionalità nel configurare i suoi interventi, il *right of privacy* è interamente *up for grabs*¹⁹. Nessun ambito di indisponibilità a tutela della salute e autodeterminazione della donna potrà allora opporsi al legislatore²⁰, suscitando così la sensazione di una sostanziale abdicazione della giustizia costituzionale alla sua funzione di garante dei diritti.

3. Le aporie di *Dobbs*

L'originaria aporia riscontrata in *Roe* si ripropone in forme e toni ancora più accentuati in *Dobbs*. Tre sono gli ambiti principali in cui affiorano le fratture interne alla Corte Suprema. Il primo è quello riguardante l'esistenza di un diritto costituzionale all'aborto. Ed è proprio su questo punto che si assiste all'*overruling*: lapidarie sono le parole del giudice Alito, l'autore dell'opinione della Corte, con cui si nega che il XIV emendamento tuteli il diritto all'aborto e, di conseguenza, che le prescrizioni formulate in *Roe* e ridefinite nel caso *Casey* continuino a vincolare i legislatori statali²¹. Ma se è incontestabile che la Costituzione non protegge espressamente il diritto all'aborto, più discutibile è l'argomento impiegato per giustificare l'interpretazione restrittiva del XIV emendamento, soprattutto se si considera il ricorso non certo parsimonioso a questa norma per enucleare nuovi diritti²². Per ridefinire l'ambito applicativo della *due process clause*, Alito rinvia alla tesi che permetterebbe di impiegare la tutela solo di diritti fortemente radicati nella storia costituzionale americana²³. Insomma, secondo Alito e gli altri giudici di maggioranza, a difettare nel caso dell'aborto sarebbe quel profondo radicamento nella storia e nella tradizione che ci si attende per i diritti costituzionali. In assenza di quel requisito (che, non è superfluo notare, è anch'esso privo di riscontri espliciti nel testo costituzionale), la Corte finirebbe per rimanere in balia di un relativismo interpretativo che mal si concilia con il suo ruolo²⁴.

A ben vedere, nulla di nuovo o di inaspettato: Alito e i suoi colleghi non fanno altro che riproporre alcuni dei *topoi* più collaudati del testualismo originalista²⁵. Ma nemmeno la replica dei giudici dissen-

¹⁹ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999, 303-305.

²⁰ Lo stesso dicasi per un obbligo di protezione del feto, anche nelle fasi più avanzate della gestazione.

²¹ «The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely – the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment», cfr. *Dobbs* (Opinion of the Court), 5.

²² Si considerino, solo a titolo di esempio, i casi *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965) e *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015).

²³ «[The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment] can be held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty” ... The right to abortion does not fall into this category because until the latter part of the 20th century was entirely unknown in American law ...», cfr. *Dobbs* (Opinion of the Court), 5.

²⁴ «In interpreting what is meant by the Fourteenth Amendment’s reference to “liberty” we must guard against the natural human tendency to confuse what that Amendment protects with our own ardent views about the liberty that Americans should enjoy ...», cfr. *Dobbs* (Opinion of the Court), 14.

²⁵ Su cui si vedano le considerazioni di C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Rivista AIC*, 07/2022, L. P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, ibidem e O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, ibidem.

zienti spicca per originalità. Di fronte dell'invocazione di storia e tradizione, non stupisce che i giudici di inclinazione *liberal* contrappongano l'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali quale tecnica più adatta ad aggiornarne il significato alla luce di mutate circostanze sociali e culturali²⁶. Così come è largamente prevedibile anche la critica all'approccio originalista, tacciato di privilegiare soluzioni normative concepite in epoche in cui le donne erano prive del diritto di voto e oggetto di discriminazione²⁷. Infine, nessuna sorpresa suscita anche la rivendicazione della bontà della soluzione avanzata in *Roe*, presentata come un tentativo di bilanciamento senza il quale le donne, con buona pace di Waldron, si troveranno inevitabilmente esposte all'arbitrio dei legislatori statali e federali²⁸. Nemmeno su questioni all'apparenza più tecniche, quale potrebbe essere l'applicazione della regola dello *stare decisis*, i giudici della Corte riescono a sfuggire all'aporia. Il dato riveste una particolare importanza se, come si è correttamente osservato²⁹, nella fase di giustizia costituzionale aperta dalle nomine trumpiane proprio il tema della tenuta dei precedenti di segno *liberal* diventerà il principale terreno di scontro all'interno della Corte Suprema. Non deve sorprendere allora che anche in materia di precedente vincolante traspaia una certa strumentalità nelle posizioni espresse dai giudici. A questo riguardo si assiste ad una bizzarra inversione dei ruoli. Se poco fa avevamo lasciato il giudice Alito a tessere le lodi della storia, della tradizione e, ci si sarebbe aspettati, anche della continuità dei precedenti, in materia di *stare decisis* lo ritroviamo invece alquanto disinvolto nello sbarazzarsi di *Roe*³⁰. Ma analogamente sospetta è la difesa di quel precedente da parte dei giudici in minoranza: se poco fa li abbiamo visti attenti ai mutamenti sociali e alla necessità di aggiornare la giurisprudenza della Corte ai progressi scientifici, nessuna disponibilità traspare dalla loro opinione in merito ad una possibile riconsiderazione di *Roe*³¹. A titolo di esempio, notevoli sono stati gli sviluppi nel frattempo intervenuti nelle tecniche contraccettive e i progressi medici nella cura dei neonati prematuri, ma no-

²⁶ «The Framers defined rights in general terms, to permit future evolution in their scope and meaning. And over the course of our history, this Court has taken up the Framers' invitation. It has kept true to the Framers' principles by applying them in new ways, responsive to new societal understandings and conditions», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 16.

²⁷ «Those responsible for the original Constitution, including the Fourteenth Amendment, did not perceive women as equals, and did not recognize women's rights. When the majority says that we must read our foundational charter as viewed at the time of ratification ... it consigns women to second-class citizenship», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 15. Si veda al riguardo E. STRADELLA, *La decostruzione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022, 209, dove si afferma l'inutilizzabilità dell'originalismo in versione tradizionalista in una prospettiva orientata al genere.

²⁸ «The constitutional regime we have lived in for the last 50 years recognized competing interests, and sought a balance between them. The constitutional regime we enter today erases the woman's interest and recognizes only the State's (or the Federal Government's) », cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 12.

²⁹ G. ROMEO, *La neogiudice Ketanij Brown Jackson e l'enigma della nuova Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, 709-712.

³⁰ «*Stare decisis* ... does not compel unending adherence to *Roe's* abuse of judicial authority. *Roe* was egregiously wrong from the start. Its reasoning was exceptionally weak, and the decision has had damaging consequences. And far from bringing about a national settlement of the abortion issue, *Roe* and *Casey* have enflamed debate and deepened division», cfr. *Dobbs (Opinione della Corte)*, 5-6.

³¹ «No recent developments, in either law or fact, have eroded or cast doubt on those precedents. Nothing, in short, has changed ...», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 6.

nostante ciò in nessun punto della loro opinione i giudici di minoranza sembrano aprire ad una revisione del requisito della *viability*.

Se queste sono le premesse, è scontato che su ciascuna delle cinque ragioni canoniche³² che possono giustificare il superamento di un precedente i giudici della Corte Suprema arrivino a conclusioni diametralmente opposte. La divaricazione darà luogo ad una vera e propria *escalation*, al culmine della quale i giudici di minoranza arriveranno a dire apertamente quello che in tanti pensano, ovvero che l'unica ragione alla base dell'*overruling* sia la mutata composizione della Corte³³. Di qui la denuncia dei rischi per l'indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale che, una volta svincolato da un rigoroso ancoraggio al precedente, finirebbe per operare in modo del tutto analogo a quello delle istituzioni politiche³⁴. Tutto vero e tutto condivisibile, non fosse che sul punto anche il fronte *liberal* non può vantare alcuna verginità. Non è un segreto che, all'indomani della pronuncia in *Dobbs*, dalle fila del partito democratico si sia minacciosamente rievocato il *Court-packing plan* di Franklin Delano Roosevelt come possibile strategia per reagire allo *switch-in-time* dei giudici conservatori³⁵.

Ce ne sarebbe abbastanza per chiedere ai giudici di prendersi una pausa per riflettere sull'opportunità e sull'utilità di un simile tiro alla fune. Ma nulla di tutto ciò è in vista e viene naturale allora chiedersi: *what's next?* Sono gli stessi giudici a cimentarsi in previsioni. Alito, in un sussulto di prudenza, ci tiene a circoscrivere l'*overruling* alla sola questione del diritto all'aborto³⁶. È il giudice Thomas, invece, nella propria *concurring opinion*, a distinguersi dai suoi colleghi della maggioranza per affermare candidamente che potremmo essere solo all'inizio di un più ampio programma di *overruling* riguardante tutti i precedenti in cui si è data applicazione alla *substantive due process clause*³⁷. Ne risultano confermati i peggiori sospetti dei giudici *liberal* che, come da copione, si mostrano pronti a suonare l'allarme, non senza aver denunciato l'ipocrisia dei colleghi di maggioranza³⁸.

³² Si fa riferimento in particolare alla natura dell'errore dei precedenti superati, alla qualità dell'argomentazione, alle proprietà operative delle regole imposte dal precedente, agli effetti destabilizzanti del precedente in altre aree del diritto e all'assenza di un concreto affidamento da parte dei consociati in merito alla tenuta del precedente.

³³ «The Court reverses course today for one reason and one reason only: because the composition of this Court has changed», cfr. *Dobbs* (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor), 6.

³⁴ «... to reverse prior law “upon a ground no firmer than a change in [the Court’s] membership” ... would invite the view that “this institution is little different from the two political branches of the Government” », cfr. *Dobbs* (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor), 60.

³⁵ J. CHAIT, *Democrats Must Reform the Supreme Court to Save It* Republicans won control of the Court playing by the rules. *The rules are bad*, in *Intelligencer – New York Magazine*, disponibile a <https://nymag.com/intelligencer/article/democrats-reform-the-supreme-court-pack-roe-epa.html>. Per una ricostruzione delle vicende attorno al *Court-packing plan* si vedano i classici W. E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*, New York, 2009), 231-239 e B. ACKERMAN, *We, the People. Transformations*, Cambridge Massachussets, 1998, 290-343.

³⁶ «... we emphasize that our decision concerns the constitutional right to abortion and no other right. Nothing in this opinion should be understood to cast doubt on precedents that do not concern abortion», cfr. *Dobbs* (Opinione della Corte), 66.

³⁷ «Substantive due process conflicts with that textual command [il XIV emendamento] and has harmed our country in many ways. Accordingly, we should eliminate it from our jurisprudence at the earliest opportunity», cfr. *Dobbs* (Concurring Opinion del giudice Thomas), 7.

³⁸ «The majority (or to be more accurate, most of it) is eager to tell us today that nothing it does “cast[s] doubt on precedents that do not concern abortion.” ... But how could that be? The lone rationale for what the major-

Ma non sono solo le questioni riguardanti l'estensione del XIV emendamento e la tenuta della regola dello *stare decisis* a dividere la Corte Suprema. Come già in *Roe*, alla base di queste divaricazioni troviamo diverse impostazioni teoriche, da cui scaturiscono diverse concezioni del ruolo della giustizia costituzionale. Anche a questo riguardo la pubblicità delle opinioni separate consente ai giudici di esprimere con schiettezza le loro preferenze. Come anticipato, in poco o in nulla essi si discosteranno dalle posizioni assunte a suo tempo da Blackmun e Rehnquist in *Roe*.

Ecco, allora, Alito intento sin dall'inizio a rimarcare la natura divisiva dell'aborto e a sottolineare, sulla scia di Holmes, l'inesistenza di una *theory of life* nella Costituzione³⁹. Di qui, la via è breve per restituire l'aborto alle assemblee legislative degli stati, nella convinzione che quelle siano le sedi più indicate per procedere alla sua regolamentazione⁴⁰. Ne potrebbe discendere la sensazione di un ritorno alla normalità democratica e, aspetto questo da non trascurare, di un sostanziale agnosticismo dei giudici di maggioranza. Sul punto insisterà in particolare il giudice Kavanaugh, con una *concurring opinion* diretta a sottolineare la neutralità della Costituzione e, si potrebbe pensare, dei giudici che così la interpretano⁴¹. E senza dubbio questo costituisce un elemento distintivo tra l'opinione di maggioranza e quella di minoranza: se il posizionamento *pro choice* di questi ultimi è esplicito, non altrettanto si può dire per le preferenze *pro life* dei primi. Ma altre considerazioni inducono a pensare che l'agnosticismo sia, per così dire, un espediente argomentativo che cela posizioni apertamente conservatrici⁴². O almeno così sembrano pensarla i giudici di minoranza quando affermano che, in materia di diritti, la Corte non agisce in maniera neutrale quando toglie un diritto alle donne per consenti-

ity does today is that the right to elect an abortion is not “deeply rooted in history” ... The same could be said, though, of most of the rights the majority claims it is not tampering with ... So one of two things must be true. Either the majority does not really believe in its own reasoning. Or if it does, all rights that have no history stretching back to the mid19th century are insecure. Either the mass of the majority’s opinion is hypocrisy, or additional constitutional rights are under threat. It is one or the other», cfr. *Dobbs (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor)*, 5.

³⁹ «Abortion presents a profound moral issue on which Americans hold sharply conflicting views ... Our opinion is not based on any view about if and when prenatal life is entitled to any of the rights enjoyed after birth. The dissent, by contrast, would impose on the people a particular theory about when the rights of personhood begin. According to the dissent, the Constitution requires the States to regard a fetus as lacking even the most basic human right—to live—at least until an arbitrary point in a pregnancy has passed. Nothing in the Constitution or in our Nation’s legal traditions authorizes the Court to adopt that ‘theory of life’», cfr. *Dobbs (Opinione della Corte)*, 1.

⁴⁰ «It is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people’s elected representatives. “The permissibility of abortion, and the limitations, upon it, are to be resolved like most important questions in our democracy: by citizens trying to persuade one another and then voting ... That is what the Constitution and the rule of law demand», cfr. *Dobbs (Opinione della Corte)*, 6.

⁴¹ «Because the Constitution is neutral on the issue of abortion, this Court also must be scrupulously neutral. The nine unelected Members of this Court do not possess the constitutional authority to override the democratic process and to decree either a pro-life or a pro-choice abortion policy for all 330 million people in the United States up to the point of viability (about 24 weeks of pregnancy). The Court’s decision today properly returns the Court to a position of neutrality and restores the people’s authority to address the issue of abortion through the processes of democratic self-government established by the Constitution», cfr. *Dobbs (Concurring opinion del Giudice Kavanaugh)*, 3.

⁴² Così C. CARUSO, *op.cit.*, e E. STRADELLA, *op.cit.*

re agli stati di disciplinarlo⁴³. In posizioni di questo tipo traspare l'idea che, al di là di ogni astrazione, se lasciato a sé stesso il processo democratico-rappresentativo sia tutt'altro che neutrale. Spetta allora alla giustizia costituzionale schierarsi a difesa dei soggetti di fatto più vulnerabili, erigendo degli argini nei confronti dei legislatori a tutela dell'autodeterminazione individuale⁴⁴. Ma, anche ammesso che questo debba essere il ruolo dei giudici, una serie di questioni rimangono inevase: quali sono le situazioni di vulnerabilità che giustificerebbero la tutela giurisdizionale dei diritti? E quali criteri dovrebbero guidare il giudice nella definizione del livello di tutela di quelle libertà?

4. Ipotesi di uscita dall'aporia

Un riferimento classico per iniziare a rispondere a questi interrogativi è offerto dalla celebre *footnote four* del caso *Carole Products* deciso dalla Corte Suprema nel 1938⁴⁵. In quella nota, il giudice Harlan Stone formulava una serie di criteri che per alcuni decenni avrebbero ispirato la giustizia costituzionale americana, segnando il passaggio da una giurisprudenza incentrata sulla tutela delle libertà economiche ad una giurisprudenza più attenta ai diritti delle minoranze⁴⁶. È infatti nella *footnote four* che si registra il superamento della giurisprudenza *Lochner*, riscontrabile anzitutto nella presunzione di conformità costituzionale applicata alle norme legislative che, almeno a prima vista, non entrano in collisione con la Costituzione. Ed è sempre in questa nota che il controllo di costituzionalità inizia ad essere concepito come strumento funzionale alla creazione di un assetto istituzionale pienamente democratico, superando così la sterile contrapposizione tra originalismo e *non interpretivism*⁴⁷.

Compito dei giudici, secondo questa nuova dottrina, è anzitutto tenere aperti i canali del processo democratico, rimuovere i blocchi che ostruiscono la partecipazione democratica e, in quest'ottica, offrire una tutela rafforzata ai gruppi che, privi di tale sostegno, rischierebbero inesorabilmente di soccombere nel processo politico⁴⁸. Insomma, l'obiettivo della *footnote four* è quello di allentare la tensione originaria esistente tra legge e giustizia costituzionale, per instaurare un rapporto di sinergia at-

⁴³ «Withdrawing a woman's right to choose whether to continue a pregnancy does not mean that no choice is being made: it means that a majority of today's Court has wrenched this choice from women and given it to states» e ancora «... when it comes to rights, the Court does not act "neutrally" when it leaves everything up to the States. Rather, the Court acts neutrally when it protects the right against all comers. And to apply that point to the case here: When the Court decimates a right women have held for 50 years, the Court is not being "scrupulously neutral." It is instead taking sides: against women who wish to exercise the right, and for States (like Mississippi) that want to bar them from doing so», cfr. *Dobbs* (Dissenting Opinion dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor), 52 e 20-21.

⁴⁴ «We believe in a Constitution that puts some issues off limits to majority rule. Even in the face of public opposition, we uphold the rights of individuals ... to make their own choices and chart their own futures. Or at least, we did once», cfr. *Dobbs*, 7.

⁴⁵ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

⁴⁶ B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, in *Harvard Law Review*, 98, 1985, 713, 714-715.

⁴⁷ Cfr. J. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge Massachussets, 1981, vii, che proprio sulla *footnote four* costruisce la propria concezione proceduralista del controllo di costituzionalità.

⁴⁸ *Ibidem*. L'intervento giurisdizionale non è semplicemente diretto a rafforzare la partecipazione democratica di questi gruppi, ma arriva ad attribuire ad essi i risultati sostanziali che essi avrebbero conseguito se non fossero sistematicamente svantaggiati nel processo politico, v. B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 720.

traverso il quale il processo democratico dovrebbe giungere a compimento e la difficoltà contro-maggioritaria dovrebbe essere dissolta o, comunque, significativamente stemperata.

Aspetto critico di questa dottrina è l'individuazione dei gruppi verso cui si dovrebbe dirigere l'attivismo delle corti. La *footnote four* offre alcune indicazioni, elencando le minoranze religiose, nazionali e razziali. A fianco di queste, la Corte aggiunge poi le *discrete and insular minorities*, ovvero quelle minoranze caratterizzate da una certa visibilità (*discreteness*)⁴⁹ e da una sostanziale incapacità di affermarsi o, comunque, di influenzare il circuito democratico-rappresentativo (*insularity*)⁵⁰. Solo questi gruppi dovrebbero beneficiare della tutela delle corti, mentre per tutti gli altri dovrebbe bastare il normale gioco democratico per riuscire a fare valere i propri interessi.

Quali indicazioni si dovrebbero trarre da questa impostazione teorica e giurisprudenziale per la questione aborto? In particolare, è possibile qualificare le donne come una *discrete and insular minority*? La risposta a questo interrogativo è difficile⁵¹, perché con riferimento alle donne si deve constatare che, sebbene esse non siano una minoranza⁵², esse costituiscono altresì un gruppo storicamente bersaglio di discriminazioni e pregiudizi. Come applicare quindi la *footnote four* all'aborto? È più corretto, come vorrebbe la maggioranza in *Dobbs*, lasciare che la questione sia affrontata nelle assemblee legislative, dove le donne potranno fare valere le proprie istanze⁵³ o, viceversa, assicurare forme di tutela giurisdizionale à la *Roe*, in ragione delle situazioni di svantaggio che continuano a contraddistinguere il gruppo in questione? Come si vede, non è semplice risolvere l'aporia attraverso la *footnote four*, a maggior ragione se si considera che da tempo essa stessa è oggetto di critica. A distanza di anni dalla sua enunciazione, si è notato che in realtà le *discrete and insular minorities* riescono ad intervenire in maniera spesso determinante nel circuito democratico-rappresentativo, mentre sarebbero invece i gruppi più diffusi (come, ad esempio, le donne) ad incontrare ostacoli maggiori e, di conseguenza, a meritare forme più incisive di tutela da parte dei giudici⁵⁴.

Altre sono allora le strategie che dovrebbero essere intraprese per individuare il ruolo più adeguato alla giustizia costituzionale in merito alla questione aborto. In esse non si aspira ad assegnare alla giustizia costituzionale un ruolo di primo piano nel bilanciamento degli interessi in gioco, né si lascia interamente al legislatore il compito di disciplinare la materia in nome di una lettura formalista della Costituzione e di una pilatesca neutralità. Più promettente pare piuttosto l'idea di instaurare un circuito virtuoso di cooperazione tra legislatore e corti, al fine di riservare al primo la definizione di un punto di equilibrio che potrebbe variare a seconda degli equilibri politici, e alle seconde l'individuazione di quelle situazioni di vulnerabilità che, a prescindere dagli equilibri politici, richiedono una tutela costituzionale⁵⁵. A tal riguardo non è superfluo ricordare che la giurisprudenza costitu-

⁴⁹ *Ivi.*, 728-729.

⁵⁰ *Ivi.*, 720.

⁵¹ Si veda sul punto la discussione in J. ELY, *Democracy and Distrust*, cit., 164-170.

⁵² *Ivi.*, 164-165.

⁵³ Così anche N. ZANON, *La costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in *Rivista AIC*, 07/2022.

⁵⁴ B. ACKERMAN, *Beyond Carolene Products*, cit., 728-740.

⁵⁵ Il punto mi sembra espresso in maniera efficace da R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., 52-53, laddove osserva che «... la Costituzione non offre una soluzione univoca ai problemi di conciliazione dei suoi principi e di bilanciamento dei diritti che essa riconosce e tutela; [...] il compito di trovare il punto di equilibrio è lasciato al legislatore ordinario; ma [...] la discrezionalità politica del legislatore deve esprimersi entro i limiti fissati dalla Costituzione, cioè non può giungere a comprimere i principi e i diritti costituzionali fino al punto di annichilirli.

zionale europea ha maturato ormai un'invidiabile esperienza, in particolare attraverso la concezione debole dei diritti fondamentali, all'interno della quale il compito della giustizia costituzionale sarebbe anzitutto quello di proteggere i nuclei essenziali dei diritti nei confronti di leggi che dovessero entrare con essi in collisione⁵⁶.

Le ricadute di un simile approccio sulla questione del diritto all'aborto sarebbero estremamente significative. Assicurato al legislatore il compito di intervenire con una disciplina organica della materia, ai giudici costituzionali spetterebbe un ruolo più modesto di quello esercitato in *Roe*, ovvero quello di fissare i limiti di tolleranza per quella disciplina. Chiaramente anche questo tipo di attività implica un significativo margine di discrezionalità, ma se si pensa a situazioni di estrema gravità – come quelle riguardanti le gravidanze successive ad episodi di violenza o di incesto, i rischi per la vita e la salute della donna, le gravi malformazioni del feto, ecc. – si può abbastanza agevolmente stilare un inventario di circostanze in cui l'interruzione volontaria di gravidanza andrebbe garantita a prescindere da ogni intenzione contraria del legislatore⁵⁷. Vista da quest'angolazione, la soluzione avanzata dalla Corte Suprema in *Dobbs* è chiaramente deficitaria, poiché lascia al legislatore piena libertà per limitare o proibire l'aborto anche nelle situazioni più estreme. Allo stesso tempo, la stessa prospettiva consente anche di evidenziare i limiti della soluzione dettata in *Roe*: lungi dal tutelare solo il nucleo essenziale del diritto all'autodeterminazione della donna⁵⁸, la regola in essa formulata imponeva al legislatore uno specifico bilanciamento di interessi in cui si stabiliva inderogabilmente un elevato livello di tutela dei diritti della donna, ben superiore, ad esempio, a quello protetto dalla legislazione italiana⁵⁹. Inoltre, nella regola introdotta in *Roe*, nessuna tutela costituzionale era apprestata ai diritti del feto, ben potendo gli stati consentire l'interruzione volontaria della gravidanza anche nelle fasi più avanzate della gestazione.

Era possibile conseguire un risultato di questo tipo nel contesto della giustizia costituzionale americana? È noto che un concetto come il nucleo essenziale dei diritti fondamentali non è di uso corrente nella giurisprudenza della Corte Suprema e non è certo in una materia così divisiva come il diritto all'aborto che era ragionevole aspettarsi una convergenza tra la giurisprudenza costituzionale americana e quella europea. Nondimeno, qualche spunto nella direzione indicata può scorgersi nella *concurring opinion* del Chief Justice Roberts. Nella motivazione di questa opinione traspare un chiaro tentativo da parte del Chief Justice di scongiurare una radicale polarizzazione del collegio giudicante. Che questo fosse l'obiettivo della *concurring opinion* lo si riscontra dalla preferenza espressa per un approccio più graduale di ispirazione minimalista⁶⁰. Secondo Roberts, la Corte Suprema avrebbe dovuto procedere all'*overruling* di *Roe*, sul presupposto, condiviso con gli altri giudici della maggioran-

La Costituzione si limita a fissare i 'limiti di tolleranza' con cui devono fare i conti le variabili scelte normative. E qui entra in gioco la Corte costituzionale».

⁵⁶ Cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 91-93.

⁵⁷ Analogo discorso dovrebbe valere in relazione alla tutela del feto, soprattutto nelle fasi più avanzate della gravidanza.

⁵⁸ In questo senso, invece, mi sembra si esprima S. PENASA, *op.cit.*, 1615.

⁵⁹ Non va dimenticato che la legislazione dello stato del Mississippi oggetto del caso *Dobbs* garantiva il diritto ad abortire fino alla quindicesima settimana, offrendo quindi un livello di tutela di poco superiore a quello garantito dagli artt. 4 e 6 della legge 194/1978.

⁶⁰ C. R. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge Massachussets, 2001.

za, del dubbio fondamento costituzionale della *viability rule*⁶¹. L'*overruling*, tuttavia, non avrebbe dovuto portare al totale disconoscimento del diritto costituzionale all'aborto⁶². A giudizio del Chief Justice, la Corte Suprema avrebbe dovuto solo ridimensionarne il livello di tutela, in modo da lasciare al legislatore un più ampio margine di manovra. Non vi è dubbio, poi, che al momento di ridefinire il perimetro del diritto all'aborto Roberts sia estremamente vago⁶³, sintomo questo della obiettiva difficoltà di delineare il nucleo essenziale dei diritti e, forse, anche della consapevolezza di combattere una battaglia (almeno per ora) persa. In ogni caso, un principio il Chief Justice lo stabilisce con chiarezza, ovvero che ad ogni donna dovrebbe essere assicurata *a reasonable opportunity to choose*. Una formula che, in casi successivi e in circostanze più favorevoli avrebbe potuto ricevere una graduale specificazione. Così non è avvenuto e ciò che invece si prefigura è una nuova stagione di aperto scontro politico in cui non resterà che affidarsi, con Waldron, alla saggezza e alla misura dei legislatori.

5. Conclusioni

La traiettoria compiuta dalla Corte Suprema da *Roe* a *Dobbs* potrebbe essere descritta come il passaggio piuttosto improvviso (e, forse, anche improvvisato) da una giustizia costituzionale eroica ad una rinunciataria. Si è visto infatti che, mentre in *Roe* la maggioranza dei giudici della Corte ha riconosciuto il diritto ad abortire, spingendosi fino a dettarne una disciplina piuttosto articolata, in *Dobbs* è arrivata a disconoscere ogni tutela costituzionale a quel diritto, affidandone *in toto* le sorti alla legislazione federale o statale⁶⁴. In questo articolo si sono evidenziate le criticità di entrambe le soluzioni, per poi sostenere che, nel complesso, un simile impiego del controllo di costituzionalità rischia di dissipare il valore aggiunto della giustizia costituzionale, ovvero la sua capacità di ergersi al di sopra delle controversie politiche ordinarie per definirne il legittimo perimetro. La lezione che pare di potersi trarre da questa vicenda, quindi, è che la giustizia costituzionale non dovrebbe essere né eroica né rinunciataria, ma semmai dovrebbe essere modesta. Questioni moralmente e politicamente salienti come l'aborto sono e saranno sempre oggetto di conflitti che spetta anzitutto alle assemblee legislative affrontare in ragione della pubblicità dei loro lavori, della loro rappresentatività e delle opportunità di deliberazione che esse offrono⁶⁵. Riconoscere queste qualità non significa però chiudere gli occhi sui limiti del metodo democratico rappresentativo e sulla necessità che il suo impiego

⁶¹ «The viability rule was created outside the ordinary course of litigation, is and always has been completely unreasoned, and fails to take account of state interests since recognized as legitimate. It is indeed telling that other countries almost uniformly eschew a viability line», cfr. *Dobbs (Concurring Opinion)* del Chief Justice Roberts), 5.

⁶² «None of this, however, requires that we also take the dramatic step of altogether eliminating the abortion right first recognized in *Roe* ... There is a clear path to deciding this case correctly without overruling *Roe* all the way down to the studs: recognize that the viability line must be discarded ... and leave for another day whether to reject any right to an abortion at all», cfr. *Dobbs (Concurring Opinion)* del Chief Justice Roberts), 5.

⁶³ «That right should therefore extend far enough to ensure a reasonable opportunity to choose, but need not extend any further – certainly not all the way to viability», cfr. *Dobbs (Concurring Opinion)* del Chief Justice Roberts), 1-2.

⁶⁴ Occorre comunque riconoscere che la pronuncia in *Dobbs* non va a situarsi all'estremo opposto di *Roe*, collocazione questa che si sarebbe concretizzata se la Corte avesse proibito di tutelare il diritto all'aborto a livello legislativo o nelle costituzioni statali.

⁶⁵ J. WALDRON, *Representative Lawmaking*, in *Boston University Law Review*, 89, 2009, 335-355.

rimanga all'interno di una cornice di principi affidati alla custodia dei giudici costituzionali. Tanto quando i giudici si esimono da questo ruolo, quanto quando lo interpretano occupando spazi normalmente affidati alla politica, la giustizia costituzionale rischia di erodere la propria legittimazione. Il fatto che scenari di questo tipo si verificano con una frequenza minore in Europa è, una volta tanto, ragione di non trascurabile conforto⁶⁶.

⁶⁶ M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law and Ethics of Human Rights*, 4, 2010, 141, 157-158.

Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*

Corrado Caruso*

ORIGINALISM AND THEORY OF THE CONSTITUTION: A CRITIQUE TO DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION

ABSTRACT: The *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* has made extensive use of the originalist canon to overrule two historical Supreme Court precedents recognizing the right to abortion. The article analyzes its arguments, highlighting their contradictions and criticizing the general conception of the Constitution sketched by the decision.

KEYWORDS: Originalism; abortion; right; judicial review; constitutional changes

ABSTRACT: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* ha fatto ampio ricorso al canone originalista per superare due storici precedenti della Corte suprema che avevano riconosciuto il diritto all'aborto. Il saggio analizza i principali passaggi della decisione, evidenziandone le contraddizioni e criticando la generale concezione della Costituzione che emerge dalla pronuncia.

PAROLE CHIAVE: Originalismo; aborto; diritti; controllo di costituzionalità; mutamenti costituzionali

SOMMARIO: 1. Una sentenza "politica" – 2. *Dobbs* (e *Bruen*) in sintesi – 3. Contraddizioni "originaliste" – 3.1. Una giurisprudenza ideologica? – 4. La posta in gioco. L'efficacia nel tempo come condizione di validità della Costituzione – 4.1. Quanto è neutrale la Costituzione "neutrale"? – 5. Una lezione dall'Italia.

1. Una sentenza "politica"

D *obbs v. Jackson Women's Health Organization* è una sentenza di caratura *dottrinale*: la sua motivazione trascende il caso concreto per coinvolgere la portata e i limiti del *judicial review of legislation*, il rapporto tra questo e le istituzioni rappresentative, il "posto" nell'ordinamento costituzionale dei nuovi diritti, le dinamiche del *federalizing process* nella ripartizione verticale del potere politico. La sua lettura, da affiancare alla coeva *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen* (par. 2), deve dunque tenere in considerazione le implicazioni rispetto al *tipo* di ordinamento o alla *forma di stato* che la pronuncia contribuisce a disegnare. Osservazione, quest'ultima, inevitabile in un sistema ove, anche grazie ai confini mobili tra legalità ordinaria e legittimità costituzionale, si assiste a una continua ridefinizione del rapporto tra i due livelli di governo.

* Professore associato di diritto costituzionale, Università di Bologna; Emil Noël Fellow, New York University. Mail: corrado.caruso@unibo.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

timità costituzionale, «non c'è [...] questione politica che non finisca presto o tardi in una questione giudiziaria», e ciascun giudice, «forte del diritto di proclamare le leggi incostituzionali, [...] penetra sempre più negli affari politici»¹ concorrendo a determinare gli indirizzi generali del Paese².

Dobbs è, quindi, una sentenza *politica*, perché contribuisce a definire i fini fondamentali di una determinata comunità organizzata³. Non è possibile allora ragionare dell'originalismo, centrale nella trama argomentativa di *Dobbs, in astratto*, limitandosi, in un raffinato esercizio di stile, a interrogarsi sulla sua collocazione nella numerosa famiglia delle dottrine originaliste⁴. Simile canone va invece giudicato *concretamente*, valutandone la coerenza rispetto agli obiettivi, in termini di politica costituzionale, che la sentenza mira a soddisfare (par. 3).

Come testimoniato dall'ampio dibattito sorto nelle immediatezze della decisione⁵, i temi toccati da *Dobbs* superano la specificità giuridica e culturale dell'ordinamento statunitense per sollevare altrettanti problemi di teoria costituzionale relativi alla *definizione*⁶ e agli *scopi* della Costituzione (par. 4)⁷. Senza entrare nel dettaglio di quanto si andrà esponendo, *Dobbs* sposa una concezione *statica* e apparentemente *formale* della Carta fondamentale, relegando i processi di integrazione materiale

¹ Così già A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Roma, 2007, 272-273.

² La critica alla configurazione hamiltoniana del potere giudiziario quale potere neutro trova conferma "empirica" sin dagli albori del XX secolo, quando il penetrante sindacato della Corte Suprema mise in discussione la legislazione economico-sociale del Paese. Cfr. il seminale saggio di E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Milano, 1996.

³ V. C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-politica-dell-originalismo>.

⁴ Cfr. la dettagliata analisi di L. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, consultabile in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-costituzione-una-risposta>.

⁵ Sul punto, si rinvia al dibattito promosso dal direttivo dell'Associazione italiana dei costituzionalisti inaugurata dalla lettera AIC 7/2022, *Originalismo e Costituzione*, a firma del sottoscritto, con successivi interventi di L. VANONI, N. ZANON, Q. CAMERLENGO, O. CHESSA, M. D'AMICO, G. RAZZANO, F. PEDRINI, C. VALENTINI, C. BOLOGNA, Adde A. BURRATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *diritticomparati.it*; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, 1609 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *Rassegna* 3, 2022, 196 ss.; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *ivi*, 181 ss.; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La "Rivista Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, 23 ss. Nella letteratura d'oltreoceano v. J.M. BALKIN, *Getting Rid of Fundamental Rights. Discussion Questions for Dobbs*, in *Balkinization*, 11 luglio 2022 (<https://balkin.blogspot.com/2022/07/getting-rid-of-fundamental-rights.html>); *Id.*, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, in <http://bit.ly/3Int3sB>; C. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of Bolling v. Sharpe*, in <http://bit.ly/3xJGiyO>; J. WALDRON, *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper 22-39* (<https://ssrn.com/abstract=4144889>).

⁶ Insiste su tale aspetto F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/una-lezione-teorica-dell-originalismo-l-interpretazione-di-quale-costituzione>.

⁷ Non vi è discussione teorico-generale intorno al significato di Costituzione che possa eludere tali fondamentali interrogativi. Cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.

dell'ordinamento in uno spazio costituzionalmente neutro. La pronuncia rappresenta una reazione alla diffusa pretesa secondo cui ciascun bisogno individuale debba trasformarsi in diritto soggettivo immediatamente azionabile e ai tentavi di marginalizzare l'intermediazione legislativa a favore dell'attivismo giudiziale.

L'alternativa tra concezioni formali e diluizioni giurisprudenziali della Costituzione è però da evitare: l'esperienza italiana, proprio con riguardo all'interruzione di gravidanza, testimonia l'esistenza di una terza via per sistematizzare i rapporti tra Costituzione, comunità politica ed evoluzione sociale (par. 5).

2. *Dobbs* (e *Bruen*) in sintesi

La portata e i significati di *Dobbs* risultano ancora più evidenti a volere affiancare la sua lettura a *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, una pronuncia decisa (anch'essa a maggioranza) pochi giorni prima⁸. Le due decisioni toccano tematiche distinte e arrivano ad esiti diversi (la prima accoglie le doglianze di incostituzionalità, la seconda le rigetta); sono però accomunate dall'ampio ricorso al canone originalista, da una comune tensione ideologica e da una analoga visione politico-costituzionale dell'ordinamento.

Bruen ha ritenuto incostituzionale una legge dello Stato di New York che subordinava il diritto di portare armi all'ottenimento di una licenza, rilasciata sulla base di una «giusta causa» (*proper cause*) connessa ad uno «*special need for self-protection*». Ad avviso della Corte, simile previsione è contraria alla Costituzione perché non trova adeguati precedenti normativi né negli anni della «fondazione» dell'ordine costituzionale statunitense, e cioè nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del II emendamento, né in quelli della «ricostruzione», successivi alla Guerra civile e all'adozione del XIV emendamento, che ha consentito di opporre le garanzie del *Bill of Rights* anche agli Stati federati (grazie alla dottrina dell'*incorporation*, definitivamente affermata con la giurisprudenza della Corte Warren a partire dagli anni Sessanta del Novecento). Nella tradizione costituzionale americana, scrive il Justice Thomas, non vi è alcun riferimento storico che possa giustificare il requisito della *giusta causa* prescritto dalla legge dello Stato di New York⁹.

Forse ancora più estreme le considerazioni della *majority opinion* redatta dal Justice Alito nel caso *Dobbs*. Con questa decisione, la Corte suprema ha salvato una legge del Mississippi che vieta l'interruzione di gravidanza a partire dalla quindicesima settimana. Sono stati così superati due storici precedenti che avevano riconosciuto il diritto all'interruzione di gravidanza, ancorandolo ora al diritto alla *privacy*¹⁰, ora alla libera autodeterminazione della donna desunta da una concezione sostanzialistica della *due process clause*¹¹. La prima sentenza (*Roe*) aveva dato origine a uno scrutinio di legittimità ripartito per trimestri, a seconda dello stato di avanzamento della gravidanza: mentre nel

⁸ Su tale pronuncia v. P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo, la Corte suprema statunitense sacralizza il diritto a portare armi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna 3, 2022, 143 ss.; A. FIORENTINO, *Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, ivi, 12 ss.

⁹ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, cit., 29-30.

¹⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹¹ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

primo trimestre l'interruzione doveva essere lasciata nella piena disponibilità della donna, nei trimestri successivi la discrezionalità legislativa degli Stati aumentava fino a diventare massima nel terzo, quando le legislazioni statali avrebbero potuto vietare l'aborto a meno che questo non fosse stato necessario a salvare la vita della madre o a evitare un pregiudizio irreparabile alla sua salute. La seconda pronuncia (*Casey*), pur confermando il diritto fondamentale all'interruzione di gravidanza, aveva realizzato un *partial overruling* di *Roe*, sostituendo la ripartizione in trimestri con una distinzione in due fasi, a seconda del grado di sviluppo del feto e della sua capacità di sopravvivere al di fuori del grembo materno (cd. *viability*). Prima di questo momento, la regolazione legislativa dell'interruzione di gravidanza sarebbe stata ammissibile solo ove non avesse integrato un limite "eccessivo" alla capacità di scelta della donna (*undue burden test*)¹².

Dobbs ribalta tali precedenti. Secondo la Corte, i diritti non espressamente previsti dai primi nove emendamenti alla Costituzione possono essere tutelati solo ove siano «profondamente radicati» nella storia e nella tradizione statunitense ed essenziali allo «schema di una ordinata libertà»¹³, di una libertà cioè non assoluta ma ben ponderata, capace di «predeterminare i [propri] limiti e definire i [propri] confini» rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti¹⁴.

L'interruzione di gravidanza non risponderebbe al modello di una «ordinata libertà». L'aborto era considerato illecito penale dalla *common law* (secondo la lettura che ne davano, diversi secoli fa, i suoi studiosi: Bracton, Coke, Hale, e Blackstone) e dagli ordinamenti statali all'indomani dell'entrata in vigore del XIV em. Nel 1868, ricorda Alito, l'interruzione di gravidanza era punita, a prescindere dallo stato di avanzamento della gestazione, dalla stragrande maggioranza delle legislazioni statali.

In ogni caso, continua la *majority opinion*, fino a *Roe* nessuno Stato riconosceva un diritto all'aborto in senso proprio. I giudici di *Roe* e di *Casey* avrebbero dunque misconosciuto il consolidato assetto normativo degli Stati della Federazione e realizzato una «usurpazione del potere del popolo» e dei suoi legittimi rappresentanti in nome di una lettura partigiana della Costituzione. È necessario guardarsi, ammonisce la Corte suprema, dalla «naturale tendenza umana a confondere ciò che il [XIV] emendamento protegge con le proprie ardenti visioni della libertà di cui dovrebbero godere gli Americani»¹⁵.

La *majority opinion* non ha dunque esitato ad allontanarsi dallo *stare decisis*: il rispetto dei precedenti non può essere invocato quando questi violino il testo costituzionale, disconoscano la storia della Nazione o esprimano test giudiziari *not workable*, capaci cioè di sprigionare effetti applicativi imprevedibili o disorientare cittadini e istituzioni¹⁶.

3. Contraddizioni "originaliste"

Bruen e *Dobbs* sollevano plurimi interrogativi. Il primo quesito riguarda la portata del canone originalista accolta dalla pronuncia in esame. È ormai acquisito da tempo, nella discussione d'oltreoceano,

¹² Cfr., per una sintesi di tali precedenti, A. SPERTI, *Il diritto all'aborto*, cit., 25; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione*, cit., 198.

¹³ *Dobbs*, cit., 5, traduzione nostra.

¹⁴ *Ivi*, 31.

¹⁵ *Ivi*, 17.

¹⁶ *Ivi*, 43 ss.

come non sia possibile desumere l'intenzione originaria dalla volontà concreta dei singoli Padri fondatori (cd. *old originalism* o *original intent originalism*)¹⁷, per la difficoltà di individuare la prospettiva prevalente in un organo collegiale dalle molteplici voci o il fine complessivo delle intenzioni particolari dei *Framers* e dei soggetti istituzionali chiamati a dar vita al nuovo patto costituzionale¹⁸.

A rilevare è piuttosto il significato *oggettivo* delle disposizioni costituzionali nel contesto (storico, politico e culturale) di adozione. In altri termini, a essere determinante è l'*original meaning*, la "pre-comprensione", socialmente e storicamente situata, delle disposizioni costituzionali da parte di una data comunità politica nel momento in cui ha scelto di dotarsi di una *higher law* (cd. *new originalism* o *public meaning originalism*)¹⁹.

Tale distinzione può essere ulteriormente frammentata in ulteriori sotto-categorizzazioni, corrispondenti ad altrettante frange di tale corrente dottrinale²⁰, alcune delle quali tentano di coniugare il significato originario delle disposizioni costituzionali con un loro adattamento evolutivo²¹. Di simili compromessi non vi è traccia nell'originalismo accolto dalle pronunce appena passate in rassegna, le quali declinano il paradigma del *public meaning originalism* alla luce della dottrina (persino) precedente alla Carta del 1787 e al contesto normativo coevo o immediatamente successivo agli emendamenti costituzionali. Questi elementi disegnano una sorta di *tradizionalismo normativo* da cui trarre i *confini* e l'*oggetto* delle libertà da garantire nell'ordinamento del *tempo presente*²².

Nelle sue implicazioni pratiche, l'originalismo mira ad ancorare il giudice al testo, allontanando la tentazione delle corti di adottare leggi in forma di sentenza. Secondo i suoi sostenitori, l'originalismo eviterebbe alla giurisdizione costituzionale di sconfinare nel *legislative realm*, impedendo ai giudici di decidere secondo canoni di opportunità politica. L'originalismo avrebbe, dunque, il pregio di conferire oggettività alla decisione giurisdizionale, depurandola da intuizionismi o valutazioni morali.

¹⁷ Su tali aspetti v. diffusamente O. CHESSA, *I giudici del diritto: problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 147 ss. V. anche la tripartizione, interna alla dottrina originalista, proposta da G. ROMEO, *The Supreme Court's debate on constitutional interpretation under Trump presidency*, in *DPCE online*, 1, 2021, 976.

¹⁸ O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit.

¹⁹ V. R. BORK, *The Tempting of America*, New York, 1991, 143 ss.; A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 1998, 37-41. Bork e Scalia sono giunti ad abbracciare il *public meaning originalism* dopo un progressivo allontanamento dall'*intentionalism*.

²⁰ Cfr. L.B. SOLUM, *Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record*, in *B.Y.U. Law Review*, 2017, 1621, 1627, che individua almeno cinque tipologie di originalismo: *public meaning originalism*, *original intentions originalism*, *ratifiers' understanding originalism*, *original methods originalism*, *original law originalism*.

²¹ È il caso, ad esempio, del *living originalism* di J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge MA, 2011, volto a valorizzare la *ratio* o il *principio* sotteso al significato originario e, dunque, a riaffermare, per ciascuna generazione, uno spazio di aggiornamento interpretativo delle disposizioni costituzionali. Questa impostazione ricalca il tentativo di composizione teorica portato avanti da R. DWORKIN, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, in *Fordham L. Rev.*, 65, 1997, 1249-1256, che distingue tra "*semantic intention*", relativa a ciò che i *Framers* intendevano dire inserendo un determinato concetto in Costituzione, e "*political or expectation intent*", e cioè la concreta finalità politica che gli stessi miravano a perseguire attraverso l'inserimento di una data previsione in Costituzione. Mentre la fedeltà dell'interprete alla Costituzione richiederebbe, ad avviso dell'A., il rispetto della prima, il *political intent* andrebbe confinato in uno spazio giuridicamente irrilevante.

²² In tal senso, J.M. BALKIN, *More on Text, History, and Tradition – Discussion Questions for Dobbs, Part One*, in <https://balkin.blogspot.com/2022/07/more-on-text-history-and-tradition.html>.

I due casi che qui si presentano smentiscono però questa conclusione. La Corte suprema ha mostrato uno spiccato attivismo: in *Bruen* è stata annullata una legge dello Stato di New York che regolava l'utilizzo di armi, allargando, con un evidente tasso di creatività giurisprudenziale, la portata applicativa del II emendamento. Nonostante la Corte suprema avesse già affermato l'incostituzionalità di previsioni statali che vietassero, in via generale, il diritto di possedere armi per esigenze di legittima difesa all'interno della propria abitazione²³, mai la portata del II emendamento era stata allargata fino ad ammettere che il *right to bear arms* potesse essere esercitato al di fuori delle mura domestiche. Anzi, la stessa Corte aveva specificato che le esigenze di autodifesa lasciavano impregiudicate limitazioni a carico di talune tipologie di soggetti (pregiudicati, malati mentali, etc.) o in relazione ad alcuni luoghi sensibili (scuole, edifici governativi, etc.)²⁴.

L'evoluzione giurisprudenziale circa la portata del II emendamento porta a dubitare dell'oggettività dell'originalismo e della sua neutralità applicativa. La selezione del materiale storiografico rilevante ai fini della individuazione del significato originario postula precise scelte di valore suscettibili di condurre a esiti interpretativi assai distanti. Non a caso, le indagini dottrinali sullo "scopo originale" del II emendamento divergono sensibilmente: a fronte di chi ha rinvenuto in questa disposizione un'ipotesi di autodifesa individuale volta alla prevenzione di reati²⁵, vi sono state voci che hanno individuato la *ratio* dell'emendamento in un «*military check of federalism*», una sorta di diritto di resistenza esercitabile in caso di esondazioni autoritarie ad opera del governo centrale²⁶. Altri ancora hanno ritenuto che la finalità della previsione non fosse quella di riconoscere un *diritto soggettivo* dell'individuo, quanto, piuttosto, quello di offrire una *garanzia oggettiva* a favore della giuridica esistenza degli Stati in un sistema (ancora) prevalentemente confederale²⁷.

Una spiccata creatività contraddistingue anche *Dobbs*. In questo caso, la legge del Mississippi oggetto di scrutinio è stata salvata a prezzo dell'*overruling* di due *landmark decisions* come *Roe* e *Casey*. La Corte suprema si è così allontanata dallo *stare decisis* che, nell'ordinamento statunitense, è *garanzia* di certezza del diritto e *limite* al potere creativo dei giudici e alle loro erratiche preferenze²⁸. Sulla deroga a tale fondamentale principio si è concentrata la critica della *dissenting opinion*: non è sufficiente, ad avviso dei *dissenters*, la presunta erroneità di un precedente affinché questo possa essere su-

²³ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008). L'applicazione del II emendamento alla legislazione degli Stati, attraverso la sua *incorporation* nel XIV emendamento, è stata poi definitivamente sancita da *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010). Riferimenti in P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo*, cit., 149.

²⁴ *District of Columbia v. Heller*, cit. Sottolinea tale aspetto anche P. PASSAGLIA, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo*, cit., *ibidem*.

²⁵ D.B. KATES Jr., *Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment*, in Mich. L. Rev., 82, 1983, 204.

²⁶ A.K. AMAR, *The Bill of Rights, Creation and Reconstruction*, New Haven, 1998, 50.

²⁷ Cfr. R.G. WEATHERUP, *Standing Armies and Armed Citizens: An Historical Analysis of the Second Amendment*, *Hastings Const. L.Q.*, 2, 1975, 961. Era questa, peraltro, l'interpretazione seguita dalla Corte Suprema nella giurisprudenza precedente a *District of Columbia v. Heller*.

²⁸ V., per argomenti simili, F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge MA, 2009, 43-44.

perato²⁹. Sarebbe viceversa necessario, sempre secondo la minoranza, una sua oggettiva obsolescenza dovuta a un cambiamento del contesto normativo (*legal doctrine*) o a un mutamento fattuale (*factual change*). Al di fuori di queste ipotesi, l'*overruling* sarebbe ammesso solo ove non si fosse radicato un legittimo affidamento, da parte dei consociati, sul principio giurisprudenziale precedentemente enunciato³⁰. Nessuna di queste condizioni sarebbe stata soddisfatta nel caso di specie: l'opinione di maggioranza avrebbe ignorato l'aspettativa di «decine di milioni di donne americane che si sono affidate e continuano ad affidarsi al diritto di scegliere» sull'interruzione di gravidanza³¹.

Al di là di tali critiche, il consolidamento di questa legittima aspettativa, maturata negli ultimi cinquant'anni, svela un'ulteriore contraddizione del *reasoning* della maggioranza: se la tradizione è capace di sprigionare effetti normativi, se è l'esperienza dell'ordinamento a definire l'essenza e i confini delle situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti, non è chiaro quale sia la *ragione giuridica* in grado di escludere due fatti normativi come *Roe* e *Casey* dall'*acquis* del sistema costituzionale. Vi è, dunque, un salto logico-argomentativo, nella trama dell'opinione di maggioranza, colmato da un giudizio di valore che può essere così compendiato: *Roe* e *Casey* non appartengono (*rectius*: non devono appartenere) alla tradizione costituzionale statunitense perché assiologicamente inconsistenti rispetto alla gerarchia dei valori individuata, oggi, dal collegio giudicante.

Peraltro, la creatività di *Dobbs* trova conferma nel suo traboccamento *ultra petitem*: come osservato dal Chief Justice Roberts nella sua opinione concorrente, il *petition of certiorari* non chiedeva la cancellazione del diritto all'aborto quanto il superamento del requisito della *pre-viability* e, dunque, del periodo di gestazione entro cui i legislatori statali non avrebbero potuto introdurre alcun tipo di limitazione a tale situazione soggettiva³².

3.1. Una giurisprudenza ideologica?

Le incongruenze, interne al canone originalista, di *Bruen* e *Dobbs* tradiscono la caratura *ideologica* di tali pronunce, nel senso che la particolare *Weltanschauung* della maggioranza orienta e conforma la dottrina interpretativa, indirizzandone gli esiti.

In queste decisioni l'argomento originalista assurge a stratagemma retorico-persuasivo, funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore che riveda alcune tra le più importanti conquiste giurisprudenziali in tema di diritti civili³³. Messe a contesto, *Bruen* e

²⁹ La portata del vincolo del precedente segna una ulteriore linea di frattura all'interno della Corte, emersa a partire da *Janus v. American Federation of State County and Municipal Employees*, 585 U.S. ____ (2018). Cfr. sul punto G. ROMEO, *The Supreme Court's debate*, cit., 595 ss.

³⁰ Cfr. BREYER, SOTOMAYOR, AND KAGAN, JJ., *dissenting*, 31.

³¹ BREYER, SOTOMAYOR, AND KAGAN, JJ., *dissenting*, 32.

³² ROBERTS, C. J., *concurring in judgment*.

³³ Il timore di un possibile *overruling* delle pronunce rilevanti per la tutela dei diritti civili è espresso nella *dissenting opinion*, 4-5. Tenta di rispondere a simile preoccupazione l'opinione di maggioranza, nel senso di circoscrivere l'*holding* al solo diritto all'aborto (66). V. però l'opinione concorrente del Justice THOMAS (3): la Corte suprema dovrebbe rivedere tutti i casi che hanno sancito nuovi diritti sulla base di una concezione sostanziale della *due process clause*. Si tratta, in particolare, di *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965) sul diritto di utilizzare e acquistare contraccettivi; *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) sull'incostituzionalità delle *sodomy laws*; *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015), sul matrimonio omosessuale. Sul punto v. C. BOLOGNA,

Dobbs testimoniano l'irresistibile ascesa di tale canone nella giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali³⁴. *Nihil sub sole novum*, forse: come notava Tocqueville un paio di secoli or sono, il giudice è il depositario del potere, per sua natura conservatore, della tradizione, e somiglia «al sacerdote egiziano: come questi è l'unico interprete di una scienza occulta»³⁵.

Anche se non mancano tentativi di una sua declinazione progressista³⁶, non deve dimenticarsi come l'originalismo abbia storicamente rappresentato una reazione alla innovativa giurisprudenza della Corte Warren in tema di diritti civili³⁷. La rinnovata fortuna di tale criterio trova perciò spiegazione anche nella composizione del collegio e nelle particolari sensibilità politico-culturali che caratterizzano i giudici nominati da Donald Trump durante il suo mandato³⁸. Vi è, infatti, un legame tra l'originalismo e il *partisan entrenchment* dei giudici di recente nomina presidenziale³⁹. I profili di questi giudici rispondono a una precisa corrente politico-ideologica, a un *conservative legal movement* che è andato formandosi negli ultimi anni tra chierici ed operatori del diritto. Tra gli obiettivi di questo movimento, che riflettono altrettanti *cleavages* che oggi dividono la società americana⁴⁰, vi sono la valorizzazione del potere degli Stati rispetto a quelli della Federazione, il superamento o quanto meno la rivisitazione dei "nuovi" diritti civili, la de-regolamentazione del finanziamento della politica, l'interpretazione estensiva del II emendamento⁴¹.

L'originalismo diviene così strumento di una precisa politica costituzionale, realizzata da giudici che coltivano prospettive di egemonia sulla società. La scelta di superare consolidati precedenti attraverso un risicato voto a maggioranza squarcia il velo della sacralità giudiziale, adombra il volto neutrale del chierico e muove la giustizia costituzionale verso i lidi del volontarismo decisionista.

Polarizzazione, attivismo, superamento dei precedenti possono però portare a una crisi di legittimazione della Corte Suprema, alla sua perdita di credibilità di fronte alle istituzioni politiche e ai cittadini che non si riconoscono nelle sue decisioni. In effetti, il significato della Costituzione non riposa esclusivamente nelle più o meno raffinate interpretazioni delle *élites* in toga, ma anche nelle letture, più o

Aborto e originalismo nei diritti in *Rivista Il Mulino on-line*, <https://www.rivistailmulino.it/a/aborto-e-originalismo-nei-diritti>.

³⁴ Oltre a *Dobbs* e a *Bruen v. anche Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020) sui licenziamenti discriminatori in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere del lavoratore. Su tale pronuncia, interessante anche per la diversa declinazione cui va incontro il canone originalista nell'opinione di maggioranza e nella *dissenting* a firma del Justice KAVANAUGH, v. N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, in *Quad. cost.*, 2020, 839 ss.

³⁵ A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., 271.

³⁶ Cfr., ad esempio, A.R. AMAR in *The Bill of Rights*, cit., *Id. America's Constitution. A Biography*, New York, 2005.

³⁷ Riferimenti in O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 143.

³⁸ Simile tendenza è stata segnalata, alla vigilia di *Dobbs*, da G. ROMEO, *The Supreme Court's debate on constitutional interpretation*, cit., 274.

³⁹ V. J.M. BALKIN, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, cit.

⁴⁰ Sulle faglie dell'attuale politica americana cfr. F. PETRONI, *Fiamme sulla collina. L'America in crisi assedia sé stessa*, in *Limes*, 11, 2022, 43 ss.

⁴¹ Un contributo fondamentale alla formazione di questo movimento viene dalla *Federalist Society*, organizzazione di tendenza particolarmente attiva nelle *law schools* statunitensi. Cfr. A. HOLLIS-BRUSKY, *Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution*, New York, 2015.

meno avanzate, dei soggetti (formazioni sociali, movimenti organizzati, comuni cittadini) che costellano il sistema politico⁴².

4. La posta in gioco. L'efficacia nel tempo come condizione di validità della Costituzione

L'argomento originalista pietrifica *ex auctoritate* il senso della Costituzione, estrapolandone l'unico significato giuridicamente ammissibile secondo lo spirito del tempo che fu. L'originalismo elide l'elasticità della Costituzione, e cioè la sua naturale adattabilità ai nuovi contesti politici e, allo stesso tempo, ne pregiudica la capacità di orientare gli inevitabili processi di cambiamento sociale. I principi enunciati nelle Costituzioni, infatti, non richiamano valori statici o meta-storici, ma sono «punti di vista storicamente condizionati», la cui validità dipende da un consenso sociale che origina dal patto costituzionale e va sviluppandosi nella vita dell'ordinamento⁴³.

Una Costituzione pietrificata rischia di risultare inutile, frustrando la sua stessa ragione d'essere. Le Costituzioni devono *durare per unire*, mantenersi efficaci nel tempo o, per dirla con Hart, essere generalmente riconosciute dai consociati per svolgere la loro funzione unificante⁴⁴. Là ove non fossero capaci di unire le generazioni presenti alle passate, di orientare l'evoluzione sociale nella continuità istituzionale, scolorirebbero in un'istantanea del passato, nella fotografia sbiadita di una comunità politica superata dalla storia. Una Costituzione sclerotizzata darebbe forza all'obiezione democratica, di stampo jeffersoniano, in forza della quale ciascuna generazione ha il diritto di darsi una nuova costituzione che ne rifletta la volontà⁴⁵.

Con queste sentenze, e con *Dobbs* in particolare, la (maggioranza della) Corte Suprema dimentica che l'ordinamento costituzionale non può ridursi al solo testo costituzionale o al suo significato originario: la Costituzione è la cuspide di un più ampio sistema che ricomprende il contesto normativo e i valori di cui sono depositarie forze politico-sociali che si rinnovano nel tempo⁴⁶. Può essere che *Roe* e *Casey* fossero eccessivamente creative o esprimessero test poco funzionali: esse però erano figlie della stagione dei diritti civili, di una fase di cambiamento politico trasfuso nell'ordinamento attraverso un vero e proprio *momento costituzionale*⁴⁷. Non è questa la sede per approfondire il tema dei

⁴² Cfr. M.V. TUSHNET, *Taking back the Constitution: activist judges and the next age of American law*, New Haven, 2020.

⁴³ Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 57.

⁴⁴ Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 119 ss. La norma di riconoscimento è il presupposto di validità dell'ordinamento giuridico. Essa svolge una funzione di aggregazione del consenso sociale intorno alle norme giuridiche *poste*, affinché queste possano essere seguite e applicate. È la norma generale di riconoscimento che consente all'ordinamento (e dunque anche alla Costituzione, che dell'ordinamento è la norma superiore) di essere efficace e, quindi, persistere nel tempo. Persino un normativista come Kelsen riconosce che l'efficacia è condizione di validità del sistema giuridico: «le norme [...] sono in vigore per il fatto che la norma fondamentale per la loro produzione [...] viene presupposta come valida [...]»; ma esse sono in vigore soltanto quando (cioè fino a quando) quest'ordinamento giuridico è efficace. Appena la Costituzione, cioè l'ordinamento giuridico come totalità che si fonda su di essa, perde la sua efficacia, anche l'ordinamento giuridico e quindi ogni singola sua norma perde la propria validità». Così H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 242.

⁴⁵ T. JEFFERSON, *Political writings*, New York, 1999, 596.

⁴⁶ Cfr. A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 265-267.

⁴⁷ Cfr. le note tesi di B. ACKERMAN, *We the people. 3: the civil rights revolution*, Cambridge MA – London, 2014, 288-289, il quale muove dall'idea che, nei momenti eccezionali dell'ordinamento, le corti trasformino le grandi

rapporti tra la Costituzione e i mutamenti costituzionali, e cioè quei cambiamenti, per dirla con Mortati, «che hanno luogo senza l'impiego delle forme legali per ess[i] previst[i]»⁴⁸. È però ormai comunemente accettato che anche gli ordinamenti retti da Costituzioni rigide conoscano questi mutamenti, e che anzi la capacità di governare questi cambiamenti senza sfociare nell'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale sia prova di buona salute della Costituzione o, quanto meno, di una felice *integrazione* tra norma costituzionale e realtà sociale⁴⁹. Il rapporto tra Costituzione e mutamento costituzionale rimanda, in fondo, alla dialettica tra il diritto formale, positivizzato nel testo costituzionale, e i *fatti normativi* che segnano l'evoluzione del sistema giuridico. Dal punto di vista teorico-generale, affinché l'apporto dei mutamenti costituzionali possa essere apprezzato dall'interprete, è necessaria una *prospettiva istituzionalistica* che riconosca normatività ad elementi che, considerati in termini formali, ne sarebbero privi⁵⁰.

Certo, vi può essere un momento in cui, ormai superato dalla fattualità, l'atto normativo esaurisca la propria capacità ordinante, cedendo il passo a un nuovo ordine costituzionale. I mutamenti costituzionali possono condurre a torsioni patologiche, in grado di negare l'identità della Costituzione e, dunque, dei principi supremi che definiscono il codice genetico dell'ordinamento. Tale negazione si ha non solo con l'instaurazione violenta di un nuovo ordine, ma anche quando il «ceto dirigente [...] indirizza l'azione dello Stato verso [...] interessi e [...] concezioni» che «risultino irriducibili a quelli che orientavano l'assetto prima vigente»⁵¹; quando, in altre parole, a seguito dell'esaurimento dei fini e dei valori delle forze dominanti che sostenevano le formule costituzionali, l'originaria costituzione materiale si trasforma a tal punto da negare il presupposto o la condizione di validità della costituzione formale⁵². Finché però la tensione tra questi due momenti è in equilibrio, finché vi è una complessiva *congruenza assiologica* tra fatti normativi sopravvenuti e principi supremi non si assiste all'instaurazione di un ordine nuovo ma al fisiologico sviluppo dell'ordine esistente.

La Costituzione dà forma giuridica all'unità politica di un popolo, giuridificando gli interessi e le aspettative di una comunità in un dato momento storico, ma non coincide con l'ordine concreto, storicamente situato, da cui essa promana. L'unità politica formalizzata nella Costituzione, infatti, non si

rivendicazioni delle masse in «canoni costituzionali», in principi vincolanti per gli sviluppi dell'ordinamento, lasciando ai poteri rappresentativi lo sviluppo e l'attuazione del principio enunciato.

⁴⁸ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 187. Su tali dinamiche, che non si arrestano al momento positivo della riforma costituzionale (*Verfassungsänderung*), ma ricomprendono anche il mutamento (o la trasformazione) costituzionale (*Verfassungswandlung*), risultato delle pratiche legislative, amministrative e giudiziali che operano nell'ordinamento a prescindere da una modifica formale e dalla volontà intenzionale di riformare la Costituzione, cfr. G. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale*, M. CARDUCCI (a cura di), Lecce, 2004, 18. La dottrina ha dedicato rinnovata attenzione al tema delle modifiche tacite e dei mutamenti costituzionali: v. R. BIN, A. MANGIA (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2020; M. IADICICCO, *Settant'anni di rigidità costituzionale. Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2018, 1 ss.

⁴⁹ V. F. CORTESE, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*». *Dinamiche e ruolo delle trasformazioni informali della Costituzione italiana*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2020, 66-67.

⁵⁰ F. CORTESE, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*», cit., 49.

⁵¹ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, cit., 213.

⁵² Cfr. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978, 793-794.

«pone solo per mantenere un ordine esistente, ma [...] tende allo svolgimento progressivo di esso»⁵³, e, dunque, ad un processo storico per ciò stesso dinamico, «ricettivo di nuovi interessi (che assurgono a valori costituzionali) e sospensivo di originarie istanze costituenti (che giuridicamente affievoliscono di fronte all'imprevedibile corso della storia)»⁵⁴. La Costituzione, dunque, non è solo «statuto organizzativo»⁵⁵, ma è anche «ordine vitale che comprende il processo di vita politica dello Stato, in cui esso diviene reale attraverso l'inclusione continua e dinamica del singolo» e delle forze sociali⁵⁶.

4.1. Quanto è neutrale la Costituzione "neutrale"?

Anche per tali ragioni, non può essere accolta l'idea, espressa dalla *concurring* del Justice Kavanaugh e autorevolmente rilanciata nel dibattito successivo a *Dobbs*, della Costituzione "neutrale"⁵⁷. In base a questa lettura, allorché una situazione soggettiva non sia esplicitamente prevista dal *testo* della Costituzione, questa resterebbe nella disponibilità del legislatore, alla libera dialettica delle forze politiche chiamate a decidere attraverso un voto (per eleggere o per decidere⁵⁸) a maggioranza. In tal senso, tutte le rivendicazioni non espressamente richiamate dal testo costituzionale sarebbero, per ciò stesso, costituzionalmente irrilevanti. Questa tesi, volta a contenere gli eccessi creativi della giurisdizione costituzionale, sottostima taluni elementi che, una volta esplicitati, paiono smentirne le premesse.

In primo luogo, e per restare a *Dobbs* (ma una considerazione simile potrebbe valere anche per *Bruen*), la controversia sul riconoscimento del diritto all'aborto è, anzitutto una *questione interpretativa*, un dilemma cioè sul significato (formale o sostanziale) da ascrivere alla *due process clause* e, dunque alla lettera della Costituzione. Procedimento intellettuale complesso, l'attività interpretativa consta di due momenti: l'ascrizione ad un testo di possibili significati e la successiva *scelta* del significato in funzione applicativa della disposizione⁵⁹. L'interpretazione, dunque, non è solo atto di conoscenza, è anche atto di volontà. Ritenere che l'aderenza al testo o alla lettera della Costituzione rap-

⁵³ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, 64.

⁵⁴ A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 417. A conclusioni simili mi pare giunga M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 3, 2013, 1-5.

⁵⁵ Come invece vorrebbe la concezione kelseniana, che affida alla Costituzione il compito di «regolare gli organi e il procedimento generale della produzione giuridica, cioè della legislazione». Così H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 152-153.

⁵⁶ Così R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, 285.

⁵⁷ Cfr. KAVANAUGH, J., *concurring*; N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in <http://bit.ly/3ko7Qqs>.

⁵⁸ Su questa distinzione, analiticamente rilevante quando si discute del principio di maggioranza, sia consentito rinviare a C. CARUSO, *Majority*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2021, 5.

⁵⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 380 ss. In Italia le tesi kelseniane riecheggiano nella distinzione proposta da V. CRISAFULLI, tra disposizione e norma (*Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 195 ss.), e nella teoria scettica della interpretazione proposta da R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 49 ss. Cfr. però la critica di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 438, il quale adotta una prospettiva cognitivista dell'interpretazione. A parere dell'A., i criteri interpretativi, a partire dal canone letterale, fisserebbero il significato «più corrett[o]» della disposizione, ovvero il «"sol[o]" [...] che sia legittimo seguire». Posizioni simili nei lavori di A. VIGNUDELLI, tra i quali, in particolare, *Il documento normativo: caratteristiche, problemi e metodologie di significazione*, in Id., *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011, 129 ss.

presenti un'operazione oggettiva non tiene conto della *realtà* del procedimento interpretativo, che contiene sempre un elemento insopprimibile di volizione soggettiva tanto spiccato quanto più è indeterminato l'enunciato linguistico. In fondo, il ricorso all'originalismo serve proprio a mascherare questo momento volontaristico: il richiamo a un criterio esterno al procedimento interpretativo dovrebbe produrre un *vincolo* l'interprete, così da confermare la «volontà ordinante» del Costituente storico sullo sviluppo dell'ordinamento⁶⁰.

In secondo luogo, la tesi che riduce la “materia” costituzionale al solo testo della Costituzione⁶¹ pecca di eccessivo formalismo. L'ordinamento giuridico, sviluppatosi nel corso del tempo *a partire* dal testo costituzionale, è costellato da normative che, nonostante siano di rango ordinario, contribuiscono a delinearne l'identità. Come già aveva intuito Costantino Mortati⁶², la materia costituzionale eccede il testo costituzionale, nel senso che vi sono norme che sviluppano le disposizioni della Carta e contribuiscono, in una interazione biunivoca tra Costituzione e materiale legislativo sottostante, all'ascrizione di senso al testo costituzionale⁶³. Questa funzione di *riempimento* semantico non è svolta solo dalle *fonti* subordinate: la scelta intorno al significato interpretativo è orientata dalle opzioni ermeneutiche, dagli argomenti, dai precedenti della giurisprudenza costituzionale e dalle prassi istituzionali. Insomma, l'interprete si colloca sempre in un contesto *vivente*⁶⁴, ed è grazie alle relazioni con tale complesso sistema che il procedimento interpretativo arriva a maturazione.

Ridurre la Costituzione (o meglio: *il concetto* di Costituzione) al testo costituzionale rischia di diluire la sua specificità, come se essa fosse un *comune* atto normativo. Tra enunciati costituzionali e normazione ordinaria vi è invece una alterità qualitativa: la Costituzione «non si realizza e non può mai realizzarsi interamente nelle norme, perché non è in nessun caso ordine compiuto»⁶⁵; non pone, quindi, confini certi e predeterminati, validi in sé in quanto normativi⁶⁶, ma «delinea piuttosto delle traiettorie, indica le frontiere di un processo continuo di positivizzazione»⁶⁷.

La tesi della neutralità della Costituzione muove da un postulato culturale implicito, che esaurisce la funzione della Costituzione nella garanzia dell'individuo (e dei suoi beni) *contro* lo Stato. Questo assunto, plausibile per le Carte liberali del XVIII e del XIX secolo (e forse anche per la Costituzione – o meglio, per il *testo* – statunitense), non può valere per il contesto costituzionale italiano, retto del

⁶⁰ V. M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 48.

⁶¹ N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, cit.

⁶² C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, cit., 169 ss.

⁶³ V., sul punto, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, 229 ss. Se, per un verso, «la funzione condizionante della norma costituzionale [...] non potrebbe compiutamente spiegarsi senza la possibilità di costruire un universo semantico *prioritario* e *indipendente* rispetto a tutto il sistema normativo sottostante», per altro verso «bisogna rinunciare a considerare il diritto costituzionale il fondamento semantico di tutti i rami del diritto [...]. L'“intensione” e l'“estensione” delle parole della Costituzione variano da caso a caso e possono portare a significati ed applicazioni più ampi, equivalenti o più ristretti rispetto alle parole usate dal legislatore ordinario» (ivi, 235, 236).

⁶⁴ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 444.

⁶⁵ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, cit., 185.

⁶⁶ Per una concezione della Costituzione quale documento «auto-fondante», v. invece A. PACE, *Introduzione*, in *Id.*, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, IX.

⁶⁷ Così A. MORRONE, *Sovranità*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, 70.

principio dell'*homme situé*⁶⁸. Tale principio, risultato del felice incontro, in Costituente, tra il personalismo comunitario delle forze cattoliche e il materialismo delle sinistre non solo ha portato, sin dal testo costituzionale, a una moltiplicazione degli *status* meritevoli di tutela (il cittadino; il lavoratore; la donna lavoratrice; i coniugi; i figli, i disabili, etc.) ma ha anche condotto al riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive *oltre* la lettera della Costituzione, assecondando un processo continuo di *promozione* della personalità individuale⁶⁹.

A ben vedere, il tentativo di circoscrivere la materia al testo costituzionale ha un obiettivo di politica istituzionale: riservare alle istituzioni rappresentative le scelte fondamentali di sviluppo dell'ordinamento⁷⁰.

Dietro a tale obiettivo si celano importanti motivazioni teoriche, da non sottovalutare. Le decisioni delle istituzioni rappresentative riflettono il principio di maggioranza, che non può essere degradato a mero strumento tecnico di assunzione delle decisioni collettive⁷¹. Esso è un criterio procedurale in grado di riflettere specifici valori sostanziali, cardini del costituzionalismo liberal-democratico, quali la libertà di partecipare all'autogoverno collettivo (o libertà *positiva*, à la Berlin), l'eguaglianza politica dei consociati e il pluralismo ideologico⁷². Non vi è dubbio che l'attivismo delle corti possa ingenerare una tensione con simili valori, fino a concretizzare il pericolo di un *suprematismo* giudiziale in grado di oscurare il pluralismo dei fini delle forze politiche e di sterilizzare le multiple virtualità della Carta fondamentale⁷³. Non va dimenticato, infatti, che le decisioni di incostituzionalità (e gli argomenti portati per sostenerle) portano sempre con sé un plusvalore di politicità: ad essere sopravanzato non è solo lo specifico interesse perseguito dalla legge dichiarata illegittima, ma anche la generale discrezionalità del legislatore. Peraltro, nelle motivazioni delle sentenze, le norme positive, i diritti costituzionalmente posti e i principi costituzionali vengono diluiti in argomenti⁷⁴ che, da un lato, promuovono un dialogo con le istituzioni rappresentative e la comunità degli interpreti, dall'altro però restringono l'universo del discorso politico, pretendendo di orientare le scelte degli altri attori istituzionali oltre le peculiarità del caso giudiziale⁷⁵.

⁶⁸ L'espressione, coniata da Burdeau, è stata recentemente aggiornata da G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica*, Milano, 2018, 107.

⁶⁹ Muove da tale consapevolezza la dottrina che, per prima, ha interpretato l'art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta, tesi oggi largamente prevalente in letteratura e giurisprudenza. V. A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.

⁷⁰ N. ZANON, *La Costituzione*, cit.

⁷¹ E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Milano, 1976, 94.

⁷² Sia consentito rinviare a C. CARUSO, *Majority*, cit., 6 ss.

⁷³ Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, spec., 281 ss.

⁷⁴ Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁷⁵ V., se si vuole, C. CARUSO, *Giustizia costituzionale*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, 309.

5. Una lezione dall'Italia

Queste considerazioni rimandano a un dilemma all'apparenza ineluttabile: ammettere letture svalutate del concetto di Costituzione, rifugiandosi nell'apparente oggettività dell'interpretazione, o affidare i destini della Costituzione ai suoi guardiani, ormai assurti, secondo talune letture, a co-titolari di una funzione di indirizzo politico se non, addirittura, di *rappresentanza* dei valori costituzionali⁷⁶? Questa rigida alternativa tra concezioni formali e diluizioni giurisprudenziali della Costituzione è però da rifuggire. È infatti possibile rinvenire una via mediana, una terza via⁷⁷ che riconosca la centralità delle istituzioni e degli strumenti maggioritari nello sviluppo dell'ordinamento, cui affiancare, con un ruolo ausiliario di stimolo o di correzione, i poteri contro-maggioritari.

Per comprendere i termini di questa posizione teorica conviene tornare alla giurisprudenza della Corte suprema.

È da vedere se *Dobbs* (e *Bruen*), l'estremizzazione del Partito Repubblicano e del suo elettorato siano sintomi di un nuovo momento costituzionale, eguale e contrario a quello che, sessant'anni fa, ha portato gli Stati Uniti d'America sulla strada dei diritti e dell'emancipazione delle minoranze. Per il momento, queste tendenze sembrano portare a una «radicalizzazione conservatrice», promossa da chierici ed élites politiche contrari a taluni valori che oggi costellano il panorama assiologico statunitense⁷⁸.

Negli Stati Uniti, la debolezza dei «nuovi» diritti, tra cui quello alla interruzione di gravidanza, riposa anche nella loro origine giurisprudenziale, nella loro riduzione a semplice opzione interpretativa delle corti. *Roe* e *Casey* hanno illuso che fosse sufficiente una avanzata giurisprudenza per riconoscere e tutelare (in una parola: per *fondare*) rinnovati diritti costituzionali.

L'ordine di esecuzione, firmato all'indomani della decisione dal Presidente Biden per garantire, nonostante *Dobbs*, l'accesso ai servizi abortivi⁷⁹, conferma l'impressione di una certa arretratezza istituzionale: ciò che è mancato, in quell'ordinamento, è un processo di unificazione politica che, al di là delle differenziazioni territoriali, desse fondamento giuridico *unitario* alla interruzione di gravidanza. Non a caso, nel percorso argomentativo della *majority opinion* la necessità di garantire *the will of the people* e, dunque, uno spazio di decisione politica a favore delle istituzioni federali, va di pari passo con l'esigenza di assicurare un ampio margine di azione agli Stati. Viene così riscoperta, in tema di di-

⁷⁶ Una posizione che si sta facendo strada in quella parte della letteratura internazionale che valorizza l'opera di tutela dei diritti da parte delle corti. Cfr., tra gli altri, M. KUMM, *On the Representativeness of Constitutional Courts: How to Strengthen the Legitimacy of Rights Adjudicating Courts without Undermining Their Independence*, in C. LANDFRIED (ed.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge, 2019, 281 ss. Echi anche nella dottrina italiana: v. C. VALENTINI, *Rappresentanza politica*, in *Grammatica del costituzionalismo*, cit., 113 ss. Per una lettura tradizionale, ma ancora attuale, della rappresentanza politica, v. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 2008, 853 ss.

⁷⁷ Cfr. C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la «terza via»*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/il-caso-dobbs-e-la-terza-via>.

⁷⁸ J.M. BALKIN, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, cit., 5 ss.

⁷⁹ <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/08/03/executive-order-on-securing-access-to-reproductive-and-other-healthcare-services/>.

ritti fondamentali, una sorta di *concurrent majority*⁸⁰ o di doppio livello di decisione politica, che non solo amplifica la discrezionalità legislativa ma consente a *ciascuno stato* di muoversi liberamente, secondo gli equilibri e le maggioranze determinatisi nei rispettivi territori⁸¹. In simili contesti, connotati spesso da arretratezze culturali, spiccata omogeneità partitica⁸², sistemi elettorali disproporzionati in termini di rappresentatività⁸³, è difficile immaginare che l'interruzione di gravidanza si affermi in via politica⁸⁴, affrancandosi dalla tirannia delle maggioranze dei diversificati ordinamenti statali. Il panorama sub-federale dell'America di oggi sembra refrattario al pluralismo: in misura crescente, infatti, gli Stati sono «strumenti delle battaglie per l'identità»⁸⁵.

Questa ulteriore conseguenza rende *Dobbs* una decisione non proporzionata, che amplifica in misura esponenziale il peso e le ragioni dei poteri a detrimento dei diritti della persona⁸⁶ e, più nello specifico, della pari dignità sociale della donna. *Dobbs* non apre soltanto a possibili differenziazioni normative tra i diversi Stati: attraverso il declassamento del test di legittimità costituzionale, che passa dall'*undue burden* di *Casey* al debole *rational basis test*, la pronuncia amplifica il margine di discrezionalità legislativa, chiamata a graduare, nella valutazione della richiesta di interruzione, le cause della gravidanza, il periodo di gestazione, le condizioni di salute della donna. Questa ampia discrezionalità rischia di degradare il genere a *stigma*, a condizione personale che implica, in via di principio, una generale subordinazione dell'autodeterminazione individuale alla volontà legislativa⁸⁷.

Alla luce di tali considerazioni, può concludersi che, negli Stati Uniti, è mancato ciò che è avvenuto in Italia: l'interruzione di gravidanza, oggi disciplinata dalla legge n. 194/1978, è stata resa possibile da un processo di istituzionalizzazione che ha visto protagonista una pluralità di soggetti: la Corte costituzionale⁸⁸, i cittadini (prima con la raccolta delle firme per il referendum del 1975 e poi con il voto referendario del 1981, che ha respinto gli opposti quesiti, di matrice cattolica e radicale, sulla legge

⁸⁰ La tesi della *concurrent majority* è stata elaborata da J. Calhoun nell'ambito del cd. *constitutional compact*, teorizzato prima della guerra civile in un contesto di federalismo duale. In base alla *concurrent majority*, ciascuna decisione avrebbe dovuto coinvolgere anche la volontà dei soggetti esponenziali di *interessi* rilevanti per l'organizzazione collettiva (e, dunque, degli Stati federati). Cfr. J. CALHOUN, *A disquisition on government and a discourse on the constitution and government of the United States*, New York, 1883, 28.

⁸¹ Coglie questo aspetto della decisione S. PENASA, *People have the power!*, cit., 617. Non a caso, proprio l'approvazione, da parte di diversi Stati, di leggi restrittive in tema di aborto ha aperto la strada al giudizio di costituzionalità della Corte suprema. Cfr. D. PARIS, *Overruling Roe v. Wade?: The Increasing Politicization of Constitutional Adjudication in the U.S.*, in *VerfBlog*, 2019/7/05, che scrive, a questo proposito, di «State-driven strategic litigation».

⁸² F. PETRONI, *Fiamme sulla collina*, cit., 45, sottolinea come, ad oggi, 39 dei 50 Stati americani siano caratterizzati da un regime a partito unico (i.e., dallo stesso colore politico di governatore e legislativo). Inoltre, le contee in cui i candidati alla Presidenza vincono con una percentuale superiore all'80% sono un quarto del totale.

⁸³ Sul problema del *gerrymandering* nelle legislazioni elettorali statali cfr. A. PIERINI, *I sistemi elettorali nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, in M. OLIVIERO, M. VOLPI (a cura di), *Sistemi elettorali e democrazie*, Torino, 2007, 402.

⁸⁴ In questo senso, invece, M. D'AMICO, *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/una-discussione-maschile-che-lascia-sullo-sfondo-le-donne-e-i-loro-diritti>.

⁸⁵ F. PETRONI, *Fiamme sulla collina*, cit., 45.

⁸⁶ Condivisibili le osservazioni, sul punto, di C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, cit.

⁸⁷ In questo senso mi pare vadano le osservazioni di S. PENASA, *People have the power!*, cit., 1617.

⁸⁸ Cfr. sent. n. 27/1975.

194⁸⁹), lo stesso legislatore rappresentativo. Certo, al contrario di *Roe* e *Casey*, legislatore e Corte costituzionale non hanno riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo all'aborto: nei primi 90 giorni l'interruzione di gravidanza è ammessa allorché la maternità arrechi un pregiudizio serio alla salute fisica e psichica della madre⁹⁰, sulla base dell'assunto «che non esiste equivalenza fra il diritto [...] alla vita [e] alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»⁹¹.

Una soluzione che, a circa quaranta anni dalla sua entrata in vigore, ha richiesto taluni interventi di manutenzione: una recente circolare del Ministero della Salute ha, ad esempio, ampliato la possibilità di ricorrere all'aborto farmacologico⁹². Inoltre, è stata ipotizzata una semplificazione delle procedure amministrative nel senso di rafforzare le garanzie di autodeterminazione della donna⁹³, e sono state adottate, dalle diverse strutture sanitarie, misure organizzative volte a limitare il diffuso ricorso all'obiezione di coscienza, che rischia di minare l'effettività dell'interruzione di gravidanza⁹⁴.

In ogni caso, la scelta codificata dalla legge n. 194/1978 è destinata a resistere nel tempo perché figlia di un ampio processo deliberativo orientato a raggiungere un'intesa tra soggetti diversi che trovano nella Costituzione una comune legittimazione⁹⁵. L'interruzione di gravidanza nel nostro ordina-

⁸⁹ La richiesta referendaria del 1975 mirava ad abrogare le disposizioni del codice penale che, a vario titolo, punivano l'aborto e i comportamenti ad esso connessi. Il referendum, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con la sent. n. 251/1975, non si tenne per l'intervenuta approvazione della legge n. 194/1978. I referendum del 1981, accertata l'inammissibilità della proposta "massimale" di abrogazione della legge nel frattempo intervenuta (cfr. sent. 26/1981), hanno visto una chiara affermazione dei NO, così dotando di un plusvalore di legittimazione l'equilibrio raggiunto dalla legge 194. Riferimenti in A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, 55 ss., 67 ss.

⁹⁰ Cfr. art. 4, l. n. 194/1978. Il serio pericolo va declinato in relazione ad ampie clausole come lo stato di salute, le condizioni economiche, o sociali o familiari, le circostanze in cui è avvenuto il concepimento, le previsioni di anomalie o malformazioni del concepito. Dopo i primi novanta giorni, l'interruzione di gravidanza può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (art. 6).

⁹¹ Sent. n. 27/1975.

⁹² Cfr. Min. Salute, *Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine – aggiornamento* (2020), che hanno aggiornato le precedenti Linee guida adottate nel 2010, nel senso di estendere l'aborto farmacologico fino a 9 settimane di età gestazionale senza obbligo di ricovero. Cfr. G. BRUNELLI, *Problemi (vecchi e nuovi) in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in B. LIBERALI, L. DEL CORONA (a cura di), *Diritto e valutazioni scientifiche*, Torino, 2022, 212. Con tale aggiornamento è stata data attuazione al favor, espresso dall'art. 15 della l. n. 194/1978, per l'uso delle «tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza». Cfr. M.P. IADICICCO, *Aborto farmacologico ed emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Quad. cost.*, 2020, 823.

⁹³ Cfr. G. BRUNELLI, *Problemi*, cit., 208 ss.

⁹⁴ Sulla scorta dell'art. 9, quarto comma, della l. 194/1978, che impone agli enti ospedalieri (e alle case di cura) di assicurare «in ogni caso» i servizi necessari all'interruzione di gravidanza, demandando alle regioni il compito di garantire l'attuazione della legge «anche attraverso la mobilità del personale», talune aziende ospedaliere hanno adottato bandi di reclutamento del personale medico disposti a dare applicazione alla legge n. 194/1978. Su tali profili cfr. B. LIBERALI, *Obiezione di coscienza nell'interruzione di gravidanza ancora a giudizio? Punti fermi e prospettive future*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 374 ss.; D. PARIS, *In margine a due provvedimenti limitativi del diritto all'obiezione di coscienza nella Regione Lazio*, in *Quad. cost.*, 2017, 353 ss.

⁹⁵ Cfr. F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il Giudice Brennan*, Bari, 2004, 122 ss.

mento è il risultato di un proficuo dialogo tra la Corte costituzionale, recettiva o *responsive* rispetto a istanze maturate nella coscienza sociale⁹⁶, il legislatore, chiamato a delineare, nelle sue indefettibili funzioni di rappresentanza politica, la sintesi tra i diversi valori costituzionali coinvolti e i cittadini, che, con la loro attiva partecipazione, hanno suggellato questo percorso cooperativo. Un caso, dunque, di buona politica costituzionale, da prendere ad esempio nelle analisi sulla dialettica tra testo della Carta fondamentale, ordinamento giuridico ed evoluzione sociale.

Special issue

⁹⁶ Cfr. R. DIXON, *In Defense of Responsive Judicial Review*, in *UNSWLRS*, 11, 2022, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4100843.



Il “caso *Dobbs*”: originalismo “estremo” e crisi del costituzionalismo negli States

Paolo Veronesi*

THE “DOBBS CASE”: “EXTREME” ORIGINALISM AND THE CRISIS OF CONSTITUTIONALISM IN THE STATES

ABSTRACT: The U.S. Supreme Court's *Dobbs* decision is examined, highlighting the theory of constitutional interpretation chosen by justices adhering to the majority opinion of the Court and criticizing the “originalism” practiced by them with the aim of overruling the precedent on abortion. The essay then focuses on the consequences to which the repetition of such an approach is likely to lead with reference to other rights and jurisprudential precedents that have hitherto characterized U.S. democracy.

KEYWORDS: US Supreme Court; Abortion; Originalism; Living Constitution; Stare decisis

ABSTRACT: Viene presa in esame la sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana, mettendo in luce quale teoria dell'interpretazione abbiano scelto i giudici di maggioranza e sottoponendo a critica l'“originalismo” da essi praticato con l'obiettivo di demolire lo *stare decisis* in materia di aborto. Si analizzano quindi le conseguenze alle quali condurrà verosimilmente la riproposizione di un simile approccio in riferimento ad altri diritti e precedenti giurisprudenziali che hanno sin qui caratterizzato la democrazia statunitense.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema USA; Aborto; Originalismo; Living Constitution; Stare decisis

SOMMARIO: 1. Un problema di competenze? – 2. Una questione di (pessima) interpretazione costituzionale – 3. Le aporie dell'originalismo – 4. Un originalismo *contra Constitutionem* – 5. Le (ferali) conseguenze di *Dobbs* – 6. Una “neutralità” pretesa ma inesistente – 7. Una Corte “politica”?

1. Un problema di competenze?

Nella sentenza *Dobbs*, dello scorso 24 giugno 2022, la Corte Suprema degli Stati Uniti imposta (innanzi tutto) il tema del diritto all'aborto (nel suo rapporto con quanto è stabilito in Costituzione) come se si trattasse di una mera questione di competenza.

La Corte afferma pertanto che il compito di stabilire l'esistenza di un diritto all'autodeterminazione delle donne nel decidere l'interruzione di gravidanza non rientrava (e non rientra) tra le prerogative della Corte, spettando invece al potere legislativo dei singoli Stati.

* *Ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara. Mail: vrp@unife.it. Contributo su invito.*

Sostenendo esattamente il contrario, dapprima con la celebre *Roe v. Wade* (del 1973), e poi con le correzioni/mitigazioni di *Planned Parenthood v. Casey* (1992) e di altre pronunce della medesima filiera¹, la Corte avrebbe pertanto illegittimamente usurpato il potere e le competenze dei legislatori nazionali. Per questa ragione, *Scotus* ritiene che il precedente del 1973 (e i successivi) sarebbero completamente sbagliati, ossia «*egregiously wrong*», come si trova scritto nella motivazione proprio con riguardo a *Roe*. Quel precedente si fonderebbe inoltre su argomenti niente meno che «eccezionalmente deboli». Da qui il radicale *overruling* e la completa demolizione dello *stare decisis* sul tema.

2. Una questione di (pessima) interpretazione costituzionale

A questo pilastro argomentativo la Corte ne aggiunge tuttavia un altro, il quale costituisce il vero fulcro della pronuncia. Esso affonda le proprie radici in una (da lungo tempo) meditata e coltivata scelta interpretativa: essa trova oggi modo di esprimersi compiutamente facendo aggio del nuovo equilibrio “politico” raggiunto in seno alla Corte.

Per addivenire al suo odierno responso la Corte sostiene infatti che le norme costituzionali utilizzate e interpretate in *Roe*², nonché poi più precisamente identificate in *Casey* e nelle successive sentenze sul tema – ove ci si concentra definitivamente sul solo XIV Emendamento – non contemplino o non supportino, in realtà, alcun preteso diritto delle donne d’interrompere la gravidanza.

Per giungere a una tale conversione a U della propria giurisprudenza la Corte mette in campo una tecnica interpretativa di natura rigidamente originalista, preparata con cura nel corso degli ultimi decenni³.

In estrema sintesi, i giudici negano la possibilità di un’interpretazione evolutiva del testo costituzionale – implicita nell’idea di una *living Constitution*⁴ – e sostengono invece che i diritti fondamentali vanno estrapolati dalla Costituzione solo se in essa espressamente previsti o se già radicati nella tradizione del Paese e nella sua storia, con particolare riguardo al tempo in cui le norme di volta in volta sotto la lente sono state concepite. In aggiunta, la *Supreme Court* afferma che i diritti così eventualmente ricostruiti devono comunque rispettare uno schema di *ordered liberty*, e quindi risultare ben inseriti nel sistema degli altri diritti a essi connessi e con questi, dunque, già opportunamente bilanciati.

¹ Un’articolatissima rassegna della giurisprudenza della *Supreme Court* in materia è proposta da L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in questa *Rivista*, 3, 2022, 15 ss.

² Specificamente il I, II, IV, V, IX e XIV Emendamento.

³ *Dobbs* è anche il frutto dell’insegnamento originalista impartito a spada tratta dall’ex giudice Antonin Scalia, maestro di alcuni di coloro che oggi siedono presso *Scotus*: al proposito si v. *La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. cost.*, 3, 2013, 669 ss. Per un esame complessivo delle tesi originaliste cfr. C. TRIPODINA, *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo interpretativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 229 ss. (ma recuperato on-line); P. BIANCHI, *Le trappole dell’originalismo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2012, 285 ss. e O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Diritto@Storia*, 12, 2014.

⁴ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Originalismo e “living Constitutionalism”*, tra domanda di Costituzione e principi supremi, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. A tale approccio interpretativo s’ispira la *dissenting opinion* dei tre giudici *liberal* in seno alla *Supreme Court*.

Benché, come si dirà *infra*, la motivazione di maggioranza non difetti di contraddizioni, se ne evince che solo in presenza di tali stringenti requisiti i nuovi diritti fondamentali, benché non nominati esplicitamente nella Carta, potranno collocarsi sotto l’ombrello del XIV Emendamento (e della qui prevista *Due Process Clause*).

Questa tesi – di per sé già molto angusta – potrebbe peraltro essere persino superata al ribasso ove dovesse in futuro prevalere la tesi sostenuta nella baldanzosa *concurring opinion* del giudice Thomas: vi si sostiene che l’Emendamento in questione non sarebbe in realtà dotato di alcun contenuto sostanziale, riguardando la sola azione dei legislatori, dei governi e dei giudici. Tutta la corposa giurisprudenza di *Scotus* fondata sulla tesi contraria dovrebbe quindi esser ribaltata. Thomas sollecita, dunque, a sollevare i relativi casi davanti alla Corte, promettendo di usare la scure: come si dirà meglio, si tratta di pronunce che hanno fatto la storia della democrazia statunitense (e, a cascata, non solo di quella).

Dobbs adotta quindi un approccio interpretativo di carattere rigidamente storico. Vi si accoglie la tesi per cui le norme contenute in Costituzione e gli Emendamenti andrebbero assunti badando all’*original intent* di chi li ha approvati, oppure – ed è questo che si deduce dalla motivazione di maggioranza – dando rilievo al solo significato che le parole del testo esprimevano allorché sono state concepite e tradotte sulla carta⁵.

Per i giudici di *Dobbs* il diritto all’autodeterminazione delle donne in gravidanza non supererebbe nessuna queste prove: la discordante ricostruzione storica del fenomeno e delle scelte legislative del passato statunitense in materia di aborto, pur attentamente delineata in *Roe*, viene ora bocciata senza appello⁶.

Le numerose tesi originaliste elaborate dalla dottrina – quella oggi praticata da *Scotus* compresa – brandite come una scimitarra soprattutto dagli interpreti iper-conservatori⁷, hanno però sempre suscitato sconcerto, almeno presso una larga fetta dei giuristi e dei costituzionalisti *in primis*: ciò soprattutto con riguardo a quelle più estreme e meno disposte al dialogo con impostazioni di ben diversa natura. Quanto trasparente (*rectius*: esonda) da *Dobbs* è riconducibile proprio a una di queste.

⁵ Si v. C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022. Come osserva O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022, il panorama dell’originalismo è assai variegato, ma tale approccio «in tutte le sue versioni muove dall’idea che il testo costituzionale non sia autosufficiente».

⁶ Alquanto interessanti sono dunque i passaggi testuali di *Roe* in cui si ricostruisce come la tradizione americana abbia per lungo tempo ammesso l’aborto *pre-quickening* – se ne fa cenno anche nella *dissenting opinion* a *Dobbs* – o come le varie religioni abbiano diversamente impostato il problema dell’interruzione di gravidanza ai primi stadi di sviluppo dell’embrione, o di come, per molto tempo, la massima preoccupazione dei legislatori statunitensi fosse di tutelare la salute delle donne, in un’epoca in cui la medicina (anche ginecologica) era alquanto imprecisa, difettavano gli antisettici e gli antibiotici ancora non erano diffusi.

⁷ È senz’altro certo che l’impostazione originalista non è sinonimo di conservatorismo o reazione (L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022) – ai tempi di Roosevelt venne anzi utilizzata proprio dal campo democratico per contrastare una Corte Suprema che mirava a neutralizzare le politiche del *New Deal* (P. BIANCHI, *Le trappole dell’originalismo*, cit., 289) – è però altrettanto sicuro che, nella recente storia degli *States*, così è prevalentemente accaduto: cfr. C. SUNSTEIN, *Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 3, 2018, 1674.

3. Le aporie dell'originalismo

Le aporie di simili impostazioni teoriche appaiono evidenti.

Innanzitutto, si presenta il problema di stabilire cosa effettivamente vollero tutti i Costituenti americani assunti come un blocco compatto⁸. Quali aspirazioni, quali compromessi e quali riserve mentali condussero i vari componenti dell'Assemblea ad accettare quelle dizioni di principio?

In aggiunta, quale autentica intenzione dovrebbe rilevare? Quella specifica dei Costituenti (al netto di quanto appena precisato), quella di chi ha ratificato il testo, quella dei giuristi che magari suggerirono o cercarono di intendere il senso delle parole utilizzate dai *Framers* avendo forse di mira obiettivi diversi⁹?

Si pensi a taluni esempi italiani: a quali «formazioni sociali», ex art. 2 Cost., pensarono i Costituenti? La laicità non è menzionata in Costituzione, eppure davvero non traspare dalle sue maglie? Come abbiamo potuto aderire alla UE, e sopportare limitazioni di sovranità, in base al “generico” art. 11 Cost.? Neppure la separazione dei poteri è menzionata (ed era una tradizione italiana?) ma non costituisce forse il nerbo dell'intera organizzazione costituzionale tracciata nel 1946-48? Cosa avevano in mente i Padri allorché menzionarono quel concetto assai sfuggente che risponde al nome di “dignità”? E si potrebbe continuare...

Neppure la motivazione di maggioranza di *Dobbs* chiarisce del tutto questo profilo: essa intende sostenere che il XIV Emendamento andrebbe interpretato come lo si intendeva proprio e solo allorché venne alla luce (nel 1868) – ammesso che l'esperimento sia possibile – o come il complesso ordinamento statunitense si atteggiava sul tema dell'aborto già prima di quella data¹⁰? Una realtà che – come precisato *supra* – in *Roe* veniva tratteggiata in modo ben diverso e meno monolitico di quanto non accada oggi in *Dobbs* (nonostante le due corpose Appendici che corredano quest'ultima pronuncia). Che l'intento dei Costituenti americani non fosse in linea con queste idee variamente “archeologiche” lo prova del resto la circostanza che essi hanno consciamente inserito nella Carta espressioni generiche e di principio: queste furono i frutti maturi di una serie di «accordi [solo] parzialmente teorizzati» tra di loro stipulati in quel frangente proprio per giungere alla meta¹¹. Se avessero inteso imporre volontà più nitide e meno sfumate i *Framers* avrebbero di certo trovato le parole idonee allo scopo¹²; avrebbero cioè formulato vere e proprie regole. Espressero invece (prevalentemente) concetti astratti, ossia

⁸ Si v., tra gli altri, G. GEMMA, *Irrealtà di un'intenzione del legislatore storico (e di altre realtà collettive)*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 385. Si v. anche la copiosa dottrina citata da C. TRIPODINA, *L'argomento originalista*, cit., 5 del paper. M. CAVINO, *L'intenzione del legislatore vivente: il significato dell'oggetto tra interpretazione conforme e interpretazione vivente*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo*, cit., 14, nota 3, ritiene invece che, nonostante le difficoltà, sia pur sempre possibile ricavare una «unità d'intenti» di chi ha approvato un testo normativo. Con riguardo al canone ermeneutico dell'intenzione del Costituente cfr. la rassegna dottrinale di L. PESOLE, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed originalismo*, cit., 140 ss.

⁹ V., ad esempio, P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., 292.

¹⁰ Si sottolinea questo aspetto nella stessa *dissenting opinion* a *Dobbs*.

¹¹ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009, 80 ss.: tali accordi consentono alle persone di dimostrare reciproco rispetto anche se non pienamente concordi sulle loro applicazioni in concreto.

¹² O. CHESSA, *La novità delle origini*, cit.

principi «con un elevato grado di genericità»¹³, non avventurandosi a declinarli in concreto, né specificando le «concezioni dei concetti» utilizzati da chi li aveva formulati¹⁴, anche perché erano certamente molto diverse da testa a testa e volerle precisare avrebbe mandato a monte quanto raggiunto. Rimangono le coordinate di una (un po’) meno “estrema” versione dell’originalismo, ossia del cosiddetto *original public meaning*. Compito dell’interprete sarebbe dunque di ricostruire come la società del tempo abbia effettivamente inteso le parole incluse nella Carta. Si tratterebbe dunque (e ancora) di un’indagine storica – non affrontiamo il problema (tutto da definire) se compito del giurista sia di indossare le vesti dello storico... – avente, però, un ben diverso scopo: per svolgerlo l’interprete dovrebbe usare le più varie fonti dell’epoca: giornalistiche, giuridiche, scientifiche, pubblicistiche ecc. Quel significato così fatto distillare dalla “botte” costituzionale dovrebbe poi ritenersi pietrificato e vincolante per tutti.

Ma anche quest’approccio non convince¹⁵.

Innanzitutto, per alcune ragioni di base: occorrerebbe, ad esempio, spiegare come possa ritenersi oggi vincolante il significato attribuito all’epoca alle parole della Carta muovendo da un contesto sociale che escludeva dal proprio orizzonte proprio le donne (oltre che le persone di colore), negando i loro diritti e relegandole all’esterno della dimensione pubblica (e forzandole invece dentro i recinti della casa e della famiglia).

E poi, quale senso attribuire al testo nel caso in cui quella particolare disposizione sia stata in altra epoca (magari più vicina a noi) modificata in tutto o in parte? Oppure quando sia stata affiancata da un Emendamento che l’ha integrata?

Quale punto di vista prendere poi per buono: quello dell’uomo/donna medio/a, del giurista, di una non meglio precisata persona ragionevole, quello dell’utilizzatore dei migliori vocabolari del tempo? Non è dunque casuale se, in passato, la Corte Suprema si era ben guardata dall’esplicitare in modo così stentoreo un approccio ora ritenuto imprescindibile, preferendo approcci decisamente più sfumati¹⁶. *Dobbs* assume invece oggi come pacifico e scontato un utilizzo rigidissimo di quelle coordinate fino a ieri assai contenute.

4. Un originalismo *contra Constitutionem*

Il vero problema – in aggiunta a quelli appena tratteggiati – è però che simili atteggiamenti stravolgono, a ben vedere, la *mission* più tipica e profonda delle Costituzioni. Queste – non a caso – nascono infatti “presbiteri” (secondo la nota e insuperabile formula coniata da Piero Calamandrei): esse sono cioè (per definizione) finalizzate/destinate a durare nel tempo, rispondendo efficacemente alle trasformazioni

¹³ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2022, 546.

¹⁴ O. CHESSA, *La novità delle origini*, cit. Sul ruolo delle “concezioni dei concetti” nell’interpretazione della Carta v. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, 108. Di «schemi concettuali» ragiona analogamente V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, 1999, 84 ss.

¹⁵ Molte delle considerazioni che seguono sono tratte ancora da O. CHESSA, *La novità delle origini*, cit.

¹⁶ Tra le sentenze recenti in cui la Corte Suprema ha adottato un approccio tipicamente originalista, supportato da cospicui documenti storici, va senz’altro collocata *District of Columbia v. Heller* (2008, in tema di porto d’armi), il cui parere di maggioranza venne steso, non a caso, da Antonin Scalia.

sociali sempre al lavoro perché in grado di adattarsi a fattispecie (anche del tutto) imprevedibili al momento della loro entrata in vigore¹⁷.

Si tratta di una tesi ben nota agli interpreti e a suo tempo sostenuta anche dal *Chief Justice* Marshall, del quale, nel *dissent*, vengono riportate affermazioni paradigmatiche: tra l'altro, egli giustificò la scelta di adottare interpretazioni evolutive della Costituzione ricostruendo proprio il pensiero che fu dei *Framers* (e, dunque basandosi, paradossalmente, sulla stessa dottrina originalista di chi oggi vorrebbe sostenere il contrario)¹⁸.

La conclusione dei tre giudici dissenzienti non fa dunque una piega. I Costituenti americani intendevano consapevolmente predisporre un documento normativo se non perenne, certamente molto longevo: esso venne appositamente concepito per adattarsi ai tempi.

Questo approccio diviene evidentissimo proprio laddove le Costituzioni disciplinano i diritti fondamentali. Anche la Costituzione americana – come tutte le Costituzioni democratiche – non profila dunque nel dettaglio i diritti che enuncia, né potrebbe farlo; li traccia invece in termini generali per agevolare l'adattabilità futura dei loro significati a ciò che verrà. È quanto accade proprio (e anche) con il XIV Emendamento: si tratta di un modo di fare e di pensare che, fin qui, la Corte Suprema ha opportunamente fatto suo¹⁹.

Più utile di un approccio pietrificato dagli ambigui dettami dell'originalismo è appoggiarsi invece – di norma – all'intenzione *oggettiva* ricavabile dalle disposizioni di volta in volta in rilievo, e dunque a ciò che esse concretamente esprimono allorché le si manovrerà per applicarle ai nuovi casi sempre in agguato.

Le Costituzioni vanno quindi interpretate ancorandosi rigorosamente al loro testo ma mai rifiutando di confrontarsi con quanto (anche d'imprevisto) possa comunque rientrare nella portata dei principi in esse ospitati.

Come sostenuto nel *dissent*, la Corte Suprema ha aderito a quest'idea fondante dell'interpretazione costituzionale in numerose sue pronunce: decisioni che hanno fatto epoca e compiuto passi in avanti sul fronte dei diritti²⁰. Un simile approccio interpretativo è dunque già saldamente inseribile nella tradizione americana e nel *modus operandi* della Corte Suprema. Se ne può dunque ora fare a meno come se nulla fosse?

Nel *dissent* si sottolinea perciò che il XIV Emendamento è stato approvato da soli uomini in un frangente storico in cui le donne non godevano del diritto di voto e di numerose altre prerogative. Proprio nel 1868 – anno di nascita dell'Emendamento in discorso – ai primi moti delle femministe americane che rivendicavano i loro diritti, fu “coerentemente” opposto che non erano ancora maturi i tempi in cui le donne avrebbero potuto chiedere precise tutele costituzionali. È dunque quella la prospettiva attraverso la quale leggere, interpretare e applicare oggi le disposizioni incluse nella Carta americana?

¹⁷ Come scrive M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 47 s., le Costituzioni aspirano alla «eternità ordinamentale» e, anche per questo, il loro testo deve essere «sondato – e rispettato – in tutte le sue virtualità di significato».

¹⁸ Su questo profilo v. P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, cit., 287.

¹⁹ Questa tesi è ampiamente illustrata nella *dissenting opinion*: quali esempi si citano le sentenze che verranno evocate anche *infra* nel testo, da *Brown* a *Obergefell*.

²⁰ Si v. la nota che precede nonché (ancora) *infra* nel testo.

Per la decisione di maggioranza, dunque, «l’orologio della storia sembra essersi fermato alla fine del XIX secolo»²¹.

5. Le (ferali) conseguenze di *Dobbs*

Adottando lo “stile interpretativo” accolto dai giudici di maggioranza di *Dobbs*, è dunque inevitabile che anche altri diritti già riconosciuti dalla Corte Suprema vengano (prima o poi) rimessi in discussione. Essi non potevano infatti essere conosciuti dai *Framers*, non affondavano nella storia e nella tradizione della Nazione allorché sono stati ammessi e sono quindi scaturiti da attenti e misurati processi interpretativi che andrebbero invece rinnegati *from the start*.

Non sorprende dunque che, a tal proposito, mentre l’estensore Alito punti a rassicurare il pubblico – non disdegnando d’invocare un suo (tutto da provare) «*Scout’s honor*» – l’estremista giudice Thomas ne approfitti per esprimere ben altro avviso.

Si può proporre già un primo elenco di tali diritti in bilico, muovendo proprio da quanto scrive Thomas nella sua *concurring opinion* e aggiungendone anche qualcuno in più: il diritto delle coppie sposate a utilizzare contraccettivi (*Griswold v. Connecticut*, 1965); lo stesso diritto per chi non è coniugato (*Eisenstadt v. Baird* del 1972); il diritto a non essere perseguiti allorché si praticino rapporti omosessuali (*Lawrence v. Texas*, 2003); il diritto a sposare cittadine o cittadini di altra provenienza etnica (*Loving v. Virginia*, 1967); il diritto a non essere sterilizzati senza un esplicito consenso (*Skinner v. Oklahoma*, 1942); il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergefell v. Hodges*, 2015) e a rifiutare/interrompere le terapie anche salvavita per i pazienti in stato vegetativo (*Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 1990).

A stare con il fiato sospeso non è quindi solo il diritto delle donne in gravidanza a optare per l’aborto – già demolito da *Dobbs* – ma, in realtà, i diritti di tutti.

I diritti delle donne, come avviene spesso, identificano solo il “campo di sperimentazione” di un cambio di strategia che, però, intende procedere ben oltre.

Dobbs ribalta quindi la convinzione per la quale il diritto di autodeterminarsi con riguardo ad aspetti essenziali relativi al proprio corpo, alla propria salute fisica o psicologica e alla propria esistenza presente e futura compete ai diretti interessati e non già al capriccio degli Stati. Questi ultimi vengono ora legittimati da *Scotus* a entrare a piè pari nella sfera privata e intima di uomini e donne²².

6. Una “neutralità” pretesa ma inesistente

La sentenza *Dobbs* non è dunque per niente “neutrale”, posto che lascerebbe la palla nel campo d’azione dei singoli Stati²³, come si afferma nella *concurring opinion* del giudice Kavanaugh²⁴.

²¹ A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L’overruling di Roe v. Wade*, in *Foro it.*, 2022, pt. IV, 439 s.

²² Come rileva C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell’originalismo*, in *La Lettera AIC*, settembre 2022, *Dobbs* oscura «le ragioni individuali a favore di quelle che, su base maggioritaria, riescono ad aggregarsi ed imporsi».

²³ Come affermano A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., 374, «la Corte che sconfessa *Roe* non è neutrale», rinnegando un diritto che, per quasi cinquant’anni, ha goduto del suo stesso appoggio.

²⁴ A sostegno di questa tesi si v. N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in *La Lettera AIC*, luglio 2022.

È vero l'esatto contrario: questa pronuncia afferma che, per la Costituzione americana, sono gli Stati a poter decidere come credono e vorranno del corpo delle donne in gravidanza, persino annullandone *in toto* l'autodeterminazione pur se in presenza – ad esempio – di stupro, incesto, malattie mortali del feto, inefficacia dei contraccettivi utilizzati, situazioni economiche disperate, forse persino ove sia in gioco la loro vita e la loro salute²⁵.

E anche se molti Stati non dovessero giungere a tanto, sul capo delle donne continuerebbe a incombere questo rischio, attualizzato magari da un nuovo governatore e da nuove maggioranze reazionarie oggi in grande spolvero.

Si viene così a demolire, con una sufficienza troppo smaccata, un diritto che aveva ormai quasi cinquant'anni di vita, si era radicato nel sociale e nella mente delle persone, era stato progressivamente calibrato (e persino assai limitato) dalla stessa Corte e dai legislatori statali, aveva ricevuto le riconferme e le applicazioni giurisprudenziali puntualmente richiamate nel *dissent*. Un diritto che aveva ormai dato luogo a un ragionevole affidamento in capo alle donne: convinte che vi avrebbero potuto far ricorso in casi di mancato funzionamento dei metodi contraccettivi o a seguito di vicende molto più drammatiche²⁶. Non tutti, certo, ne approvavano l'esercizio – ma lo stesso vale per pressoché tutti i nuovi diritti – ma a nessuno era imposto di esercitarlo: ora il quadro d'insieme muta radicalmente.

La Corte rifiuta insomma ogni bilanciamento e procede per la sua strada alquanto angusta. Negando che cinquant'anni siano sufficienti per insediare una tradizione o cambiare la storia di parole pronunciate nel 1868 e rifiutando di riconoscere che è nella sua tradizione interpretare evolutivamente la stessa Carta.

In *Roe*, invece, la Corte aveva impostato i bilanciamenti opportuni per risolvere il caso e il tema: stabiliva quindi che lo Stato poteva proibire l'aborto solo dopo la *viability* del feto, graduando l'autodeterminazione della gestante per trimestre di gravidanza e facendo salvi, negli ultimi novanta giorni, i soli casi in cui fosse davvero a rischio la vita o la salute della madre: quelli erano i punti di equilibrio individuati tra i diritti confliggenti (corretti o sbagliati che fossero)²⁷. Con *Casey* si corresse poi proprio quel bilanciamento, rivedendolo in non poche pieghe: ribadendo il diritto all'autodeterminazione fino alla *viability* ma predisponendo un principio nuovo, il cosiddetto "*undue burden test*". Vi si affermava che le limitazioni eventualmente introdotte dagli Stati, per essere legittime, non dovevano comunque comportare un onere eccessivo per le donne in gravidanza, negandosi cioè quanto formalmente si garantiva: quella correzione generò altra giurisprudenza e altra legislazione (alquanto) restrittiva²⁸. *Gonzalez v. Carhart* (2007) aggiunse poi un altro divieto, proibendo *erga omnes* una particolare tecnica medico-

²⁵ La decisione pone perciò una tutela già ampiamente riconosciuta (da lungo tempo) al di fuori della Costituzione: C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, cit.

²⁶ Aspetti e implicazioni che, in altre pronunce, la *Supreme Court* ha opportunamente valorizzato: si v., al proposito, proprio la sentenza *Casey*: C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Torino, 2022, 89.

²⁷ Sul fatto che *Roe* abbia decisamente bilanciato i principi disponibili mentre *Dobbs* rifiuti questo approccio v. N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, cit.

²⁸ Si v. la motivazione di maggioranza, a p. 54 della sentenza. V. però anche il *dissent* e la serie ragionata di pronunce proposta da L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve*, cit., 21 ss.

chirurgica di aborto tardivo e terapeutico²⁹. Usando peraltro toni che a molti commentatori parvero decisamente paternalistici.

Con *Dobbs* si annulla dunque lo *stare decisis*, ed è – come scritto nel *dissent* – la prima occasione in cui ciò accade per arretrare e non già avanzare sul terreno dei diritti³⁰. È dunque quasi offensivo che, per giustificare questo ribaltamento, Alito invochi la già menzionata decisione *Brown*, la quale eliminò la segregazione scolastica delle persone di colore, salvata invece, anni prima, con la sentenza *Plessy*: paragonare espressamente *Roe* proprio a *Plessy* è a dir poco ingiurioso.

E che esistessero poi i requisiti via via elaborati dalla giurisprudenza americana per giungere a un tale approdo – in un ordinamento che su quel principio si fonda – è ancora tutto da dimostrare³¹: nel *dissent* si replica perciò punto per punto, e con indubbia efficacia, a quanto affermato nell’opinione di maggioranza.

Sia chiaro, la maggioranza poteva certo decidere di ritoccare quei precedenti e il bilanciamento in essi stabilito, limandone alcuni aspetti. È quanto già ampiamente avvenuto con le citate sentenze *Casey* e *Gonzales* tra le altre. Ha invece preferito un’altra strada, decisamente più radicale, suscitando anche la presa di distanza del *Chief Justice* Roberts: egli ha però votato a favore del dispositivo, pur affermando che la questione sul tappeto – generata dalla legge del Mississippi – non avrebbe richiesto di spingersi così in là, violando – di fatto – il principio del *judicial restraint*.

7. Una Corte “politica”?

L’esito infine prescelto consente però di mettere a nudo la visione tutta politica sottesa a questa pronuncia. L’originalismo vi appare, di fatto, solo come lo «stratagemma retorico-persuasivo funzionale» all’obiettivo³². Uno strumento via via affinato nel corso tempo e ora praticato a largo raggio facendo perno sul paziente, progressivo inserimento presso gli scranni della Corte – da parte dei Presidenti repubblicani a partire almeno da Nixon – di giudici alquanto giovani, conservatori quando non reazionari, molto vicini a determinate sensibilità religiose, convinti assertori dell’*old* o del *new originalism*. L’apoteosi di una simile strategia di occupazione si è raggiunta proprio con il Presidente filogolpista Donald Trump, il quale ha avuto la ventura di scegliere ben tre giudici dal profilo inequivocabile.

La conferma di un simile intento politico è del resto confermato dalla circostanza per la quale, a quanto risulta, almeno tre dei giudici che si sono espressi in *Dobbs* – quelli appena evocati – avevano

²⁹ Per questo venne fortemente criticata nel *dissent* di Ruth Bader Ginsburg, che vi intravide la premessa per una futura demolizione di *Roe*: lo ricorda A. SPERTI, *Il diritto all’aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2022, 26.

³⁰ Come avvenne, ad esempio, nella celebre (e più volte citata in *Dobbs*) sentenza *Brown v. Board of Education*, che, nel 1954, eliminò la segregazione scolastica (prima giustificata dalla stessa Corte Suprema nella sentenza *Plessy*); lo stesso vale per la sentenza *Obergefell*, sul matrimonio tra persone del medesimo sesso. Anche gli esempi proposti nella *concurring opinion* di Kavanaugh – strumentalmente utilizzati per dimostrare che tutti i giudici che hanno fatto (e fanno) parte della Corte Suprema hanno praticato l’*overruling* – confermano però questo assunto: il tentativo di giustificare l’attuale regresso nel campo dei diritti produce, pertanto, un evidente effetto distopico.

³¹ V., per tutti, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri?*, cit., 441..

³² C. CARUSO, *Originalismo e politica*, cit.

affermato, sotto giuramento e al cospetto dei senatori chiamati a dare il *consent* – che mai avrebbero demolito *Roe*³³: hanno evidentemente spergiurato.

Il primo effetto di *Dobbs* è però (e soprattutto) la delegittimazione della Corte Suprema, nonché della sua giurisprudenza, perché ormai inaffidabile, preda della parte repubblicana più retriva e del tutto in linea con scelte reazionarie che non si fermano nemmeno davanti a un corposo *stare decisis* ormai immerso nel tessuto della società americana (e nella vita di chi la anima).

C'è da star certi che non finirà qui: non solo a seguito dell'“invito a Corte” del giudice Thomas, ma perché *Scotus* è alacremente all'opera e già se ne vedono alcuni effetti: perfettamente compatibili con *Dobbs*, ovviamente³⁴.

³³ L'ha messo polemicamente in rilievo Alexandria Ocasio-Cortez, componente democratica del Congresso USA (v. *la Repubblica* del 26 giugno 2022).

³⁴ Valga ciò per la sentenza *New York State rifle & pistols Association Inc. et al. v. Bruen* (23 giugno 2022), la quale boccia la legislazione dello Stato di New York che aveva pur timidamente limitato il diritto a portare armi in privato e in pubblico; *Kennedy v. Bremerton School Dist.* (27 giugno 2022) si esprime a favore dell'ostentata preghiera praticata di un allenatore a metà campo dopo gli incontri sportivi svolti in una Università pubblica; in *West Virginia v. EPA* (30 giugno 2022), privandosi quest'ultimo ente del potere di limitare le emissioni di anidride carbonica, si prelude alla futura demolizione di altre organizzazioni indipendenti di tal tipo, favorendosi di risulta le sole decisioni statali in materia.

Sentenza *Dobbs* e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica “direzione” dell'attuale maggioranza della Corte Suprema americana

Pietro Insolera*

THE DOBBS RULING AND SURROUNDINGS. PESSIMISTIC NOTES ON THE PROBLEMATIC “DIRECTION” TAKEN BY THE CURRENT UNITED STATES SUPREME COURT’S MAJORITY

ABSTRACT: Starting from the recent *Dobbs* ruling, in which the U.S. Supreme Court overruled *Roe v. Wade*, the 1973 landmark decision which affirmed the federal constitutional right to abortion under the substantive component of the XIV Amendment due process clause, as well as from a number of other recent U.S. Supreme Court’s rulings on fundamental rights, the essay makes a critical overall reflection on the originalist methodological approach adopted by the current majority of the Supreme Court. Reasoning on the overall evolution of the historical, political and ideological context that has led to such recent outcomes, one wonders what could be the future jurisprudential development in various jurisprudential areas, potentially leading to other sea changes in established judicial doctrines – especially through the discard of settled multifactor balancing tests in favour of more rigid text/history/tradition based tests – mainly in a direction of lowering the standard of protection of fundamental rights. The article also reflects on the possible negative consequences on the institutional legitimacy of the Supreme Court resulting from the excessive politicisation of its work, which have already taken place in light of the swift and strong conservative turn, in particular after *Dobbs*.

KEYWORDS: United States Supreme Court; substantive due process and right to abortion; constitutional interpretation; conservative legal movement; originalism/living constitutionalism

ABSTRACT: Prendendo le mosse dalla recente sentenza *Dobbs*, con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha annullato *Roe v. Wade*, la storica decisione del 1973 che affermava il diritto costituzionale federale all’aborto in base alla componente sostanziale della clausola del *due process* del XIV Emendamento, e da una serie di altre recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti sui diritti fondamentali, il saggio sviluppa una riflessione critica complessiva sull’approccio metodologico originalista adottato dall’attuale maggioranza della Corte Suprema. Ragionando sull’evoluzione complessiva del contesto storico, politico e ideologico che ha portato a questi recenti

* Assegnista di ricerca in diritto penale presso l’Università degli Studi del Sannio – Benevento. Mail: pietroinsolera@gmail.com. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

risultati, ci si chiede quali potrebbero essere i futuri sviluppi in varie aree giurisprudenziali, potenzialmente in grado di portare ad altri cambiamenti radicali nelle dottrine giudiziarie consolidate – in particolare attraverso l’abbandono dei consolidati test di bilanciamento multifattoriale a favore di test più rigidi basati su testo/storia/tradizione – prevalentemente in direzione di un abbassamento dello standard di protezione dei diritti fondamentali. L’articolo riflette anche sulle possibili conseguenze negative sulla legittimazione istituzionale della Corte Suprema derivanti dall’eccessiva politicizzazione del suo lavoro, che hanno già avuto luogo alla luce della rapida e netta svolta conservatrice, in particolare dopo *Dobbs*.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema degli Stati Uniti d’America; *due process* sostanziale e diritto all’aborto; interpretazione costituzionale; movimento giuridico conservatore; originalismo/*living constitutionalism*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. *Dobbs*: una sentenza sbagliata? – 2.1. La “riemersione” del cd. *History Test* – 2.2. *Liberty together with Equality?* – 2.3. Il *substantive due process* impone antidemocraticamente una specifica filosofia morale? – 2.4. Una Costituzione neutrale? – 2.5. *Stare decisis* costituzionale – 2.6. Delegittimazione della Corte – 3. I problemi istituzionali-strutturali, l’antidemocraticità e la lunga marcia del cd. *conservative legal movement* – 4. Delegittimazione della Corte, originalismo e scenari di arretramento nella tutela dei diritti, oltre il diritto all’aborto e gli altri cd. diritti non enumerati (*privacy rights*): il “problema” dell’VIII Em – 5. Ancora sulla sentenza *Dobbs* e sull’avversione nei confronti dei giudizi di bilanciamento nel sindacato di costituzionalità da parte della maggioranza attuale della Corte Suprema – 6. *Rule of Law* o *Rule of Five?* – 7. Ancora sulla legittimazione della Corte Suprema statunitense – 8. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

Le note che seguono, senza velleità di analizzare la discussa sentenza in materia di diritto all’aborto recentemente emessa dalla Corte Suprema degli U.S.A.¹, intendono offrire alcuni spunti di riflessione generale relativi a due aspetti.

Anzitutto, il forte “segnale” che tale pronuncia – considerata anche unitamente ad altre sentenze dell’*October Term 2021* – potrebbe rappresentare per la direzione futura della giurisprudenza costituzionale americana in materia di diritti fondamentali della persona. In secondo luogo, le ripercus-

¹ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022), estensore Alito (condivisa da Thomas, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett, nel solo dispositivo dal Presidente Roberts, opinione dissenziente estesa congiuntamente da Breyer, Sotomayor, Kagan), che ha confermato la legittimità costituzionale di una disposizione statale del Mississippi che vieta tutti gli aborti dopo la quindicesima settimana di gravidanza, prevedendo eccezioni per le emergenze mediche e per i casi di “grave anomalia fetale”, ma non per i casi di stupro o incesto, e sancito, per quel che più rileva, l’*overruling* delle celebri sentenze *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), che avevano, rispettivamente, affermato e confermato, pur limitandola, la protezione costituzionale federale del diritto all’interruzione volontaria della gravidanza della donna prima della cd. *fetal viability* (possibilità autonoma di sopravvivenza del nascituro fuori dal grembo materno), in forza della componente sostanziale riconducibile alla *liberty* della *due process clause* del XIV Em.

sioni sulla legittimazione istituzionale dell'organo, determinate da una decisione "generazionale", di nettissima rottura rispetto alla giurisprudenza precedente.

2. *Dobbs*: una sentenza sbagliata?

Come detto, non è scopo di questo scritto svolgere un'analisi esaustiva della complessa tematica dell'aborto e della sentenza *Dobbs*. Si vuole piuttosto sviluppare una riflessione critica che collochi tale decisione nel più ampio contesto di diverse tendenze giurisprudenziali emerse negli ultimi anni in materia di diritti della persona, in particolare dopo la costituzione di una super-maggioranza di orientamento conservatore, in seguito all'avvicendamento del giudice Kennedy con Kavanaugh (2018) e del giudice Ginsburg con Barrett (2020). A tal fine, può essere dunque utile, in via preliminare e sintetica, illustrare i motivi principali per cui la valutazione della sentenza che ha disposto l'*overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey* non può che essere critica² da parte di chi scrive, anticipando peraltro alcune argomentazioni svolte nel proseguo; ciò anche per tentare di scongiurare l'impressione che le presenti riflessioni siano dettate più da un aprioristico disaccordo ideologico, che non da una argomentata analisi giuridica.

2.1. La "riemersione" del cd. *History Test*

Anzitutto, il ragionamento della maggioranza pare inficiato da un errore metodologico di fondo. L'*opinion* del giudice Alito si discosta senza alcuna plausibile giustificazione dalla metodologia di *constitutional adjudication* consolidata in materia di cd. *unenumerated rights* da oltre cinquant'anni nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense (e che, invero, affonda le sue radici in tempi e decisioni ben più risalenti)³. Viene in altri termini abbandonato l'approccio fino ad oggi prevalente alla definizione normativa del significato e della portata dei diritti fondamentali rientranti nello spettro di

² Tra le molte valutazioni negative della sentenza, nella dottrina americana di orientamento *liberal*, cfr. p. e. L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, in *The New York Review of Books*, September 22, 2022 issue; E. CHERMERINSKY, *Erwin Chemerinsky commentary: Ending Roe is a pure exercise of Republican power*, <https://www.wctrib.com/opinion/columns/erwin-chemerinsky-commentary-ending-roe-is-a-pure-exercise-of-republican-power>, 28 giugno 2022; J.E. FLEMING, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: "The Roar of a Wave that Could Drown the Whole World"*, https://www.bu.edu/law/files/2022/07/Fleming_Selected-articles-on-Dobbs-for-Const-Day-Program-Sept.-15-and-Discussion-Sept.-16.pdf, 10 luglio 2022; B. MEYLER, *Dobbs and the Supreme Court's Wrong Turn on Constitutional Rights*, <https://law.stanford.edu/2022/06/27/dobbs-and-the-supreme-courts-wrong-turn-on-constitutional-rights/>, 27 giugno 2022. Nella letteratura italiana, cfr. riferimenti *infra* nota 39.

³ Il riferimento è al cd. *Modern substantive due process*, il cui inizio convenzionalmente si suole individuare nella sentenza *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), che sancì l'incostituzionalità di una disposizione che criminalizzava l'utilizzo di metodi anticoncezionali da parte delle coppie sposate (pur, come noto, con un *reasoning* parzialmente diverso fondato sulle "penombre" ed "emanazioni" di altri Emendamenti posti a tutela di diritti della persona, ritenuti in grado di dare sostanza e fondamento costituzionale al diritto implicito di *privacy*, cfr. *infra* § 6, nota 97). Per un'applicazione più risalente della stessa dottrina di garanzia tramite l'invalidazione di discipline statali che invadevano irragionevolmente la vita familiare, ed in specie le scelte dei genitori nel percorso educativo dei figli, proibendo, sotto sanzione penale, rispettivamente, l'insegnamento della lingua tedesca e la possibilità di frequentare scuole private, cfr. p. e. i *seminal cases*: *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

protezione sostanziale della *liberty* nella *due process clause* del XIV Em.⁴, che ha generato il riconoscimento in numerosi precedenti di diritti riconducibili a sfere di autonomia e autodeterminazione dell'individuo, necessariamente sottratte all'ingerenza della azione dei pubblici poteri (e, perciò, alla piena disponibilità delle maggioranze politiche), in ambiti quali l'integrità corporea e le scelte più personali e intime, che determinano l'identità e il destino di ogni persona e del suo nucleo familiare⁵. Fino alla sentenza *Dobbs*, la complessa opera di ricostruzione del contenuto e della portata delle libertà fondamentali protette dalla clausola del *due process* sostanziale non è mai stata limitata soltanto ai riferimenti testuali precisi degli emendamenti nella Dichiarazione dei Diritti⁶ o alla tradizione

⁴ Dispone la *Section 1* del XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America: «*Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione, sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge [due process of law]; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi*». Come è noto, oltre a prevedere garanzie di natura procedurale, la clausola del *due process*, secondo la consolidata (ma non incontroversa) giurisprudenza della Suprema Corte, offre una protezione di natura sostanziale ai diritti fondamentali dell'individuo a fronte di leggi arbitrarie o irrazionali rispetto allo scopo perseguito. Sulla vastissima letteratura relativa al c.d. *substantive due process* ed alle complesse questioni che esso storicamente solleva, limitandoci ad alcuni riferimenti in lingua italiana, si v. p.e. C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011, spec. 190 ss.; L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2009, 149-175; P. PASSAGLIA, *I diritti e le libertà fondamentali*, in AA. VV., G. D'IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Milano, 2020, 247 ss., 273-276; C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, C. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Torino, 2022, 114-15, 117-18.

⁵ Oltre alle decisioni in materia di aborto ed alle sentenze *Meyer*, *Pierce* e *Griswold* citate, si considerino p.e., precedentemente alla decisione *Roe: Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (diritto di sposare una persona di razza differente); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) (diritto di acquistare e utilizzare contraccettivi anche per persone non sposate); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942) (diritto a non essere sterilizzati senza consenso); *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) (diritto, in determinate circostanze, a non sottoporsi a interventi chirurgici involontari, alla somministrazione forzata di farmaci o ad altre procedure sostanzialmente analoghe). Decisioni emesse nel periodo tra *Roe* e *Casey: Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977) (diritto dei minori di anni 16 a ricevere pubblicità su strumenti anticoncezionali); *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753 (1985), *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990) (diritto, in determinate circostanze, a non sottoporsi a interventi chirurgici involontari, alla somministrazione forzata di farmaci o ad altre procedure sostanzialmente analoghe); *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987) (diritto di sposarsi per i detenuti); *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977) (diritto di risiedere con i parenti). Dopo la decisione *Casey: Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) (diritto di intrattenere rapporti sessuali in privato tra persone dello stesso sesso), *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) (diritto di sposare persone dello stesso sesso). Per una ampia e argomentata difesa di questa *judicial doctrine* v. da ultimo J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties. A defense of Substantive Due Process*, London-Chicago, 2022, spec. 19-69. Il volume, pubblicato prima della sentenza *Dobbs*, è discusso nel blog *Balkinization*, con interventi di C.A. BALL, D. NEJAIME, R. SIEGEL, I. WURMAN, S. MAYERI, C. KAVENY, S. LEVINSON, G. KRISHNAMURTHI, A. AHMED, nonché, in chiusura del simposio, dello stesso A.

⁶ Questo è piuttosto il *contenuto minimo* di protezione della clausola, nel senso che l'applicabilità dei diritti fondamentali espressamente previsti nei primi dieci Emendamenti è stata estesa anche alle azioni dei governi statali e locali (oltre, come in origine previsto, a quella del governo federale) attraverso il processo di cd. *incorporation* tramite la *due process clause* del XIV em., v. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, 511-519; analizza il dibattito storico tra le contrapposte dottrine della cd. *Total incorporation* e la cd. *Selective incorporation* nell'evoluzione giurisprudenziale, tra gli altri, M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, 2015, 280 ss. Come noto, la dottrina della cd. *selective incorporation* fu enunciata compiutamente dal giudice Cardozo, che, nel ca-

storica e giuridica di protezione di un determinato diritto all'epoca del *Bill of Rights* (1791) o della ratifica del XIV Em. (1868), ricostruita al massimo livello di specificità possibile, ma presupponeva necessariamente un *collegamento sistematico* tra diversi diritti e sfere di protezione, da sviluppare attraverso un "giudizio ragionato" e di stampo casistico, proprio della cultura giuridica di *common law*⁷. Attraverso l'applicazione di quello che è stato definito il metodo del cd. *rational continuum of ordered liberty* o *reasoned judgment*, espresso per la prima volta con memorabile eloquenza dal secondo giudice Harlan⁸ (e riaffermato con fermezza nella decisione *Casey*⁹, nonché alla base di successive *landmark decisions* come *Lawrence* e *Obergefell* sui diritti degli omosessuali), la libertà della *due process clause* deve interpretarsi come principio operante ad un *elevato livello di generalità-astrattezza*, ed essere riempito di significato tramite un *moral reading*, una interpretazione evolutiva per valori,

so *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325-26 (1937), delineò i caratteri dei diritti applicabili nei confronti dei governi statali: «*the process of absorption [...] [applied to rights where] neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed [...] principles of justice so rooted in the tradition and conscience of our people as to be ranked as fundamental*» e «*implicit in the concept of ordered liberty*».

⁷ Sul cd. *common law constitutionalism* si v. l'importante contributo di G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, sui temi qui trattati, anche per approfondimenti storici e comparatistici, in pt. 112-118, 120-123, 137-164.

⁸ *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 541 (1961) (Harlan, J., dissenting from dismissal on jurisdictional grounds), oggetto di impugnazione era la medesima disposizione che sarebbe stata successivamente invalidata in *Griswold*, che la maggioranza ritenne però di non vagliare nel merito per vizi procedurali. Sulla grande influenza del *dissent* nella giurisprudenza successiva e nella cultura costituzionale statunitense, v. M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit., 343 ss.; H.J. POWELL, *John Marshall Harlan and Constitutional Adjudication: An Anniversary Rehearing*, in *Belmont Law Review*, 2021, 62 ss., spec. 67 ss., 86 ss.; J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 30-31, e, per una ricostruzione della giurisprudenza sui diritti non enumerati dalla pronuncia *Casey* in avanti in termini di sostanziale continuità con questa metodologia, *ibidem*, 39-42. Su quest'ultimo aspetto, sia permesso altresì il rinvio a P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy*, in *Riv. dir. comp.*, 1, 2020, 97 ss., 124 ss., 126-129, 135-36.

⁹ Cfr. *Casey*, opinione della Corte, 848-850. Si noti che la stessa sentenza *Roe*, 152-53, pur tramite un *reasoning* non particolarmente rigoroso né attento al dato testuale costituzionale, senza recepire la metodologia enucleata dal secondo giudice Harlan in *Poe v. Ullman* e non escludendo che un diritto di *privacy* sufficientemente ampio da includere il diritto di scegliere della donna, entro certi limiti, l'interruzione della gravidanza potesse trovare fondamento nel IX Em. («*L'interpretazione di alcuni diritti previsti dalla Costituzione non potrà avvenire in modo tale da negare o disconoscere altri diritti goduti dai cittadini*») o nella "penombra" di altri Emendamenti (I, IV, V), in definitiva collocava tale diritto esattamente nella componente sostanziale della *due process* del XIV Em. Recepiva invece direttamente il metodo del *rational continuum of ordered liberty* sviluppato da Harlan II, ad esempio, l'opinione concorrente in *Roe* del giudice Potter Stewart, 167-171. Justice Stewart, come Harlan II, era stato spesso in dissenso nelle decisioni più attiviste della Corte Warren (1953-69). Egli, analogamente ad altri *Justices* di nomina repubblicana – non certamente ardenti *liberal* – che hanno aderito alla dottrina del *due process* sostanziale, riconducendovi un (bilanciabile) diritto all'aborto (p. e. Powell, O'Connor, Souter) ha sviluppato una *jurisprudence* contraddistinta dal *restraint*, dalla ricerca del compromesso, dalla tendenza a decidere quanto strettamente necessario per risolvere il caso oggetto di giudizio, senza spingersi oltre (favore per il cd. *narrow ruling* o *Judicial minimalism*), prediligendo lo sviluppo incrementalistico e graduale del diritto (cfr. B.W. HEINEMAN, *Great Judge, Great Justice*, <https://wapo.st/40s87sN>, 11 dicembre 1985). Si tratta di giuristi privi di una ben definita *judicial philosophy*, caratterizzati da un approccio metodologicamente pluralista, casistico-pragmatico, antidogmatico, proprio della tradizione di *common law*, con la preoccupazione centrale di rispettare il principio dello *stare decisis*, per preservare i sottesi valori di certezza, stabilità dei rapporti, prevedibilità, uniformità e affidamento.

sottoposti a *bilanciamenti flessibili* con i legittimi contro-interessi pubblici rilevanti¹⁰, consentendo ai giudici supremi mediante ragionamento analogico di espandere gli ambiti di protezione sostanziale della persona di caso in caso, conformemente alle evoluzioni e ai progressi sociali in atto. Giudici che sono certamente limitati e orientati in questo difficile compito dalla storia e dalla *tradizione giuridica*¹¹ nell'esercizio della loro ampia discrezionalità (che non può diventare soggettiva arbitrarità), ma non mai *vincolati rigidamente* alle prescrizioni normative del passato, che non sono dunque dispositive o dirimenti (piuttosto, rappresentano un mero punto di partenza, ancorché essenziale, nell'analisi costituzionale).

I precedenti *Roe* e *Casey* hanno operato in questo modo: sono stati costruiti mediante l'espansione analogica del contenuto di protezione precedentemente affermato nelle decisioni sul diritto al controllo della sfera riproduttiva della donna, sposata o meno (accesso agli e uso degli anticoncezionali)¹², le quali a loro volta originavano dal previo riconoscimento dei diritti di autodeterminazione nell'ambito familiare (matrimonio¹³, scelte nell'educazione dei figli¹⁴), nonché della tutela rispetto a

¹⁰ Contrariamente a quanto si afferma nella sentenza *Dobbs*, in base al *case law* consolidato non è affatto automatico che le azioni dei pubblici poteri limitative dell'esercizio di un diritto non enumerato che non sia profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione debbano superare soltanto un test minimale di razionalità per essere giudicate costituzionali. All'opposto, come è stato sottolineato (p. e. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 50 ss.; 68-69; J.H. CHOPER, S.F. ROSS, *The Political Process, Equal Protection, and Substantive Due Process*, in *Journal of Constitutional Law*, 2018, 983 ss., 996-998), le misure incidenti su tali diritti impliciti sono state storicamente sottoposte a tipologie di scrutinio complesse e variabili, a forme di bilanciamento tra diritti individuali e interessi statali flessibili e differenziate, in maniera non dissimile da quanto avviene nell'ambito dei test di proporzionalità tra raggiungimento dello scopo legittimo perseguito dalle misure e loro impatto sui diritti individuali, diffusi nelle giurisdizioni europee e sovranazionali. Il cd. *undue burden standard* elaborato in *Casey* per vagliare le limitazioni al diritto all'aborto funzionali a meglio proteggere il contro-interesse della tutela della vita prenatale prima della cd. *viability* (superando il più incisivo *strict scrutiny* imposto da *Roe*) rientra in questa eterogenea categoria, così come il cd. *rational basis test with bite* applicato per invalidare la fattispecie che criminalizzava i rapporti omosessuali in privato in *Lawrence* e molte altre forme di cd. *intermediate* o *heightened scrutiny* sul fondamento giustificativo delle leggi rispetto agli scopi perseguiti, rinvenibili p.e. nei succitati casi *Griswold*, *Obergeffell*, *Meyer*, *Pierce*. Come osservano i dissenzienti, l'adozione di un test rigido basato esclusivamente su storia e tradizione sembra implicare il rifiuto dell'idea stessa di bilanciamento giudiziale degli interessi confliggenti nel settore della regolamentazione dell'aborto, o forse in ogni altro contesto costituzionale (11-12, nota 1). Sul sistema dei cd. *tiers of review* nella giustizia costituzionale americana, v. *funditus infra* § 6, nota 102.

¹¹ Tradizione intesa però in senso necessariamente dinamico-evolutivo, e non misurata staticamente e rigidamente con esclusivo riferimento all'epoca del *Bill of Rights* (1791) o della ratifica del XIV Em. (1868). Nelle parole del secondo giudice Harlan: «*Il due process non è stato ridotto ad alcuna formula; il suo contenuto non può essere determinato con riferimento ad alcun codice. Il meglio che si possa dire è che nel corso delle decisioni di questa Corte ha rappresentato l'equilibrio che la nostra nazione, costruita su postulati di rispetto per la libertà dell'individuo, ha trovato tra questa libertà e le esigenze della società organizzata. Se l'attribuzione di contenuto a questo concetto costituzionale è stato necessariamente un processo razionale, di certo non è stato un processo in cui i giudici si sono sentiti liberi di vagare dove la speculazione non guidata li avrebbe portati. L'equilibrio di cui parlo è l'equilibrio raggiunto da questo Paese, tenendo conto di quelle che la storia insegna essere le tradizioni da cui si è sviluppato, nonché di quelle da cui si è distaccato. Questa tradizione è vivente. Una decisione di questa Corte che si discosti radicalmente da essa non potrebbe sopravvivere a lungo, mentre una decisione che si basa su ciò che è sopravvissuto è probabile che sia solida. Nessuna formula potrebbe sostituire, in questo campo, il giudizio e la moderazione*». Cfr. *Poe v. Ullman*, 367 U.S., 542. Si v. anche *infra* nel testo § 6, nota 97.

¹² Sentenze *Griswold*; *Eisenstadt*.

¹³ Sentenza *Loving*.

trattamenti tali da invadere la sfera intangibile dell'integrità del corpo (si pensi ad una gravidanza forzata). A loro volta, *Roe* e *Casey*, grazie alla loro forza generativa sul piano normativo, hanno costituito, in linea di coerenza logica, linfa vitale per le successive affermazioni giudiziali di ulteriori nuovi diritti ricavati per analogia: si pensi al diritto all'intimità in privato garantito agli omosessuali in *Lawrence*, poi sviluppatosi nel diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso in *Obergefell*.

La maggioranza in *Dobbs* sostituisce questa metodologia sedimentata con qualcosa di profondamente diverso, e, in definitiva, inconciliabile¹⁵.

Basandosi su affermazioni ricorrenti in pronunce riconducibili alla cd. *Incorporation* dei diritti fondamentali del *Bill of Rights* agli stati (originariamente tale da limitare solo l'azione del governo federale) e, soprattutto, sul precedente *Washington v. Glucksberg*, con il quale si affermò la costituzionalità di una legge dell'Oregon che sanzionava penalmente il suicidio medicalmente assistito dei malati terminali, la maggioranza asserisce che la metodologia corretta e consolidata per identificare le libertà fondamentali presidiate dal *due process* è *esclusivamente* ancorata alla e dipendente dalla storia e dalla tradizione giuridica. Queste ultime, per assicurare oggettività e limitare al massimo la discrezionalità giudiziale, debbono essere intese in termini *restrittivi*, quasi positivisticamente (si direbbe una sorta di Costituzione-codice) quali *concrete historical practices* configurate al massimo livello di specificità possibile¹⁶ (dunque, in sostanza, le fonti di *common law* rilevanti nella disciplina dell'aborto, ma soprattutto la *statutory law* statale vigente in materia al momento della ratifica del XIV Em., 1868). Ricostruito in tal modo lo standard di giudizio, la maggioranza applica tale cd. *history test* (ripetiamo, in precedenza minoritario, e finanche espressamente ripudiato, in giurisprudenza¹⁷), verifica che nel

¹⁴ Sentenze *Meyer*; *Pierce*.

¹⁵ Cfr. *Dobbs*, 14 ss., 25, 35-36.

¹⁶ A giudizio della maggioranza, soltanto i diritti «*implicit in the concept of ordered liberty*» e «*deeply rooted in this Nation's history and tradition*» considerate al momento della ratifica del XIV Em. possono trovare tutela nella *liberty* della *due process clause*, da identificare, secondo le seguenti rigide coordinate ermeneutiche: «*Il metodo consolidato dell'analisi del substantive due process ha due caratteristiche principali: in primo luogo, noi abbiamo osservato regolarmente che la clausola del due process protegge quei diritti fondamentali e quelle libertà che sono oggettivamente "radicate profondamente nella storia e nella tradizione di questa nazione" e "implicite nel concetto di libertà ordinata", così che "non esisterebbero né libertà né giustizia se esse venissero sacrificate" [...] in secondo luogo noi abbiamo richiesto nei casi relativi al substantive due process una "descrizione accurata" dell'interesse di libertà affermato*», cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S., 720-21, (1997).

¹⁷ Cfr. J. LEPORE, *The History Test. How Should the Courts Use History?*, all'URL <https://www.newyorker.com/magazine/2017/03/27/weaponizing-the-past>, 27 marzo 2017. Si v. oltre a *Glucksberg*, le sentenze *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989); *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) [overruled da *Lawrence v. Texas*]. Cfr. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 39, 220, secondo cui: «*Glucksberg è la decisione più importante del modern substantive due process soltanto per coloro che si oppongono e desiderano cancellare tale dottrina. Essa ha fornito un metodo di controllo del danno per i giudici conservatori che avversavano tali decisioni ma non disponevano dei voti necessari per annullarle e pertanto si sono dovuti accontentare di limitarne la portata*». Come statuisce la sentenza *Obergefell*, 671, sui matrimoni gay: «*Quandanche l'approccio del caso Glucksberg potesse essere appropriato con riferimento al diritto oggetto di giudizio in quel caso (suicidio medicalmente assistito), esso è incoerente con l'approccio che questa Corte ha utilizzato nel discutere di altri diritti fondamentali, tra cui il matrimonio e l'intimità*». Per una discussione critica della metodologia restrittiva nell'individuazione dei diritti fondamentali non enumerati in questi casi, fino a *Dobbs* minoritaria in giurisprudenza, v. volendo P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Riv. dir. comp.*, 3, 2017, 132 ss., spec. 171-79.

common law l'aborto era tendenzialmente criminalizzato dopo il cd. *quickening* (primo momento in cui il feto si muove), ma specialmente – lo step dirimente nel giudizio – che nel 1868 quasi tutti gli stati dell'Unione criminalizzavano tale pratica (v. appendice all'opinione di maggioranza, 79 ss.), che non può quindi costituire un diritto fondamentale profondamente radicato nella storia e nella tradizione della nazione e implicito nel concetto di "libertà ordinata".

Se si abbraccia questa prospettiva (cd. *history test*), *Roe* e *Casey* – come probabilmente tutti gli altri *substantive due process cases* – sono state erroneamente decise e potrebbero dover essere *overruled* (nel caso in cui siano integrati gli ulteriori criteri per disporre il superamento di un precedente costituzionale, come ritiene la maggioranza in *Dobbs*).

Ma qui iniziano i problemi.

Come argomenta il parere contrario¹⁸, è assai difficile espungere i soli precedenti sul diritto all'interruzione della gravidanza senza minare alle fondamenta l'intero edificio concettuale della cd. *modern substantive due process jurisprudence*, con buona pace delle rassicurazioni della decisione della Corte e della *concurring* di Kavanaugh, trattandosi di una *judicial doctrine* organica, unitaria e costruita appunto progressivamente sul collegamento/ampliamento sistematico in via analogica tra sfere di libertà personale intimamente interconnesse tra loro, bilanciate poi con i contro-interessi pubblici legittimi rilevanti. Quanto al profilo di *differenziazione* che caratterizzerebbe il diritto all'aborto¹⁹, rendendolo unico sul piano etico e diverso rispetto agli altri – l'estinzione della vita prenatale²⁰ – anche a voler dare credito di buona fede alla maggioranza (ma l'opinione concorrente di

¹⁸ *Dobbs*, opinione dissenziente, 4-6, 19-20, 21-30.

¹⁹ Può essere utile osservare, in prospettiva storica, che il *rapporto di analogia* tra diritto all'interruzione di gravidanza e altri diritti non enumerati desunti dal *due process* sostanziale relativi alla sfera intima, familiare e dell'integrità corporea è stata già effettuata in passato (da *Roe* nel 1973 in avanti) – ovviamente ad un diverso livello di intensità e secondo variabili considerazioni giuridiche e pragmatiche – da molteplici giudici di nomina repubblicana e democratica, e segnatamente: Douglas, Brennan, Stewart, Marshall, Burger, Blackmun, Powell, Stevens, O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg, Breyer, Roberts, Sotomayor, Kagan. Tale valutazione di fondo, nel medesimo periodo, non è stata condivisa dai giudici White, Rehnquist, Scalia, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett. Il mero dato numerico stride con la sentenza *Dobbs* (39), ove si afferma che la dottrina del precedente vincolante: «*limita la judicial hybris e ci ricorda di rispettare il giudizio di coloro che si sono confrontati con importanti questioni nel passato*», citando N. GORSUCH, *A Republic, If You Can Keep It*, New York, 2019, 217: «*La dottrina del precedente è un modo di accumulare e trasmettere l'apprendimento delle generazioni passate, una fonte di saggezza consolidata più ampia di quella che può essere trovata in qualsivoglia singolo giudice o collegio di giudici*».

²⁰ *Dobbs*, 32, 37. La *ratio distinguendi* rispetto agli altri diritti impliciti addotta a giustificazione dell'*overruling* dalla maggioranza – l'estinzione della vita prenatale – si presta ad alcune critiche, risultando in certa misura "disorientante". Anzitutto, la decisione sembra accogliere una sorta di versione del cd. *Harm principle*, elaborato originariamente da John Stuart Mill e riformulato da Joel Feinberg (v. sul punto C. KAVENY, *The World Turned Upside Down: What's Up with the Harm Principle?*, in <https://balkin.blogspot.com/2022/10/the-world-turned-upside-down-whats-up.html>, 24 ottobre 2022). Ma la vita prenatale non ha *copertura costituzionale diretta* nel XIV Em. (il feto, pacificamente, in uno stato secolarizzato come la democrazia statunitense, non è, sul piano *normativo costituzionale*, una *persona* che può essere privata della vita). Si tratta piuttosto – al di là delle convinzioni morali e religiose di ciascun cittadino – come si è spiegato, di un «*indirect interest supported by both humanitarian and pragmatic concerns. [...] The State may also have a broader interest in expanding the population, believing society would benefit from the services of additional productive citizens—or that the potential human lives might include the occasional Mozart or Curie. These are the kinds of concerns that comprise the State's interest in potential human life*» (v. *opinion* del giudice Stevens in *Casey*, 914-15; analogamente anche

Thomas, che afferma la necessità di superare l'intera dottrina, induce ad essere scettici), esso non sembra un presidio in grado di garantire un argine effettivo contro futuri *overruling*.

Non foss'altro perché, proprio come l'ampliamento del contenuto di protezione delle previsioni costituzionali ed il connesso riconoscimento di nuovi diritti in sede giudiziale si sviluppa nel futuro in modi e secondo molteplici variabili imprevedibili al momento delle decisioni, parimenti operano la contrazione del significato normativo delle stesse previsioni e l'annullamento (*rectius* de-costituzionalizzazione federale) degli stessi diritti²¹.

In definitiva, l'impostazione radicalmente originalista/tradizionalista adottata in *Dobbs* – priva di solido supporto nel precedente – produce un esito inaccettabile in una liberal-democrazia costituzionale contemporanea moralmente pluralista: rende dispositiva – attraverso la de-costituzionalizzazione e la piena discrezionalità rimessa ai legislatori – oggi, nel 2022, la valutazione normativa sottesa al XIV Em. ratificato nel 1868, quando le donne non erano parte della comunità politica statunitense (il XIX Em., che attribuì il diritto di voto alle donne, fu come noto ratificato nel 1919). Come afferma l'opinione dissenziente, i diritti riproduttivi erano estranei al significato pubblico originario della *due*

l'opinion di Blackmun, 932). Può osservarsi poi che, nella giurisprudenza sui diritti fondamentali americana, argomentazioni (soltanto implicitamente) connesse all'*harm principle* sono state talvolta impiegate in decisioni espansive delle libertà individuali, come *Lawrence*, che censurò la criminalizzazione dei rapporti omosessuali in privato (volendo, v. P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 131-135) o *Obergefell* che riconobbe il diritto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, anche sul presupposto che tali pratiche non determinano alcuna lesione dei diritti altrui. Proprio in questi casi, i giudici dissenzienti di orientamento conservatore (tra i quali Roberts, Alito, Thomas, ancora in carica), accusavano le maggioranze di imporre antidemocraticamente attraverso il *judicial review* una specifica filosofia libertaria basata sull'*harm principle*, tale da mettere in pericolo tutta la legislazione basata su nozioni di moralità tradizionale, paventando "chine scivolose" di liceizzazione di pratiche storicamente sanzionate penalmente (p.e. poligamia, incesto, zoorastia, consumo di stupefacenti, prostituzione), si v. rif. nota 27 *infra*. Per una confutazione di queste statuizioni, v. ora J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 149-170. Si noti quindi l'incoerenza: da un lato (in *Dobbs*) si conferma la legittimità costituzionale delle limitazioni legislative (anche nella forma di sostanziale annullamento) del diritto all'aborto, in ragione della *natura unica* di tale diritto, che diversamente dagli altri comporta la lesione di un contro-interesse (ancorché privo di rilevanza costituzionale); dall'altro, ci si oppone alle censure d'incostituzionalità di disposizioni che senza dubbio limitano delle sfere di libertà (la cui costituzionalizzazione, comunque la si veda, pare quanto meno più plausibile rispetto a quella della *potential life*), agitando lo spettro che dal riconoscimento di tali diritti si giunga a legittimare comportamenti lesivi per i diritti altrui. Implicitamente, in definitiva, pare dunque essere smentito (o quantomeno revocato in dubbio) l'elemento di fondo che, secondo *Dobbs*, distinguerebbe gli altri diritti non enumerati (intimità e matrimonio omosessuali) dall'aborto: l'insussistenza di una lesione dei diritti altrui, con tutte le conseguenze in punto di persuasività del *distinguishing*. In dottrina [C. KAVENY, *The World Turned Upside Down*, cit.], premesso che non è affatto chiaro come il riferimento implicito all'*harm principle* si inserisca coerentemente nella teoria costituzionale e nell'analisi del precedente della maggioranza di *Dobbs* e che, diversamente dalla prospettiva liberale, che tende a conferire una consistenza empiricamente verificabile al *social harm*, «*social conservatives are more inclined to recognize less tangible harms to morals and institutions, such as the losses involved in a broadening set of family structures, particularly order and stability*», si è osservato, rispetto alla possibile de-costituzionalizzazione del *same sex marriage*: «*Justice Alito defends leaving Obergefell untouched because, unlike abortion, the practice of same-sex marriage does not cause harm. But he leaves that claim unsupported by the citation of evidence. Social conservatives would beg to differ. So I began to wonder: Is Justice Alito actually inviting arguments by social conservatives that same-sex marriage has caused harm, so the right to marry someone of the same sex should be rolled back?*».

²¹ *Dobbs*, opinione dissenziente, 27-28.

process clause, semplicemente perché: «*People did not ratify the Fourteenth Amendment. Men did. So it is perhaps not so surprising that the ratifiers were not perfectly attuned to the importance of reproductive rights for women's liberty, or for their capacity to participate as equal members of our Nation. Indeed, the ratifiers – both in 1868 and when the original Constitution was approved in 1788 – did not understand women as full members of the community embraced by the phrase "We the People" [...] Those responsible for the original Constitution, including the Fourteenth Amendment, did not perceive women as equals. When the majority says that we must read our foundational charter as viewed at the time of ratification (except that we may also check it against the Dark Ages), it consigns women to second-class citizenship*» (analoghe considerazioni valgono rispetto agli *statutes* vigenti all'epoca che criminalizzavano l'aborto, emanati da assemblee legislative composte da soli uomini).

2.2. Liberty together with Equality?

Quanto sopra osservato permette di segnalare brevemente quello che ci sembra il secondo vizio principale della sentenza *Dobbs*, collegato all'errore di metodo sopra descritto. L'opinione di maggioranza mostra di non (volere) comprendere²² affatto quanto sia importante il nesso logico-sistematico tra libertà della *due process clause* ed *equal protection clause* del XIV Em., che si rinforzano reciprocamente nel supportare il diritto di scelta della donna, come emerge dalle argomentazioni della sentenza *Casey*²³ (riprese e sviluppate dai dissenzienti in *Dobbs*), che valorizza appieno l'argomento della discriminazione di genere provocata da normative che impediscono completamente *ab initio* (salvo circoscritte eccezioni a tutela della salute e della vita della donna) l'esercizio del diritto di scegliere, entro certi limiti posti dalle legittime *regulation* statali, l'interruzione della gravidanza²⁴.

²² *Dobbs*, 10-11, cfr. le critiche di L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, cit.

²³ Come rilevano i dissenzienti in *Dobbs*, 23-24, sulla sentenza *Casey*: «*Anche la sentenza Casey ha riconosciuto la necessità di estendere la sfera costituzionale della libertà a un gruppo precedentemente escluso. La Corte capì allora, come la maggioranza di oggi non capisce, che gli uomini che ratificarono il Quattordicesimo Emendamento e scrissero le leggi statali dell'epoca non consideravano le donne come cittadini pieni e uguali. Una donna allora, scrisse la sentenza Casey, "non aveva capacità giuridica separata dal marito". Le donne erano viste solo "come il centro della vita domestica e familiare", senza "uno status giuridico pieno e indipendente ai sensi della Costituzione". Ma questo non poteva più essere vero secondo Casey: Lo Stato non poteva più insistere sulla "visione storicamente dominante del ruolo della donna". E la parità di cittadinanza, si rese conto la decisione Casey, era ineluttabilmente legata ai diritti riproduttivi. "La capacità delle donne di partecipare in condizioni di parità alla "vita della nazione" – in tutti i suoi aspetti economici, sociali, politici e legali – "è stata facilitata dalla loro capacità di controllare la propria vita riproduttiva". Senza la possibilità di decidere se e quando di avere figli, le donne non potevano – nel modo in cui gli uomini davano per scontato – determinare come avrebbero contribuito alla società che le circondava*». Ma v. anche, per l'importanza del principio di eguaglianza nelle motivazioni di *Casey*, pur a fronte di un *holding* "formalmente" di violazione solo della *due process clause*, le opinioni parzialmente concorrenti nel giudizio e parzialmente dissenzienti dei giudici Stevens (920) e Blackmun (928 e nt. 4).

²⁴ Come si è rilevato, la violazione del principio di eguaglianza non fu posta a fondamento di *Roe*, perché non era un argomento "culturalmente" disponibile allora, ovvero sia pienamente sviluppato nella cultura e nella società americana, nonché, di riflesso, nella giurisprudenza costituzionale coeva, e dunque poteva apparire come passo troppo radicale (rispetto alla *privacy*) nello sviluppo, necessariamente graduale, della *judicial doctrine*, cfr. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 178-182, ove ult. rif. alla copiosa letteratura americana che, dopo *Roe*, ha proposto di fondare il cd. *right to choose* sull'*equal protection clause*. Si vedano le ulteriori considerazioni nel testo, al § 7 e note 133-135.

2.3. Il *substantive due process* impone antidemocraticamente una specifica filosofia morale?

In terzo luogo, la *majority opinion* – pur non dichiarandolo apertamente – sembra concepire tutto il filone giurisprudenziale del *substantive due process* (e le decisioni sul diritto all'interruzione volontaria della gravidanza oggetto di *overruling*, in specie) come imposizione illegittima di preferenze filosofiche/ideologiche o intuizioni morali dei giudici di volta in volta in maggioranza, tale da usurpare indebitamente la funzione legislativa (e, dunque, sostituire le scelte espresse dal popolo mediante i rappresentanti eletti, in spregio alla separazione dei poteri). In particolare, si sostiene la riproduzione in tali pronunce dei macroscopici errori, del cd. *legislating from the bench*, commessi nella notoria *Lochner era* (ca. 1887-1937)²⁵, allorché la maggioranza conservatrice invalidava sistematicamente per vizio di irragionevolezza sostanziale la legislazione sociale sui salari minimi e sull'orario massimo di lavoro, secondo una concezione assolutistica della *liberty of contract*, basata su una filosofia politica ispirata al darwinismo sociale e al *laissez faire*, "incorporata" nel *due process* sostanziale (cd. *economic substantive due process*).

A giudizio della maggioranza in *Dobbs* (così come di altri giudici critici in passato verso tale dottrina, come Scalia²⁶ e Rehnquist, per esempio) a fondamento dell'usurpazione delle prerogative del popolo sovrano nell'ambito del cd. *Modern substantive due process* vi sarebbe una ulteriore e diversa "scuola di pensiero": l'assolutizzazione libertaria dell'autonomia individuale oltre i limiti legittimamente posti dall'ordine sociale e dalla legge²⁷.

²⁵ *Dobbs*, 14-15. Sulla differenza tra *economic substantive due process* e *modern substantive due process*, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 127-147, nonché *infra* nel testo § 7.

²⁶ P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali*, cit., 171 ss.

²⁷ Si leggano ad esempio le critiche all'elevato "livello di generalità" con cui viene configurato il diritto di *privacy* enunciato in *Roe* o la "libertà di fare scelte intime e personali centrali per la dignità e l'autonomia personale", nella riformulazione di *Casey*, entro cui viene ricondotto il diritto all'aborto, fondate soprattutto sulle potenziali conseguenze in termini di liceizzazione di condotte lesive di diritti altrui derivanti da tale configurazione. *Dobbs*, 30-31, 32: «*While individuals are certainly free to think and to say what they wish about "existence," "meaning," the "universe," and "the mystery of human life," they are not always free to act in accordance with those thoughts. License to act on the basis of such beliefs may correspond to one of the many understandings of "liberty," but it is certainly not "ordered liberty"; "These attempts to justify abortion through appeals to a broader right to autonomy and to define one's "concept of existence" prove too much. Those criteria, at a high level of generality, could license fundamental rights to illicit drug use, prostitution, and the like. None of these rights has any claim to being deeply rooted in history*». Similmente, v. l'opinione dissenziente di Scalia in *Lawrence*, 599, decisione che affermò il diritto all'intimità in privato degli omosessuali: «*La legge del Texas cerca innegabilmente di promuovere la convinzione dei cittadini che certe forme di comportamento sessuale sono "immorali e inaccettabili", lo stesso interesse promosso dalle leggi penali contro la fornicazione, la bigamia, l'adulterio, l'incesto tra adulti, la bestialità e l'oscenità. La sentenza Bowers ha ritenuto che si trattasse di un legittimo interesse dello Stato. La Corte oggi giunge alla conclusione opposta. La legge del Texas, afferma, "non persegue alcun interesse legittimo dello Stato che possa giustificare la sua intrusione nella vita personale e privata dell'individuo". La Corte abbraccia invece la dichiarazione del giudice Stevens nel suo dissenso in Bowers, secondo cui "il fatto che la maggioranza in uno Stato abbia tradizionalmente considerato una particolare pratica come immorale non è una ragione sufficiente per sostenere una legge che proibisce tale pratica". Questo decreta di fatto la fine di tutta la legislazione morale. Se, come afferma la Corte, la promozione della moralità sessuale maggioritaria non è nemmeno un interesse legittimo dello Stato, nessuna delle leggi sopra citate può sopravvivere a uno scrutinio minimale di razionalità*». Anche l'opinione dissenziente del Chief Justice Roberts in *Obergefell v. Hodges*, -- U.S. ---, 135 S. Ct. 2584, 2622 (2015), in risposta agli argomenti della maggioranza secondo cui il riconoscimento del diritto di contrarre matrimonio agli omosessuali non avrebbe determinato alcuna lesione di diritti altrui:

Si consenta di rilevare che tale concezione della dottrina pare quanto meno miope: come è stato sostenuto²⁸, tale filone giurisprudenziale si caratterizza, all'opposto, per essere stato gradualmente sviluppato, prevalentemente in chiave di preservazione e, *non a caso*, da molti giudici tradizionalmente considerati, secondo i consolidati canoni della scienza politica, conservatori moderati – alcuni dei quali ammirati cultori del *judicial restraint* – o tutt'al più moderatamente progressisti (p. e. Stewart, Harlan II, Blackmun, Burger, Powell, O'Connor, Souter, Stevens, Kennedy).

Si è proceduto in tale ambito attraverso la ragionata estensione per analogia delle sfere di libertà individuale, soprattutto per riaffermare valori positivi tradizionalmente già consolidati e riconosciuti nella società come meritevoli di tutela secondo la (essenziale interpretazione) della Costituzione, ma adattandoli ed estendendoli anche a nuove istanze espresse "dal basso", dal corpo sociale, provenienti da gruppi storicamente svantaggiati o subordinati (come la rivendicazione dei diritti degli omosessuali in *Lawrence, Obergefell*) o, nel caso di *Roe* e *Casey*, la libertà e l'eguaglianza della donna (*i.e.* piena possibilità di partecipare nella società e di controllare la propria vita), che non riuscivano a trovare piena attuazione nel circuito politico-democratico²⁹.

«Quest'affermazione dell'“harm principle” suona meglio nella filosofia che nel diritto. L'innalzamento della più piena autorealizzazione dell'individuo al di là dei limiti che la società ha espresso tramite la legge può essere o non essere una filosofia morale appetibile [...] rispettare quella prospettiva richiede che la Corte sia guidata dal diritto, e non da nessuna specifica scuola di pensiero sociale. Come disse una volta il giudice Henry Friendly, riecheggiando l'opinione dissenziente del giudice Holmes in Lochner, il Quattordicesimo Emendamento non dà più attuazione a On Liberty di John Stuart Mill di quanto non dia attuazione a Social Statics di Herbert Spencer».

²⁸ Da ultimo J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., *passim*, con ult. rif.

²⁹ Come osservano D. NEJAIME, R. SIEGEL, *The Wages of Crying Lochner!*, <https://bit.ly/3HY5R5d>, 20 ottobre 2022, «*Courts provided venues in which to circumvent deliberative blockages created by decades of criminalization and to open conversations about legitimate uses of the criminal law in private life. Ultimately, both women and LGBTQ people asserted liberty and equality-based claims to engage in the conduct that the law had long banned [...] courts protecting substantive due process rights in cases from Griswold to Obergefell were intervening in conditions of political inequality and stigma and were supporting the democratic participation of marginalized groups. When analyzed with attention to the background conditions confronting those who asserted constitutional liberty claims, we can see, [...] the Court's modern substantive due process decisions are, like equal protection decisions protecting racial minorities, examples of democracy-reinforcing judicial review*». Certamente si muove da una concezione assiologicamente pregnante (e non neutra) dei principi costituzionali di libertà ed eguaglianza in una democrazia costituzionale, e da una certa visione di moralità politica. Ciò che conferisce coerenza e legittimazione in una democrazia costituzionale moralmente pluralista al *due process* moderno, sostiene p. e. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., è che esso, letto "organicamente", garantisce le libertà essenziali per la «*democrazia deliberativa*», che consente alle persone di deliberare sulla «*giustizia delle istituzioni e delle politiche sociali di base*», e per l'«*autonomia deliberativa*», che permette alle persone «*di applicare la loro capacità di concepire il bene*» per deliberare e decidere «*come vivere la propria vita*» (37). Questi diritti costituiscono le «*precondizioni significative per l'autogoverno personale*» (42), che «*assicurano i presupposti affinché le persone possano prendere alcune decisioni fondamentali che riguardano il loro destino, la loro identità o il loro modo di vivere, indipendentemente dalle loro opinioni morali o religiose, senza essere costrette dallo Stato*» (146). Quanto ai criteri a disposizione della Corte nel complesso giudizio in materia, i diritti possono essere riconosciuti attraverso il processo del costituzionalismo di *common law* [«*That tradition is a living thing*», richiamando Harlan II] (117). Nel giustificare *Obergefell*, Fleming scrive che la Corte ha «*seguito e consolidato il cambiamento sociale che si è verificato attraverso i processi democratici e giudiziari*». I sondaggi dell'opinione pubblica (non diversamente da quanto avviene oggi in riferimento all'aborto) indicavano «*che la maggioranza della popolazione nazionale era favorevole al matrimonio per le coppie dello stesso sesso*». La Corte – nella difficile analisi – deve tenere in debita considerazione «*i processi di cambiamento costituzionale, compresi i mo-*



Al contrario, la volontà di *cancellare* questa dottrina, in ragione della ritenuta incompatibilità con i limiti istituzionali dell'ufficio giudiziario federale, dell'antidemocraticità intrinseca e del suo essere veicolo, a livello contenutistico/sostanziale, di una impostazione filosofica radicalmente individualista e libertaria è un dato *relativamente nuovo*, riconducibile a idee che iniziarono a circolare tra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni ottanta negli ambienti giudiziari e accademici, e che caratterizzano i cd. *movement conservatives* (e sono collegate alla nascita ed alla affermazione delle varie teorie originaliste – p. e. *original intent; original public meaning; new originalism* – quale *reazione* politica e culturale all'attivismo giudiziale degli anni sessanta e settanta)³⁰.

Si tratta in effetti di giuristi che hanno sovente agitato lo spauracchio della dichiarazione di illegittimità di tutta la cd. *moral legislation*, quale probabile conseguenza dell'applicazione di una robusta componente di protezione sostanziale della *due process clause*³¹. Una "china scivolosa" (cd. *Slippery slope*) che ad oggi non si è mai realizzata, e che – aggiungiamo – ben difficilmente potrebbe verificarsi, alla luce del fatto che, come detto, alla base della linea giurisprudenziale in discussione e della sua progressiva estensione risiede soprattutto l'affermazione di valori positivi di per sé stessi dotati di copertura costituzionale e riconoscimento sociale (ancorché talora solo in via di consolidamento), e non la assoluta e incontrollata realizzazione dell'individuo oltre le forme e i limiti posti dall'ordinamento, ovvero a prescindere dalla/in opposizione alla direzione in atto nell'evoluzione della coscienza sociale³².

2.4. Una Costituzione neutrale?

Un ulteriore profilo di criticità risiede nella posizione più volte espressa sia dall'opinione di maggioranza sia, in particolare, dalla opinione concorrente di *Justice* Kavanaugh, secondo cui, stante il "si-

*vimenti sociali, la desuetudine e l'abrogazione democratica delle leggi che vietano» una pratica, tutti elementi che dimostrano «un consenso contemporaneo in evoluzione a favore di un particolare diritto» (93). Le «precondizioni per il cambiamento costituzionale» includono «i movimenti sociali, la desuetudine applicativa, l'applicazione infrequente e l'abrogazione democratica» delle restrizioni ai diritti (81). Si noti che questa criteriologia, insuscettibile di essere ingabbiata in categorie positivistiche e tale da esaltare indubbiamente la "anima politica" del giudice costituzionale, si avvicina al metodo dell'*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society* applicato dalla Corte suprema nei casi relativi alle pene crudeli ed inusuali sotto l'VIII Em. (v. *infra* § 4), nonché, in certa misura, alla valutazione della "evoluzione della coscienza sociale" nella giurisprudenza costituzionale italiana (v. *infra* nt. 131).*

³⁰ Sulla importante distinzione tra cd. *preservative conservatism*, orientamento al quale sono variamente ascrivibili la maggior parte degli alti magistrati di nomina repubblicana che hanno sostenuto la *modern substantive due process doctrine* (tra i quali quelli nelle maggioranze delle decisioni *Roe* e *Casey*) e cd. *counterrevolutionary conservatism*, al quale possono essere ascritti i giudici supremi oggi in maggioranza, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 11, 39, 69, 188, 217-18, nonché le riflessioni svolte *infra* diffusamente nel testo.

³¹ Cfr. *supra* nota 27.

³² È questo il motivo, p. e., per cui non pare del tutto condivisibile la posizione espressa dal *Chief Justice* Roberts nel parere contrario alla sentenza *Obergefell*, secondo cui la costituzionalizzazione del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso avrebbe aperto la porta alla censura delle normative che proibiscono la poligamia (oggi criminalizzata in tutti i 50 stati), eventualità improbabile oggi e nel futuro prossimo (per inesistenza di solida e diffusa rivendicazione nella società, anche in ragione dei ritenuti effetti lesivi sulle donne e sulla prole derivanti da tale pratica), J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 88-94, 165-69. Un discorso per certi versi analogo potrebbe farsi – *mutatis mutandis* e con diverse specificazioni – con riguardo ad altre pratiche come l'incesto, la bestialità, la prostituzione, il consumo di stupefacenti.

lenzio” della Costituzione, che non fa testuale menzione dell’aborto, la Corte dovrebbe mantenersi rigorosamente neutrale su una questione moralmente così divisiva e oggetto di profondo e sincero disaccordo tra i cittadini, spettando – in democrazia – al popolo attraverso i propri rappresentanti eletti nei parlamenti l’ultima parola sul bilanciamento dei contrapposti interessi nella regolamentazione della materia³³. A tali rilievi – difficilmente conciliabili con il tenore e il significato del IX Emendamento alla Costituzione³⁴ – potrebbe risponderci, ad esempio, che neppure le parole “matrimonio” o “contraccettivi” sono testualmente previste nella Carta fondamentale o nella Dichiarazione dei Diritti; così come non è previsto che la *freedom of speech* del I Em. protegga la condotta di chi brucia la bandiera a stelle e strisce, o che sia proibito condannare a morte un reo mentalmente disabile (e la lista potrebbe andare avanti a lungo)³⁵.

A prescindere dal dato testuale, dal significato pubblico originario delle norme costituzionali e dalla tradizione giuridica consolidata al tempo della ratifica, certe sfere sono sottratte alla disponibilità delle maggioranze politiche proprio perché rientrano nella protezione costituzionale, così come determinata attraverso un’elaborazione (necessariamente) complessa, critica e ragionata, della Corte – che corrisponde ad un preciso dovere giudiziale di interpretare la legge fondamentale – sul significato normativo delle previsioni costituzionali nello sviluppo dei precedenti.

In questa sfera protetta rientra(va) il diritto fondamentale della donna di scegliere se portare a termine una gravidanza o meno, pur nelle forme e negli stringenti limiti consentiti dalla regolamentazione legislativa statale posta a presidio dei legittimi contro-interessi rilevanti, su tutti la protezione della vita prenatale. Disconoscere questa realtà, e attribuire *integralmente* al legislatore la piena disponibilità del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, significa *imporre* (tramite la legislazione statale o federale) una particolare concezione morale sull’inizio della vita umana e nei fatti *costringere* un gran numero di donne a portare a termine gravidanze indesiderate, con enormi danni per loro, per le loro famiglie e, in ultima analisi, per la società.

³³ Per una aspra critica alla “retorica” della neutralità, v. *Dobbs*, opinione dissenziente, 20-21.

³⁴ Cfr. p. e. L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, cit., ove ult. rif.

³⁵ Fare leva sul silenzio testuale e sulla asserita neutralità assiologica della Costituzione è una argomentazione fragile, inconciliabile con il *case law* consolidato nei più disparati ambiti della giurisprudenza costituzionale statunitense, soprattutto relativo a norme-principio caratterizzate da eccedenza di contenuto assiologico (p. e.: *free speech, unreasonable searches and seizures, due process of law, equal protection of the laws, cruel and unusual punishment*). Conservano ancora oggi persuasività, p. e., le parole del giudice Blackmun nella sua *opinion* nella sentenza *Casey* (930-31), in risposta all’argomento testualista: «*Were this a true concern, we would have to abandon most of our constitutional jurisprudence. [T]he “critical elements” of countless constitutional doctrines nowhere appear in the Constitution’s text. The Constitution makes no mention, for example, of the First Amendment’s “actual malice” standard for proving certain libels, see New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). Similarly, the Constitution makes no mention of the rational-basis test, or the specific verbal formulations of intermediate and strict scrutiny by which this Court evaluates claims under the Equal Protection Clause. The reason is simple. Like the Roe framework, these tests or standards are not, and do not purport to be, rights protected by the Constitution. Rather, they are judge-made methods for evaluating and measuring the strength and scope of constitutional rights or for balancing the constitutional rights of individuals against the competing interests of government*»; v. anche le considerazioni sull’*undue burden standard* nell’opinione dissenziente in *Dobbs*, 33-34.

2.5. *Stare decisis* costituzionale

Inoltre, si mostra discutibile e problematica la analisi della Corte in punto di *stare decisis* costituzionale. In particolare – senza potere approfondire – il criterio del cd. *poor reasoning* (scadente qualità dell'iter logico-giuridico delle motivazioni) sembra essere indebitamente enfatizzato, a detrimento degli ulteriori indici rilevanti (p. e. l'impossibilità di applicare in modo coerente ed uniforme il precedente; nonché l'incompatibilità con altre *judicial doctrines* costituzionali); il *reliance interest* delle donne, ovvero sia l'affidamento sulla (ribadiamo, limitata) disponibilità dell'interruzione volontaria della gravidanza in caso di insuccesso della contraccezione, con tutte le conseguenze che questo affidamento ha sulla effettiva possibilità di partecipare in condizioni di piena eguaglianza alla vita sociale ed economica della nazione, consolidatosi non poco nel corso di cinquant'anni, viene indebitamente svalutato e considerato privo di sufficiente concretezza e, in definitiva, inafferrabile³⁶. A ciò si aggiunge che la più parte dei precedenti citati dalla maggioranza, per dimostrare che lo *stare decisis* costituzionale non è un principio inderogabile, avendo numerosissime volte la Corte nella sua storia corretto propri precedenti errori, non si mostrano del tutto conferenti: vuoi perché nella stragrande maggioranza dei casi si tratta di *overruling* che hanno riconosciuto (e non de-costituzionalizzato) diritti individuali o innalzato il livello della loro tutela, all'opposto di *Dobbs*; vuoi (soprattutto) perché, come spiega l'opinione dissenziente – diversamente da altri *overruling* celebri invocati a sostegno dalla maggioranza³⁷ – nessun mutamento fattuale o della comprensione/significato della realtà fattuale relativa all'interruzione della gravidanza nella società è intervenuta nei trent'anni tra la sentenza *Casey* e la sentenza *Dobbs*, rendendo in qualunque modo obsoleta la valutazione effettuata nella prima decisione citata (un precedente “*sul valore del precedente*”).

2.6. Delegittimazione della Corte

Infine, possono considerarsi particolarmente problematici le modalità e la tempistica dell'*overruling*. *Dobbs* è frutto di una super-maggioranza conservatrice alla Corte suprema costituitasi, come noto, in maniera fortemente controversa, attraverso pratiche assai discutibili – in termini di forzatura dei meccanismi istituzionali – da parte della maggioranza repubblicana al Senato, nelle ratifiche dei tre giudici nominati da Donald Trump. Ciò ha determinato un documentato crollo di fiducia nei confronti dell'istituzione ed un inasprimento della (già da tempo molto forte) polarizzazione politica. Una pro-

³⁶ Si v. p.e. D. DWYER, *After Roe Ruling, is 'stare decisis' dead? How the Supreme Court's view of precedent is evolving*, <https://abcnews.go.com/Politics/roe-ruling-stare-decisis-dead-supreme-court-view/story?id=84997047>, 24 giugno 2022. Sulla svalutazione dei cd. *reliance interests* generati da *Roe* e *Casey*, e sui grandi costi sociali e umani che l'*overruling* di tali decisioni implica, v. p. e. N. VARSAVA, *Precedent, Reliance, and Dobbs*, di prossima pubblicazione in *Harvard Law Review*, 2023, consultabile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4152020. Per ulteriori considerazioni critiche sulla analisi in punto di *constitutional stare decisis* svolta in *Dobbs*, v. *infra* § 4 e nota 72.

³⁷ Segnatamente: *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), che superò *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) e con essa l'intera dottrina del cd. *Economic substantive due process* iniziata in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), scongiurando il cd. *Court packing plan* rooseveltiano; nonché *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), la celeberrima decisione con la quale si pose formalmente fine alla segregazione razziale nelle scuole statunitensi, superando la dottrina “*separate but equal*” avallata in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Si cfr. *Dobbs*, 40, 69-70, con *Dobbs*, opinione dissenziente, 43-47.

nuncia di questo tipo non può che delegittimare ulteriormente l'organo giudiziario federale di vertice, avvalorando le più ciniche valutazioni sul fatto che esso non si differenzi affatto, nel suo modo di operare, dalle due *political branches of government*³⁸.

3. I problemi istituzionali-strutturali, l'antidemocraticità e la lunga marcia del cd. *conservative legal movement*

Molti osservatori, anche in Italia, hanno espresso preoccupazione per una decisione che, senza iperboli, può essere definita sconvolgente³⁹.

Vale la pena osservare però, anzitutto, che essa – ben al di là della “bozza” fuoriuscita ad inizio maggio⁴⁰ – era preannunciata, in quanto frutto di istanze politiche e culturali assai radicate e risalenti, perseguite negli ultimi quarant'anni con grande determinazione (supportata da fiumi di dollari e instancabile attivismo politico-giudiziario: il cd. *conservative legal movement*⁴¹) e infine realizzate grazie a un *mix* di fattori.

³⁸ Come annuncia amaramente l'opinione dissenziente in *Dobbs*, 6: «*The Court reverses course today for one reason and one reason only: because the composition of this Court has changed [...] Today, the proclivities of individuals rule. The Court departs from its obligation to faithfully and impartially apply the law. We dissent*»; cfr. anche. *Mitchell v. W. T. Grant Co.*, 416 U.S. 600, 636 (1974) (Stewart, J., dissenting), «*A basic change in the law upon a ground no firmer than a change in our membership invites the popular misconception that this institution is little different from the two political branches of the Government. No misconception could do more lasting injury to this Court and to the system of law which it is our abiding mission to serve*». Tra i commentatori si è parlato di *institutional suicide* della Corte, v. N. FELDMAN, *Ending Roe is Institutional Suicide for Supreme Court*, in <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-06-24/supreme-court-abortion-ruling-in-dobbs-is-institutional-suicide>, 24 giugno 2022. Su questo essenziale profilo v. *amplius infra* §§ 6-8.

³⁹ Limitandosi alla dottrina italiana, si v. i commenti prevalentemente critici di L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere “egregiously wrong from the start”*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 32 ss.; C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*; L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, *ivi*; N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, *ivi*; C. DE SANTIS, “*Abortion is inherently different*”: *la Corte suprema USA sancisce l'overruling di Roe e Casey*, in *Diritti comparati blog*, 12 luglio 2022; A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, *ivi*, 14 luglio 2022; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievi della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE ON LINE*, 13 luglio 2022; E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in www.questionegiustizia.it; S. DE VIDO, *Blessed be the fruit. Un'analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in <http://www.sidiblog.org/2022/07/25/blessed-be-the-fruit-unanalisi-di-genere-della-sentenza-dobbs-della-corte-suprema-statunitense-alla-luce-del-diritto-internazionale-dei-diritto-umani/>, 25 luglio 2022. Cfr. anche *supra* nota 2 ove ult. rif.

⁴⁰ J. GERSTEIN, A. WARD, *Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows*, in <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>, 2 maggio 2022; v. le critiche di A.W. ALSCHULER, L.H. TRIBE, *Some Questions for the Alito's Five*, in <https://verdict.justia.com/2022/06/09/some-questions-for-the-alito-five>, 9 giugno 2022.

⁴¹ Cfr. S.M. TELESE, *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for the Control of the Law*, Princeton, 2008; in particolare, sull'overruling di Roe come “trionfo” a lungo agognato del *conservative legal movement*, e sui fattori politici che ne hanno “ritardato” il raggiungimento, cfr. J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, bozza di prossima pubblicazione consultabile in <https://bit.ly/3x5LzAh>, 1 ss., spec. 9-16.

Tra questi si può annoverare, sul piano strutturale-istituzionale, la “obsolescenza” della disciplina costituzionale relativa a nomina presidenziale, ratifica senatoriale e, specialmente, mandato vitalizio dei giudici (“*during good behavior*”, art. III, sez. 1, Costituzione)⁴², non a caso oggetto di ampia discussione in chiave di riforma, e di studio da parte di una commissione presidenziale⁴³, che si è unita a fattori casuali, “errori” di valutazione nella scelta strategica sul *retirement* da parte di precedenti giudici supremi, “*constitutional hardball*”⁴⁴ dei repubblicani nel rifiuto di valutare la nomina di Obama nel 2016 (l'attuale *Attorney General* Merrick Garland), finendo per consegnare al Presidente Trump ben tre nomine di giudici supremi in quattro anni (Gorsuch, Kavanaugh, Barrett)⁴⁵.

Il risultato è una super-maggioranza conservatrice attuale della Corte Suprema profondamente disallineata dal paese reale/pubblica opinione americana, come forse di rado lo è stata nella sua storia, per quanto sempre approssimativi e inesatti possano essere i rilevamenti sul punto⁴⁶.

Questo anche perché nella elezione del Presidente – il fattore che dovrebbe garantire, sul lungo periodo, tramite il potere di nomina, la natura “non troppo antimaggioritaria” dell'operato della Corte – entrano in gioco ulteriori aspetti strutturali, come il sistema del collegio elettorale⁴⁷, che, attribuendo in proporzione maggior peso in termini di rappresentanza agli stati meno popolosi, tende a favorire il partito repubblicano⁴⁸.

⁴² Si v. in generale le riflessioni di S. CASSESE, *La Costituzione americana: debolezza di un modello*, in *Corriere della Sera*, 4 novembre 2020.

⁴³ Cfr. *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States. Final Report December 2021*, in <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final-12.8.21-1.pdf>. Sui lavori della commissione presidenziale v. nella dottrina italiana N. CEZZI, *La Corte suprema come problema*, in *Diritti comparati blog*, 3 maggio 2021; C. BOLOGNA, *La Commissione per la riforma della Corte suprema: gli Stati Uniti e il demos basileus*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 691 ss.

⁴⁴ Lett. “gioco sporco costituzionale”. L'espressione è di M. TUSHNET, *Constitutional Hardball*, in *J. Marshall L. Rev.*, 2004, 523 ss; v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 227-28.

⁴⁵ Senza contare, cosa assai rilevante *pro futuro*, i numerosissimi magistrati federali da lui nominati nelle corti d'appello e distrettuali, la pressoché totalità dei quali condivide l'impostazione originalista-testualista dei giudici supremi, v. R.R. RUIZ, R. GEBELOFF, *As Trump Leaves the White House, His Imprint on the Judiciary Deepens*, in <https://www.nytimes.com/2020/12/17/us/politics/trump-judges-appeals-courts.html>, 17 dicembre 2020.

⁴⁶ Si v. ad es., tra le molte ricerche convergenti sul punto, S. JESSEE, N. MALHOTRA, M. SEN, *A decade-long longitudinal survey shows that the Supreme Court is now much more conservative than the public*, in *PNAS*, 119, 24; cfr. anche M. SCHERER, *Supreme Court goes against public opinion in rulings on abortions, guns*, in <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/06/24/supreme-court-goes-against-public-opinion-rulings-abortion-guns/>, 24 giugno 2022.

⁴⁷ Cfr. p. e. F. TONELLO, *La grande truffa del sistema elettorale americano*, in *MicroMega*, 2020, 6, 164 ss.; D.M. WEST, *It's time to abolish the Electoral College*, in <https://www.brookings.edu/policy2020/bigideas/its-time-to-abolish-the-electoral-college/>, 15 ottobre 2019.

⁴⁸ Si consideri, ad esempio, che i presidenti repubblicani eletti dal 1968 a oggi hanno nominato quindici dei venti giudici che sono stati confermati all'Alta Corte, sebbene si siano aggiudicati la maggioranza dei consensi elettorali nelle presidenziali soltanto in sei delle quattordici consultazioni svoltesi in questo periodo di tempo. Tale squilibrio, in rapporto al *voto popolare* dei cittadini dell'Unione, non è “compensato” neanche dalla conferma senatoriale, specialmente se, come ormai sempre avviene, vista l'exasperata polarizzazione politica, la votazione è divisa quasi interamente per linee partitiche tra repubblicani e democratici (v. p. e. le ratifiche delle nomine di Alito, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett). Su questi aspetti cfr. *amplius* p. e. R. WHEELER, *Pack the Court? Putting a popular imprint on the federal judiciary*, in <https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2019/04/03/pack-the-court-putting-a-popular-imprint-on-the-federal-judiciary/>, 3 aprile 2019; V.C. JACKSON, *Reflection on the Supreme Court, the Senate, and Sandy Levenson*, in *Balkanization*, 29 aprile 2022; E. GRANDE, *Le recenti sentenze della*

La Corte negli ultimi cinquanta anni è sempre stata “a destra”, ma perennemente controllata da giudici “moderati” (cd. *swing justices*, che sfuggivano a “incasellamenti” ideologici) sulle questioni socialmente ed eticamente più divisive⁴⁹.

Oggi non è più così.

4. Delegittimazione della Corte, originalismo e scenari di arretramento nella tutela dei diritti, oltre il diritto all’aborto e gli altri cd. diritti non enumerati (*privacy rights*): il “problema” dell’VIII Em.

Sono gravi i danni alla legittimazione dell’organo di garanzia e in sensibile calo la fiducia nel *rule of law* da parte dei cittadini statunitensi⁵⁰, fosche le prospettive future, in vari settori giurisprudenziali, che questa radicale e ampia virata *originalista*, o forse meglio dire *tradizionalista*⁵¹, potrebbe comportare.

Corte Suprema statunitense, cit.; come osserva J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 8: «il Partito Repubblicano è riuscito a mantenere e persino ad accrescere una maggioranza conservatrice della Corte Suprema, pur perdendo il suo status di partito di maggioranza negli Stati Uniti. Il Partito Repubblicano ha beneficiato della ripartizione sbilanciata dei seggi del Senato, che permette agli Stati meno popolati che tendono a votare repubblicani di avere un’influenza sproporzionata in Senato, e di conseguenza un’influenza sproporzionata sulle nomine giudiziarie. Inoltre, dal 2000, il Partito Repubblicano ha conquistato due volte la presidenza senza vincere il voto popolare nazionale. In effetti, dal 1992 in poi, il Partito Repubblicano ha vinto il voto popolare in un’elezione presidenziale solo una volta, nel 2004».

⁴⁹ Sulla nozione di “*swing justice*” v. K.M. MCGAVER, *Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States*, in *Minn. L. Rev.*, 2017, 1247 ss.; N. DEVINS, *Substantive Due Process, Public Opinion, and the “Right” to Die*, in C. BRADLEY (ed.), *The Rehnquist Legacy*, Cambridge (Ma.), 2005, 327 ss., 337, che osserva «I giudici “ago della bilancia” non hanno preferenze fisse e, in quanto tali, è più probabile che prestino attenzione alle opinioni degli ufficiali eletti, delle elites e del popolo americano». Per un approfondimento sulla *jurisprudence* del più celebre *swing justice* della Corte Suprema in tempi recenti (specialmente, dal 2005 al 2018), v. volendo P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 97 ss.

⁵⁰ Che si attestava, prima della sentenza *Dobbs*, attorno al 25%, cfr. J.M. JONES, *Confidence in the U.S. Supreme Court Sinks to Historic Low*, <https://news.gallup.com/poll/394103/confidence-supreme-court-sinks-historic-low.aspx>, 23 giugno 2022.

⁵¹ Sulla distinzione tra originalismo (specialmente nella più nota variante testualista dell’*original understanding* sostenuta e resa celebre soprattutto da Antonin Scalia, giudice associato della Corte, 1986-2016, sulla quale v. ora l’approfondito lavoro di G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, Torino, 2022) e approccio interpretativo storico/tradizionalista fatto proprio nelle recenti sentenze sull’aborto e sul diritto a portare armi in luoghi pubblici si cfr., con varietà di accenti, C.R. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4145922; N. FELDMAN, *Supreme Court ‘Originalists’ Are Flying a False Flag*, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-07-17/supreme-court-s-conservative-originalists-are-flying-a-false-flag>, 17 luglio 2022. Per una riccamente argomentata analisi in chiave adesiva della crescente applicazione della metodologia interpretativa definita come *traditionalism*, soprattutto nel corso dell’*October Term 2021*, in diversi settori giurisprudenziali, v. M.O. DEGIROLAMI, *Traditionalism Rising*, di prossima pubblicazione in *Journal of Contemporary Legal Issues*, bozza consultabile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4205351.

Ciò anche ben oltre gli altri diritti cd. non enumerati fondati sulla medesima base normativa del *due process* sostanziale del XIV Em. (cd. *privacy rights*), la cui cancellazione⁵² è stata evocata esplicita-

Special issue

⁵² Occorre invero precisare che Justice Thomas nella *concurring opinion* in *Dobbs* (3-4), coerentemente alla sua posizione originalista espressa in numerosi precedenti, pur ripudiando tutta la dottrina del *due process* sostanziale, lascia aperta la possibilità che alcuni diritti fondamentali non testualmente previsti dal *Bill of Rights* possano trovare protezione costituzionale nella cd. *privileges or immunities clause* del XIV Em.: «*Dopo aver annullato queste decisioni palesemente errate, rimarrebbe da chiedersi se altre disposizioni costituzionali garantiscono la miriade di diritti che i nostri casi di substantive due process hanno generato. Ad esempio, si potrebbe considerare se uno qualsiasi dei diritti annunciati nelle cause sul substantive due process di questa Corte siano "privilegi o immunità dei cittadini degli Stati Uniti" protetti dal Quattordicesimo Emendamento. Per rispondere a questa domanda, dovremmo decidere importanti questioni preliminari, tra cui se la privileges or immunities clause protegga qualsiasi diritto che non sia enumerato nella Costituzione, e, in caso affermativo, come identificare tali diritti. Detto questo, anche se la clausola protegge i diritti non enumerati, la Corte dimostra in modo conclusivo che l'aborto non è uno di questi in base ad alcun approccio interpretativo plausibile*». Per una formulazione più articolata della posizione di Thomas sul punto, che implicherebbe per essere accolta la radicale rivisitazione di precedenti assai consolidati [v. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873)] le sue *concurring opinions* nei recenti casi *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019) e, soprattutto, *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), cfr. al proposito p. e. J.R. WEAVER, *Privileges or Immunities: More Than a Nullity, But Not Boundless*, <https://fedsoc.org/commentary/fedsoc-blog/privileges-or-immunities-more-than-a-nullity-but-not-boundless>, 11 dicembre 2020.



mente dal giudice Clarence Thomas nella sua opinione concorrente in *Dobbs*⁵³ (tra gli altri: *gay rights*⁵⁴, uso anticoncezionali⁵⁵).

In un tempo non troppo lontano, Thomas poteva essere considerato giurista isolato ed eccentrico, oggi, “giudice anziano”, è invece, probabilmente, leader intellettuale ed ideologico della Corte⁵⁶.

Penso anche alla decisione del giorno precedente sull’ulteriore espansione del diritto a possedere e portare armi del II Em. ai luoghi pubblici⁵⁷ (con connessa riduzione dello spazio legittimo di *regulation* da parte degli Stati e delle autorità locali per prevenire la piaga della violenza connessa all’uso di armi da fuoco: qui non si trova traccia della *deference* nei confronti della discrezionalità politica dei legislatori statali, all’opposto “sacralizzata” in *Dobbs*⁵⁸, o anche alle recenti tendenze in materia di VIII Em., clausola che vieta pene crudeli e inusuali e manifestamente eccessive⁵⁹).

⁵³ Come visto sopra (v. note 20-21) La opinione di maggioranza in *Dobbs* *distingue* invece i precedenti sul diritto all’aborto rispetto a quelli, sui quali essi di fondano direttamente, relativi alla autonomia nelle scelte personali nella vita familiare, al matrimonio, all’uso di anticoncezionali, nonché all’inviolabilità dell’integrità del corpo, oltreché quelli cronologicamente successivi riguardanti i diritti degli omosessuali ad intrattenere rapporti sessuali in privato e a contrarre matrimonio, facendo riferimento alla «*critical moral question*», propria soltanto dell’interruzione della gravidanza, che comporta la distruzione di una «*potential life*» o di un «*unborn human being*». Ciò renderebbe l’aborto “intrinsecamente differente”, e metterebbe al riparo gli altri precedenti da ulteriori *overturnings* (30-32, 66, 71-72). Come osservano lucidamente i dissenzienti, tuttavia, guardando anche alla *concurrence* di Thomas, arginare la logica espansiva del *reasoning* della sentenza della Corte in *Dobbs* è pressoché impossibile – con buona pace delle plurime rassicurazioni – alla luce della unitarietà logico-giuridica dell’intera elaborazione giurisprudenziale sui diritti costituzionali non enumerati (4-5): «*nessuno dovrebbe essere sicuro che questa maggioranza abbia finito il suo lavoro. Il diritto riconosciuto da Roe e Casey non è isolato. Al contrario, la Corte lo ha collegato per decenni ad altre libertà consolidate che riguardano l’integrità corporea, le relazioni familiari e la procreazione. Ovviamente, il diritto di interrompere una gravidanza è nato direttamente dal diritto di acquistare e utilizzare anticoncezionali. A loro volta, questi diritti hanno portato, più recentemente, ai diritti all’intimità e al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Sono tutti parte dello stesso tessuto costituzionale, che protegge l’autonomia decisionale sulle decisioni più personali della vita. La maggioranza (o, per essere più precisi, la maggior parte di essa) è ansiosa di dirci oggi che nulla di ciò che fa “mette in dubbio i precedenti che non riguardano l’aborto”. Ma come potrebbe essere? L’unica motivazione per ciò che la maggioranza fa oggi è che il diritto di abortire non è “profondamente radicato nella storia”: Fino alla sentenza Roe, sostiene la maggioranza, non si pensava che l’aborto rientrasse nella garanzia di libertà della Costituzione. Lo stesso si potrebbe dire, però, della maggior parte dei diritti che la maggioranza sostiene di non voler cancellare. La maggioranza potrebbe scrivere una decisione altrettanto lunga che dimostrasse, ad esempio, che fino alla metà del XX secolo “non c’era alcun supporto nel diritto americano per un diritto costituzionale di ottenere [contraccettivi]”. Quindi una delle due cose deve essere vera. O la maggioranza non crede davvero nel proprio ragionamento. O, se ci crede, tutti i diritti che non hanno una storia che risale alla metà del XIX secolo sono insicuri. O gran parte dell’opinione della maggioranza è ipocrisia, oppure altri diritti costituzionali sono minacciati. Delle due l’una». V. anche 19-30 del *dissent*.*

⁵⁴ *Lawrence v. Texas*; *Obergefell v. Hodges*.

⁵⁵ *Griswold v. Connecticut*; *Eisenstadt v. Baird*; *Carey v. Population Services International*.

⁵⁶ Sia permesso rinviare al nostro *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un’invettiva del giudice Thomas*, in *Riv. dir. comp.*, 2, 2018, 288 ss., ove ult. rif.

⁵⁷ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), su cui v. N.G. Cezzi, “Le origini sono un inizio che spiega”. *NYSRPA v. Bruen e il porto d’armi come diritto costituzionale tradizionale*, in *Diritti Comparati Blog*, 18 ottobre 2022.

⁵⁸ Si potrebbe spiegare questa “discrepanza” osservando che il diritto a possedere e portare armi è previsto espressamente dal testo del II Em. della Carta dei Diritti (diritto enumerato), contrariamente alla *privacy*. Tutta-

Attraverso la stessa metodologia *lato sensu* originalista, tramite quella che viene criticamente detta “*law office history*” (ricerca storica “amatoriale” da parte di giuristi)⁶⁰, si pretenderebbe anche in quest’ultimo ambito, similmente a quanto fatto in *Dobbs* – in nome della separazione dei poteri e della democrazia (*rectius*: di una visione rigidamente assoluta e incondizionata delle stesse, che peraltro si presta pure al sospetto di porsi “ad intermittenza”, a seconda cioè delle preferenze politiche dei *Justices* in maggioranza) – di annullare la discrezionalità giudiziale, garantire neutralità e oggettività nella *constitutional adjudication*, attribuendo significato certo e conclusivo a fonti storiche molto spesso equivoche e ambigue, sovente selezionate *ad hoc* tramite cd. *cherry picking* per ridurre il contenuto di garanzia delle previsioni costituzionali, “fissandolo” al 1791 (*Bill of Rights*, di cui fa parte l’VIII Em.) o al 1868 (anno in cui fu ratificato il XIV Em., la cui *liberty* della *due process clause* costituisce base normativa del diritto all’aborto)⁶¹.

via, se si considera la consolidata e risalente tradizione costituzionale di protezione dei diritti fondamentali non enumerati (v. p. e. A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit., § 3), e ci si avvede anche, dall’altra parte, che il diritto del II Em., quanto meno nella sua natura di diritto individuale della persona (e non, secondo la lettura tradizionalmente più accreditata, come *collective right* inestricabilmente connesso al servizio nelle milizie statali necessarie a scongiurare la tirannia del governo federale), è stato affermato per la prima volta soltanto nel 2008 (con la pronuncia assai innovativa *District of Columbia v. Heller*), le diverse modulazioni del grado di deferenza nei confronti delle determinazioni legislative non sembrano trovare grandi giustificazioni, se non nelle preferenze politiche dei giudici in maggioranza. Sulla fragilità delle tesi originaliste affermatesi in *Heller*, e sulla loro funzionalizzazione ad affermare “attivisticamente” – contro il precedente e contro le determinazioni legislative – un preciso orientamento politico dei giudici conservatori allora in maggioranza, v. ancora, volendo, P. INSOLERA, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A.*, cit., ove ult. rif.

⁵⁹ V. di recente *Bucklew v. Precythe*, 587 U.S. ____ (2019), estensore Gorsuch, in materia di metodi di esecuzione della pena capitale, che contiene *dicta* molto “aggressivi” sulla necessità di una interpretazione rigidamente originalista della clausola, incompatibile con il precedente consolidato, su cui v. criticamente J.D. BESSLER, *Bucklew v. Precythe: The Supreme Court’s Tortured Death Penalty Jurisprudence*, in *The George Washington Law Review – On the Docket*, 17 aprile 2019.

⁶⁰ Si possono richiamare, ad esempio, le critiche di J.P. STEVENS, *Associate Justice* dal 1975 al 2010, sui limiti di un’interpretazione costituzionale esclusivamente “storicistica”: «*l’affidamento sulla storia, anche quando l’interpretazione degli eventi passati è completamente accurata e indiscussa, fornisce una guida insufficiente per comprendere il significato della nostra Costituzione. Dovremmo tenere a mente che anche se noi ci affidiamo molto – come dovremmo – alla saggezza dei singoli giudici nel prendere innumerevoli decisioni che interpretano e applicano regole di diritto, i giudici sono storici meramente amatoriali. Le loro interpretazioni degli eventi passati, come l’interpretazione della storia legislativa, sono spesso discutibili e a volte semplicemente sbagliate. L’analisi storica è solitamente rilevante e interessante, ma essa è uno soltanto dei numerosi criteri guida per un saggio giudizio*». Cfr. J.P. STEVENS, *Five Chiefs. A Supreme Court Memoir*, New York, 2011, 222-223.

⁶¹ Secondo C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema*, cit., «*L’argomento originalista pietrifica ex auctoritate il senso della Costituzione, estrapolandone l’unico significato giuridicamente ammissibile secondo lo spirito del tempo che fu. L’originalismo elide l’elasticità della Costituzione, e cioè la sua naturale adattabilità ai nuovi contesti politici e, allo stesso tempo, ne pregiudica la capacità di orientare gli inevitabili processi di cambiamento sociale*».

Nei prossimi anni potremmo così assistere, in ipotesi, all'*overruling*, o comunque allo "svuotamento"⁶², di precedenti che, ad esempio, vietano la condanna a morte e l'esecuzione dei minori o dei disabili mentali, fondati su letture della Carta apertamente *dinamico-evolutive*, fino ad oggi consolidate (come d'altra parte era *Roe v. Wade* del 1973, ripetutamente riaffermata in seguito⁶³), antitetice a quella rigidamente storica e originalista sostenuta dai magistrati oggi in maggioranza.

Vale la pena soffermarsi un attimo su questo punto, di grande importanza dalla prospettiva penalistica.

Si pensi in primo luogo al fatto che tutte le decisioni della Corte che pongono limiti costituzionali di proporzionalità sostanziale alla pena capitale (cd. *capital* o *categorical proportionality doctrine*), escludendo categoricamente, in quanto manifestamente eccessiva, l'applicazione dell'estrema sanzione nei confronti di varie "categorie di rei" (minori⁶⁴, disabili mentali⁶⁵) e per "tipologie di reato" (escludendo di fatto tutti i reati diversi dall'omicidio volontario⁶⁶), nonché le sentenze che vietano l'ergastolo senza possibilità di *parole* nei confronti dei condannati per reati diversi dall'omicidio commessi da minorenni⁶⁷ (o anche per l'omicidio, se l'ergastolo è *mandatory*, previsto in via di automatismo per legge⁶⁸), sono frutto di una progressiva elaborazione giurisprudenziale fondata su una metodologia interpretativa spiccatamente dinamico-evolutiva (*ex se* anti-originalista, riconducibile al giudizio costituzionale per valori, cd. *moral reading* o *living constitution*), oggi consolidata⁶⁹.

Ora, qui non si vuole certo sostenere che è scontato o automatico che questa giurisprudenza, relativa ad un'altra clausola costituzionale, la cui interpretazione è *independente* rispetto al cd. *due process*

⁶² La protezione contro le pene manifestamente eccessive, in particolare rispetto all'ergastolo senza possibilità di *parole* nei confronti di soggetti condannati per omicidi commessi da minorenni, è stata significativamente indebolita dalla maggioranza conservatrice nella recente decisione *Jones v. Mississippi*, 593 U.S. (2021), sulla quale v., volendo, F. COPPOLA, P. INSOLERA, *Ergastolo senza possibilità di parole irrogato a minorenni sotto l'VIII Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Un'analisi critica alla luce della pronuncia della Corte Suprema Jones v. Mississippi 593 U.S. __ (2021)*, in *Ind. pen.*, 2022, 204 ss.

⁶³ Sui dati di "contesto politico" e sulla correlata composizione della Corte con magistrati prevalentemente di nomina repubblicana, ma non tutti riconducibili al cd. *conservative legal movement* (si pensi alle nomine di O'Connor e Kennedy negli anni '80 da parte di Reagan e a quella di Souter da parte di Bush padre nel 1990), che hanno precluso per lungo tempo il superamento di *Roe* e la auspicata de-costituzionalizzazione del diritto all'aborto, ad esempio nella nota sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992, v. J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 12-13.

⁶⁴ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)

⁶⁵ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)

⁶⁶ *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982) *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008)

⁶⁷ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010)

⁶⁸ *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012)

⁶⁹ Sviluppata a partire dal notissimo precedente della Corte Warren, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958), ove si stabilì che «*the Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*», essendo la previsione costituzionale posta a presidio antimaggioritario del supremo valore della dignità umana, da interpretarsi inevitabilmente in maniera flessibile, a seconda delle istanze e delle tendenze emergenti nella società americana. Su questo corposo e consolidato filone di precedenti v. autorevolmente C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death. The Supreme Court and Capital Punishment*, Cambridge (Ma)-London, 2016, 163-165, 272 ss., 304 ss.; K. GREENAWALT, *Interpreting the Constitution*, New York, 2015, 107-133; nella dottrina italiana, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, spec. 6-15, 24-30.

sostanziale⁷⁰, sarà in un futuro prossimo indebolita o finanche ribaltata dalla maggioranza conservatrice attuale.

Ben può essere, all'opposto, che in un ipotetico caso futuro, diversamente da quanto avvenuto per il diritto all'aborto in *Dobbs*, non si ritengano soddisfatti i molteplici criteri relativi allo *stare decisis* costituzionale necessari per disporre l'*overruling*.

Tuttavia, come l'aspro confronto tra opposte tesi sullo *stare decisis* della maggioranza e dei dissenzienti nella sentenza *Dobbs* da ultimo ben dimostra⁷¹, l'ampissimo margine di discrezionalità nella valutazione di tali fattori, di cui giocoforza gode in via esclusiva la (maggioranza della) Corte, non garantisce affatto tale esito "conservativo" del precedente (*a fortiori* se la versione dello *stare decisis* costituzionale è assai "debole", come quella accolta in *Dobbs*⁷²).

Si potrebbe però osservare – cercando rassicurazioni – che il "contesto politico" nel quale è maturata la decisione che ha annullato il diritto costituzionale federale all'aborto e quello del diritto penale sanzionatorio sono sensibilmente diversi.

Nel primo caso, connotato da una selvaggia e perdurante polarizzazione politica che, a partire da *Roe* nel 1973, è andata intensificandosi costantemente, senza mai attenuarsi; nel secondo ambito, invece, raggiunto un picco di "punitivismo" e di supporto diffuso a politiche cd. *tough on crime*, collocabi-

⁷⁰ Si tratta di una "indipendenza" relativa, che necessita alcune precisazioni. Entrambe le previsioni costituzionali (componente sostanziale della *due process clause* del XIV Em. e *cruel and unusual punishment clause* dell'VIII Em.) pongono naturalmente limiti sostanziali alla discrezionalità politica dei legislatori statali e del Congresso nell'esercizio del potere di criminalizzare e punire, a tutela di diritti fondamentali dell'individuo. A conferma del collegamento sistematico tra le due norme, si osservi ad esempio come l'VIII Em. sia stato talvolta utilizzato dalla Corte, seppur in tempi risalenti, per invalidare norme penali precettive (si direbbe) irragionevoli rispetto allo scopo e non soltanto quantificazioni sanzionatorie eccessive rispetto al disvalore del reato, v. ad es. *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962), che censura la criminalizzazione del mero *status* di tossicodipendente (una condotta materialmente inoffensiva, diremmo). Dall'altro lato, si osservi come alcuni dei più celebri *substantive due process cases* riguardino l'invalidazione di scelte legislative di criminalizzazione irragionevoli rispetto allo scopo (*Griswold, Roe, Lawrence*). Si noti dunque come la svolta in senso storico-tradizionalistico e restrittivo nel test applicato in *Dobbs* abbia conseguenze significative anche in materia penale, rappresentando un indebolimento dello statuto costituzionale di garanzia, del quale peraltro vi erano già stata avvisaglia in precedenti decisioni, cfr. *Kahler v. Kansas*, 589 U.S. ____ (2020), che applica un cd. *history test* simile a quello di *Dobbs* e ritiene conforme al *due process* sostanziale una disposizione del Kansas *de facto* abolitiva della *insanity defense* (causa di esclusione dell'imputabilità), facendola dipendere esclusivamente dall'eventuale insussistenza dell'elemento soggettivo del reato. Criticamente sulla decisione si può vedere *amplius* F. COPPOLA-P. INSOLERA, *Sulla (mancanza) di protezione costituzionale dell'insanity defense negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2021, 87 ss.

⁷¹ Si cfr. *Dobbs*, opinione della Corte, 39-72 con *Dobbs*, opinione dissenziente, 30-61.

⁷² Versione "debole" della dottrina del precedente costituzionale vincolante – tutta sbilanciata sul fattore della "quality of precedent's reasoning" – "anticipata" dalla decisione, redatta dallo stesso Alito e condivisa da altri quattro giudici di nomina repubblicana, *Janus v. AFSCME*, No. 16-1466, 585 U.S. ____ (2018), su cui v. B.J. MURRILL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, Report del Congressional Research Service, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45319.pdf>, 24 settembre 2018, 12-13; criticamente M. GENTILES, *Will Dobbs (and Janus) Overrule Stare Decisis?*, in <https://bit.ly/3DJ3Gjk>, 10 maggio 2022. Invero, se il vaglio per stabilire la vincolatività di un dato precedente dipende soprattutto dalla ritenuta *grave errore* della motivazione e dagli *effetti dannosi* dello stesso, svalutando o comunque sminuendo l'importanza degli altri criteri rilevanti (*Workability of the Precedent's Rule or Standard; Whether the Precedent Is Inconsistent with Related Decisions; Whether There Is a Changed Understanding of Relevant Facts; Reliance on the Precedent*), la dottrina dello *stare decisis* rischia di diventare un vincolo alla discrezionalità giudiziale soltanto virtuale.



le grossomodo nei primi anni del XXI secolo, si è gradualmente sviluppato, negli ultimi quindici anni circa, preso atto dei fallimenti morali ed economici dell'incarcerazione di massa, un vasto e variegato movimento di supporto politico *bipartisan* alla cd. *criminal justice and sentencing reform* (ancorché “frenato” dalla recrudescenza della criminalità violenta in alcune aree urbane seguita alla pandemia e dai problemi di ordine pubblico connessi alle proteste scatenate dall'uccisione di George Floyd)⁷³. Parimenti, la pena capitale, dopo il “via libera” della Corte nel 1976⁷⁴ e un successivo aumento nella frequenza delle condanne e delle esecuzioni culminato sul finire degli anni '90 del XX secolo, ha visto diminuire costantemente i propri numeri, divenendo di fatto sempre più rara e concentrata in poche contee a livello geografico⁷⁵. A livello politico, anche tra i repubblicani non mancano oggi convinte voci abolizioniste⁷⁶.

Questi dati di “contesto politico” fanno forse sembrare più improbabile l'ipotesi di un futuro mutamento giurisprudenziale netto in questo, diverso, settore giurisprudenziale.

Ciononostante, se è vero – come ci avverte la maggioranza in *Dobbs*, nel ripudiare espressamente un aspetto essenziale della più robusta “formulazione” dello *stare decisis* articolata in *Casey* per confermare la sentenza *Roe* – che la Corte non può essere minimamente influenzata nell'esercizio del *judicial review* dalla *public opinion* o dalla valutazione delle conseguenze potenziali delle proprie decisioni nella società (*i.e.* dalla percezione che i cittadini hanno delle stesse, dell'organo, del suo operato, della sua “integrità” quale applicatore tecnico e neutrale delle regole di diritto, in grado di garantire stabilità normativa, a prescindere delle variabili opinioni politiche delle maggioranze di giudici che fisiologicamente si alternano⁷⁷), e se è vero che la dottrina costituzionale della proporzionalità della pena è edificata su una metodologia interpretativa evolutiva, sovente individuata come bersaglio polemico dai giudici di orientamento conservatore/originalista, quale esemplificazione paradigmatica di illegittimo “attivismo giudiziale” progressista antidemocratico (cd. *legislating from the bench*), proprio come *Roe v. Wade*⁷⁸ – se è vero, come credo si possa affermare, tutto ciò – è quanto

⁷³ V. in una letteratura vastissima, da ultimo, l'interessante raccolta di saggi brevi curata dal *Brennan Center For Justice*, intitolata *Punitive Excess* e disponibile all'URL https://www.brennancenter.org/series/punitive-excess?_ga=2.71308307.1058125125.1661771067-1926937139.1658411074.

⁷⁴ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), che confermò la costituzionalità di diverse normative statali che subordinavano l'applicabilità dell'estrema sanzione all'accertamento di circostanze aggravanti dell'omicidio tassativamente definite in sede legislativa (cd. *Guided discretion approach*), ritenute tali da rimediare alla arbitrarietà applicativa precedentemente censurata in *Furman v. Georgia*, dando origine a quell'imponente e complessa elaborazione giurisprudenziale che si suole chiamare *Super due process of death*, in quanto prevede garanzie costituzionali procedurali inapplicabili nel settore delle pene carcerarie, cfr. C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., *passim*.

⁷⁵ V. S. BREYER, *Against the Death Penalty*, J.D. BESSLER (ed.), Washington D.C., 2016, 78.

⁷⁶ V. p. e. <https://conservativesconcerned.org/>.

⁷⁷ *Dobbs*, opinione della Corte, 66-69.

⁷⁸ V. ad esempio, tra le moltissime, la aggressiva opinione concorrente di Scalia in *Glossip v. Gross*, 576 U.S. 863 (2015) – in risposta alla opinione dissenziente estesa da Breyer e sottoscritta da Ginsburg che sollecitava una rivalutazione complessiva della costituzionalità della *death penalty* – secondo cui *Trop v. Dulles* ha segnato la genesi «della proliferazione di labirintiche restrizioni alla pena capitale, promulgate da questa Corte in forza di un'interpretazione dell'Ottavo Emendamento che le diede autorità di divinare “gli standard di decenza in evoluzione che segnano il progresso di una società in via di maturazione”, un compito per il quale siamo eminentemente inadatti [...] Quel caso ha causato più danno alla nostra giurisprudenza, al nostro sistema federale, e alla nostra società, rispetto ad ogni altro che mi possa venire in mente», ma posizioni analoghe sono state ripetute

meno lecito provare una certa preoccupazione rispetto alla futura possibilità di “tenuta” di questa consolidata *judicial doctrine* di garanzia.

Non è una coincidenza che in una recente intervista (si noti, dettaglio di non poco conto, precedente alla sentenza *Dobbs*), una delle studiosi americane più autorevoli della pena capitale, Carol Steiker, ha affermato che è *possibile*, seppur improbabile, che l'*evolving standards of decency test* e la *capital proportionality doctrine*, che ne costituisce la progenie giurisprudenziale, possano essere in futuro cancellate dall'attuale maggioranza della Corte tramite *overruling*, aggiungendo che è più verosimile ipotizzare un indebolimento/erosione graduale della dottrina, o nella migliore delle ipotesi, un mantenimento dello *status quo* giurisprudenziale⁷⁹.

Si tratta dunque di scenari davvero inquietanti, ma concretamente possibili. Essi – occorre rilevare in conclusione – potrebbero essere forse scongiurati nell'ipotesi (invero piuttosto remota, almeno a parere di scrive) in cui l'attuale maggioranza conservatrice apra in futuro alla possibilità di interpretare espansivamente il divieto di pene crudeli e inusuali su basi originaliste (e non evolutive), riconoscendo nell'*original public meaning* della parola *cruel* un divieto di pene manifestamente sproporzionate in rapporto al disvalore del reato, conformandosi alle indicazioni di parte della dottrina⁸⁰.

5. Ancora sulla sentenza *Dobbs* e sull'avversione nei confronti dei giudizi di bilanciamento nel sindacato di costituzionalità da parte della maggioranza attuale della Corte Suprema

Tornando alla pronuncia sull'aborto, credo che la sentenza *Dobbs*, da italiani, oltre a ricordarci che i diritti e la democrazia non sono mai scontati e che bisogna sempre sorvegliare e prendersene cura, ci rammenti una volta di più quanto enorme e impattante sia lo strumento (pur essenziale) del controllo di costituzionalità (*judicial review*). Esso richiede, per funzionare efficacemente ed evitare abusi, il

tamente assunte dai giudici ancora oggi in servizio Thomas, Alito, e, possiamo ragionevolmente ipotizzare, vista la loro *judicial philosophy* originalista-testualista, potrebbero essere condivise in futuro da Gorsuch, Kavanaugh, Barrett. Ben potrebbero questi giudici ritenere tutta la *line of cases* succitata «*egregiously wrong*» e «*demonstrably erroneous*», in quanto priva di ogni fondamento nel testo della Costituzione, che prevede espressamente la pena capitale e riserva in via esclusiva agli Stati sovrani ogni valutazione sulla sua regolamentazione (ed eventuale limitazione).

⁷⁹ Si v. intervista di A. COHEN a C. STEIKER, *The Eighth Amendment, the Death Penalty, and the Supreme Court*, in <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/eighth-amendment-death-penalty-and-supreme-court>, 22 febbraio 2022. Si v. pure L. BRONNER, A. THOMSON-DEVEAUX, *Want To Know Where The Supreme Court Goes Next? Look At Alito's And Thomas's Dissents*, in <https://fivethirtyeight.com/features/want-to-know-where-the-supreme-court-goes-next-look-at-alitos-and-thomass-dissents/>, 20 luglio 2022.

⁸⁰ Si v. tra tutti le teorie di J.F. STINNEFORD, *Back to the Future: Originalism and the Eighth Amendment*, in M.J. RYAN, W.W. BERRY III (eds.), *The Eighth Amendment and Its Future in a New Age of Punishment*, New York, 2020, 28 ss., ove ult. rif. Si noti tuttavia che la auspicata possibilità di rileggere in chiave originalista il senso e la portata della *cruel and unusual punishment clause* per rafforzare lo statuto costituzionale di garanzia, riconoscendo un divieto di pene evidentemente sproporzionate, si scontra non soltanto con la giurisprudenza assai consolidata, costruita integralmente su opposte basi metodologiche evolutive (cd. *living constitution*), cui si è fatto cenno sopra, ma anche con il fatto che l'argomento originalista-testualista in rapporto a tale previsione costituzionale è stato quasi sempre utilizzato in passato per negare la sussistenza di una protezione costituzionale contro le pene eccessive (capitale e detentive), effettivamente non contemplata dal testo della clausola, cfr. p. e. in questo senso la *plurality opinion* di Scalia (condivisa dal Presidente Rehnquist) in *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991), sulla quale v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 20-23.

rispetto di delicati equilibri istituzionali, grande cautela e autolimitazione, nonché senso di altissima responsabilità, da parte non solo di chi lo esercita direttamente, ma anche di tutti gli *attori politici* che contribuiscono alla formazione ed al funzionamento dell'organo⁸¹.

Ancora, la politica come sede più appropriata per compiere scelte etiche e proteggere i diritti, vorrebbe dirci la maggioranza della Corte in *Dobbs*, restituendo i bilanciamenti in via esclusiva ai legislatori statali.

Ma se la politica ormai è ridotta a sterile scontro ideologico e identitario, spesso bloccato e incapace di trovare mediazioni e agire per il bene comune dei cittadini, siamo sicuri sia stata una buona idea riportare la questione nel circuito democratico-rappresentativo?

La forma di *balancing* costituzionale (cd. *undue burden test*) che vigeva, fino a ieri, per vagliare la costituzionalità delle misure limitative del diritto di scelta della donna, a tutela dell'interesse della vita prenatale, era certamente imperfetta, molto discrezionale, incerta e malleabile (questo gli originalisti lo detestano⁸²), ma aveva funzionato dignitosamente, garantendo un livello minimo accettabile di protezione uniforme su scala nazionale, nonostante le spinte criminalizzanti in molti stati.

Si noti poi un aspetto estremamente significativo per capire l'evoluzione storico-politica complessiva: tale *balancing test* era stato elaborato nella *plurality opinion* della sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992⁸³, che riaffermò *Roe*, pur limitandone la portata, da tre giudici supremi *di nomina repubblicana*⁸⁴: O'Connor, Kennedy, Souter; si veda, dunque, come lo sforzo di diffusione di idee nelle università, *think tanks* e l'"indottrinamento", che richiamavo in apertura, in relazione all'approccio originalista – il cd. *conservative legal movement* – abbia finalmente raggiunto uno dei propri obiettivi principali, raccogliendo i tanto attesi "frutti maturi".

Giuristi moderati e *ragionevolmente pluralisti* nei metodi interpretativi, aperti al compromesso e alla mediazione, a valutazioni pragmatiche sulle conseguenze reali delle pronunce sulla vita delle perso-

⁸¹ Senso di responsabilità e delle istituzioni che, credo, difficilmente possa sostenersi abbia costituito la "bussola" della amministrazione Trump e della maggioranza repubblicana al Senato tra il 2017 e il 2021, cfr. p. e. l'analisi di E. GRANDE, *USA, Kavanaugh alla Corte Suprema: verso una dittatura Trump?*, in *Micromega*, 8 ottobre 2018; EAD., *Amy Coney Barrett nel dilemma democratico*, in www.questionegiustizia.it, 27 ottobre 2020.

⁸² Come avvisa la opinione della Corte nella decisione *Bruen* sopra richiamata (16), relativa al diritto ad essere armati in luoghi pubblici per scopi di autodifesa personale, che applica – ripudiando lo standard di giudizio previgente di bilanciamento tra limitazione all'esercizio del diritto a portare armi e ragionevole perseguimento da parte dell'autorità pubblica degli scopi legittimi di protezione della sicurezza pubblica e prevenzione della violenza nelle aree urbane (una forma di cd. *intermediate scrutiny*) – uno standard basato sul testo del II Em. e sulla tradizione storica di precedenti forme e livelli di limitazione legislativa del diritto, da estendersi "per analogia" alle restrizioni attuali, verificandone la conformità alla tradizione: «*reliance on history to inform the meaning of constitutional text — especially text meant to codify a pre-existing right — is, in our view, more legitimate, and more administrable, than asking judges to "make difficult empirical judgments" about "the costs and benefits of firearms restrictions," especially given their "lack [of] expertise" in the field*». Nella opinione dissenziente alla sentenza *Dobbs*, che parimenti ha rigettato il test di bilanciamento giudiziale tra esercizio del diritto di scelta della donna e protezione della vita del nascituro elaborato in *Casey*, per sostituirlo con un *history test* rigido basato esclusivamente sulla tradizione storica di protezione del diritto al massimo livello di specificità, si afferma icasticamente «*To the majority "balance" is a dirty word, as moderation is a foreign concept*» (12).

⁸³ Decisione *Casey*, che aveva confermato la sentenza *Roe*, costituendo dunque un cd. "*precedent on precedent*", parimenti superato dalla sentenza *Dobbs*.

⁸⁴ Per apprezzare ancora oggi la saggezza e l'equilibrio di quella soluzione di compromesso è istruttivo rileggere le belle pagine di J. TOOBIN, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, 2007, 57 ss.

ne, sono oggi quasi estinti di fatto, in un contesto che non è eccessivo definire radicalizzato. E come ha scritto Cassese⁸⁵, l'opinione della Corte in *Dobbs*, ripudiando il compromesso, la mediazione, la cautela, l'autolimitazione – dei quali si trova traccia unicamente nel parere separato del Presidente Roberts che, ormai “isolato”, ha perso la “sua” Corte nel caso verosimilmente più importante della *life tenure*⁸⁶ – ripudia l'essenza della giustizia costituzionale ben amministrata.

Oggi negli U.S.A. assistiamo a violazioni diffuse dell'autonomia e della dignità e diminuzione dello status di pieni cittadini di milioni di donne americane, specialmente di minoranze e meno abbienti⁸⁷, e si ha una politica se possibile ancora più selvaggiamente polarizzata di prima.

Non è neanche vero che la *litigation* costituzionale sull'aborto è finita e che la Corte potrà continuare a professarsi “neutrale” sul tema⁸⁸, anzi ci saranno numerosi casi relativi ad aspetti collegati (ad es. divieti di viaggiare tra Stati per interrompere gravidanza etc.)⁸⁹. Insomma, un quadro estremamente critico.

⁸⁵ S. CASSESE, *Perché la Corte USA ha sbagliato*, in *Corriere della Sera*, 27 giugno 2022.

⁸⁶ Cfr. A. LIPTAK, *June 24, 2022: the Day Chief Justice Roberts Lost His Court*, in <https://www.nytimes.com/2022/06/24/us/abortion-supreme-court-roberts.html>, 24 giugno 2022. Il noto approccio “minimalista” al controllo di costituzionalità, basato sul *judicial restraint* thayeriano e condiviso da molti giudici supremi del passato (si pensi ad esempio a Frankfurter, al secondo Harlan, a B. White, a Souter), e lo spiccato “istituzionalismo” del *Chief Justice*, che avevano preso il centro della scena all'indomani del pensionamento del giudice Kennedy nel 2018, quando Roberts era divenuto anche giudice “ago della bilancia”, hanno perso gran parte del loro rilievo con la sostituzione di Ginsburg con Barrett nel 2020, cfr. volendo P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: le decisioni più recenti e gli attuali equilibri ideologici in seno al collegio (parte II)*, in *Riv. dir. comp.*, 2, 2020, 56 ss., 65-69. Per una analisi critica dell'approccio più cauto del *Chief Justice* in *Dobbs*, che avrebbe confermato la legittimità della legge impugnata, superando il cd. *trimester frameworks* elaborato in *Roe* e ridefinito in senso restrittivo nella successiva *Casey*, senza spingersi a fare *overruling* di tali decisioni, v. il confronto tra A. SMARICK, *John Roberts's Moderate Gambit*, in *Law & Liberty*, 12 luglio 2022 e E.R. CLAEYS, *Minimalism and Formalism in Dobbs*, *ibidem*, 9 agosto 2022.

⁸⁷ Secondo i dati dell'autorevole *Guttmacher Institute*, <https://states.guttmacher.org/policies/>, l'aborto è attualmente illegale in Alabama, Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas e Wisconsin, con limitate eccezioni. Tutte le discipline vigenti in tali Stati prevedono eccezioni per salvare la vita della donna incinta, ma soltanto alcune prevedono eccezioni in caso di gravidanza causata da stupro o incesto. Per un *focus* sulla disastrosa situazione in Texas, secondo stato dell'Unione per dimensione, che ospita il 9% della popolazione totale, v. J.L. GROSSMAN, *The Trigger Has Been Pulled: Texas's Criminal Ban on Abortion Takes Effect*, in <https://verdict.justia.com/2022/08/25/the-trigger-has-been-pulled-texas-criminal-ban-on-abortion-takes-effect>, 25 agosto 2022.

⁸⁸ Per una acuta analisi di questo aspetto, affrontato in particolare nella *concurring opinion* di Kavanaugh, v. N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, cit.; nonché O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*; criticamente v. Q. CARMENLENGO, *Originalismo e “living constitutionalism”*, tra domanda di costituzione e principi supremi, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

⁸⁹ Una rassegna in W. BAUDE, *Legal Questions about Abortion after Dobbs*, in *The Volokh Conspiracy*, 8 luglio 2022; v. pure J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 17. Vale la pena osservare che nell'opinione concorrente di Kavanaugh – il giudice supremo più “moderato” dei cinque nella maggioranza di *Dobbs* e dunque, può ipotizzarsi, “equilibratore” nei casi che potranno essere affrontati in futuro (cfr. p. e. V.D. AMAR, *The Kavanaugh Court?*, in <https://verdict.justia.com/2022/07/05/the-kavanaugh-court>, 5 luglio 2022) – viene affermato con chiarezza che eventuali divieti legislativi di viaggiare da uno stato all'altro per ottenere l'interruzione della gravidanza non sarebbero costituzionalmente tollerabili, in forza del *right to interstate travel* (su cui cfr. <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/section-1/interstate-travel/>),

C'è solo da sperare che il nostro (inteso: Italiano) inserimento in sistemi sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali e i vincoli che ne derivano, insieme all'indipendenza della magistratura, possano contribuire a scongiurare ulteriori simili involuzioni in tema di diritti, che ci sembrano inevitabile portato, su un piano più generale, dell'approccio ideologico e metodologico fatto proprio nell'esercizio del controllo di costituzionalità della maggioranza della Corte suprema in *Dobbs* (e ciò al di là del settore specifico del diritto all'aborto⁹⁰).

Anche la più lungimirante e equilibrata ripartizione tra diversi soggetti del potere di nomina dei giudici costituzionali⁹¹, insieme al mandato temporalmente definito – portato di una Legge fondamentale assai più giovane e moderna – aiutano in tal senso.

Abbiamo visto comunque che il grado di solidità e maturità di un sistema di democrazia costituzionale non è, di per sé stesso, condizione sufficiente ad assicurare la tutela di diritti fondamentali che fino a ieri si dava per scontata.

6. Rule of Law o Rule of Five?

Come diceva William Brennan – giudice associato, in servizio dal 1956 al 1990, “regista” principale⁹² della rivoluzione giudiziaria dei diritti degli anni sessanta (tra gli altri: eguaglianza, *privacy*, libertà d'espressione e di associazione, diritti di partecipazione politica, diritti degli indagati, imputati e condannati, laicità dello Stato), sotto la Corte presieduta da Earl Warren (1953-1969, precedente alla Corte presieduta da Burger, 1969-1986, periodo in cui si colloca la sentenza *Roe*, della cui maggioranza Brennan faceva parte) – bastano *cinque voti* per fare qualsiasi cosa alla Corte Suprema americana (cd. *Rule of Five*)⁹³.

così come sarebbe da ritenersi incostituzionale una sanzione penale introdotta dal legislatore retroattivamente per punire un aborto realizzato prima della sentenza *Dobbs* e delle leggi entrate (o rientrate) in vigore per effetto di quest'ultima decisione. All'opinione separata di Kavanaugh, nella misura in cui si occupa di questioni completamente al di fuori del *devolutum* del ricorso, può forse attribuirsi un preciso significato politico: un “messaggio”, proveniente dal giudice che si trova nella posizione in grado di determinare maggiormente l'esito delle questioni in materia di aborto, indirizzato ad attivisti e *litigators pro life* che potrebbero non accontentarsi della situazione post-*Dobbs*.

⁹⁰ Diversi commentatori (p. e. S. CASSESE, *Perchè la Corte USA ha sbagliato*, cit.; C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema*, cit.), hanno giustamente sottolineato che l'esperienza italiana in materia di disciplina della interruzione volontaria della gravidanza, oggi prevista dalla legge n. 194/1978, è stata resa possibile da un processo graduale di istituzionalizzazione che ha visto protagonista una pluralità di soggetti, del tutto mancato invece negli U.S.A.: la Corte costituzionale (sent. n. 27/1975), i cittadini (prima con la raccolta delle firme per il referendum del 1975 e poi con il voto referendario del 1981, che ha respinto gli opposti quesiti, di matrice cattolica e radicale, sulla legge 194), lo stesso legislatore. Una soluzione più moderata (e forse più equilibrata) di quella statunitense, che sembrerebbe mostrare che là dove contrasti fortissimi su questioni eticamente divisive si compongono in via democratica, c'è maggiore possibilità che il compromesso resista al tempo.

⁹¹ S. CASSESE, *Perchè la Corte USA ha sbagliato*, cit.; si v. in senso parzialmente diverso le interessanti osservazioni di G. DI FEDERICO, *La Corte costituzionale non è di tutti*, https://www.ilrifirmista.it/la-corte-costituzionale-non-e-di-tutti-165797/?refresh_ce, 6 ottobre 2020.

⁹² Si v. al proposito l'approfondito lavoro di S. STERN, S. WERMIEL, *Justice Brennan. Liberal Champion*, Boston-New York, 2010, *passim*; in lingua italiana v. F.I. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton (NJ), 1999, trad. It. *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, 2004.

⁹³ V. ad es. M. TUSHNET, *Rule of Law or Rule of Five?*, in <https://bit.ly/3IOAO8F>.



Purtroppo questa “regola” – che ben esprime, icasticamente e con spietato realismo, l'enorme potere dell'organo – è stata oggi applicata per scopi esattamente opposti a quelli di allora.

Questi ultimi, seppur forse con taluni eccessi⁹⁴, erano in definitiva ben più *coerenti*⁹⁵, a livello normativo, con il disegno e, soprattutto, con i valori costituzionali personalistici⁹⁶ (eguaglianza, dignità, au-

⁹⁴ *Roe* è stata decisa dalla “prima” Corte Burger, la cui giurisprudenza, nonostante il mutamento di diversi componenti del collegio rispetto alla Corte Warren, specialmente nei primi anni di attività, si può ricostruire in termini di parziale continuità con quest'ultima, sotto il profilo dell'attivismo giudiziale [v. p. e. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) sulla pena capitale; in generale v. J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992]. Utilizzo il termine “eccesso” riferendolo a *Roe* perché si può discutere (e tantissimo si è discusso) ovviamente sulla correttezza e sulla solidità del *reasoning* della sentenza nell'individuare il fondamento costituzionale del diritto all'aborto nella *liberty* della *due process clause* (e non, ad esempio, nell'*equal protection clause* del XIV Em.), sul fatto che la stessa sia intervenuta in maniera troppo affrettata, interrompendo il processo politico e imponendo antidemocraticamente dall'alto una soluzione rigida in tutta la nazione, sul fatto che il cd. *trimester framework* collegato alla *viability* del feto assomigliasse terribilmente ad una rabberciata regolamentazione legislativa della materia. Infatti, molti studiosi (Cox, Ely, Tribe, Bobbitt, Amar, Tushnet) e giudici (Ginsburg) di orientamento *liberal* – citati dalla Corte in *Dobbs* – hanno criticato severamente la decisione per queste ed altre ragioni. Come si è osservato in maniera convincente, tuttavia, alcune delle autorevoli posizioni richiamate (Ely, Tribe, Bobbitt, Ginsburg) ritenevano criticabile il percorso motivazionale e la tempistica della decisione, ma non certo il suo *risultato/dispositivo*, ossia l'affermazione del *fondamento costituzionale* del diritto all'aborto – dunque correttamente riaffermato in *Casey* – così non potendo supportare in alcun modo il drammatico cambiamento dell'*overruling* effettuato in *Dobbs*. Cfr. M.C. DORF, *Dobbs Double-Cross: How Justice Alito Misused Pro-Choice Scholars' Work*, <https://verdict.justia.com/2022/07/06/dobbs-double-cross-how-justice-alito-misused-pro-choice-scholars-work>, 6 luglio 2022. Sulla piena adesione espressa da Ely alla decisione *Casey*, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 179 ss.

⁹⁵ Credo che non sia inutile domandarsi quali siano – se individuabili – la coerenza normativa rispetto ai valori costituzionali e la “visione” della maggioranza della Corte Suprema di orientamento originalista oggi “dominante”. Sarebbe semplicistico ed erroneo – perché smentito dai fatti – affermare che questa metodologia ermeneutica è esclusivamente funzionale (servente) a produrre sempre, coprendoli con un velo di neutralità, esiti decisorii graditi al partito repubblicano e all'ideologia conservatrice (si v. p. e., volendo, con riguardo alle tendenze garantiste in materia penale e processuale penale, P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali*, cit., 132 ss.). Certamente, tale impostazione ha avuto storicamente dei meriti, primo fra tutti quello di restituire centralità e vigore ai limiti all'attività interpretativa giudiziale posti dal *testo* della Costituzione (e della legge ordinaria nella *statutory interpretation*), a presidio del principio di separazione dei poteri, migliore strumento di protezione dei diritti individuali, ricordando così che la sede appropriata per recepire le nuove istanze di tutela emergenti dalla società è anzitutto quella legislativa, non quella giurisdizionale. Vero ciò, vale la pena osservare però che una difesa dell'originalismo ancorata in via prevalente o esclusiva alla eliminazione (o quanto meno alla riduzione) della discrezionalità giudiziale funzionale al rispetto del principio democratico (cd. *self government*) e della separazione dei poteri si mostra difficilmente sostenibile, perché contraddetta da numerosissime pronunce nelle quali maggioranze costituite da giudici di nomina repubblicana, spesso di professata “fede” originalista, hanno invalidato scelte effettuate da organi democraticamente legittimati locali, statali e federali in maniera senza dubbio “attivistica”, sconfessando i capisaldi della dottrina (gli esempi sono tanti: si pensi, senza pretesa di completezza, alle decisioni creative ed espansive dei cd. *gun rights*, all'invalidazione delle azioni positive, all'abbattimento dei limiti legislativi ai finanziamenti alla politica, all'annullamento di disposizioni fondamentali del *Voting Rights Act*). Questo tipo di decisioni getta una forte ombra sulla genuinità e sulla “buona fede” dell'impresa originalista *tout court*, e suffraga le critiche di chi – realtisticamente consapevole che sia *impossibile* escludere del tutto valutazioni politiche e di valore dal giudizio di costituzionalità nei “casi difficili” – sostiene che tale dottrina sia spesso impiegata in maniera incoerente, se non tendenziosa, intenzionalmente selettiva ed ideologicamente orientata. Si v. ad es. tra molti E. CHEREMINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, New York, 2010; G.R. STONE, D.A. STRAUSS, *Democracy and Equal-*



tonomia etc.), intesi anche (anzi, *soprattutto*) nella loro interrelazione sistematica⁹⁷, nonché supportati da una legittimazione della Corte nel contesto istituzionale e sociale diversa, figlia di stagioni politiche oggi ormai dimenticate.

ty. *The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*, New York, 2020, 11-12, 158 ss., 173-174; M.J. KLARMAN, *Foreword: The Degradation of American Democracy – And the Court*, in *Harv. L. Rev.*, 134, 1, Nov. 2020, 1 ss., spec. 178-231.

⁹⁶ Si utilizza tale termine forse in maniera impropria, rispetto al costituzionalismo americano, le cui radici per ragioni culturali ed “anagrafiche” non affondano nello stesso retroterra ideologico-culturale di matrice cattolica che fa da sfondo, ad esempio, al principio personalista della nostra Carta fondamentale di cui all'art. 2. È opportuno allora precisare che il personalismo può nondimeno riferirsi all'elaborazione sul *due process* sostanziale, così come in relazione a quella inerente a diverse altre disposizioni costituzionali (p. e. *cruel and unusual punishment clause*, *equal protection clause*, presidi forniti dal I Em sulla libertà d'espressione e di culto, clausole a tutela dell'imputato o indagato), considerando come il supremo valore della dignità umana – pur testualmente assente nella Costituzione americana – ricorra assai di frequente nelle argomentazioni a sostegno dell'ampliamento delle varie sfere di libertà individuale, e costituisca dunque il sostrato assiologico condiviso del *Bill of Rights*, potendo contribuire ad una lettura logico-sistematica ed evolutiva delle varie clausole, pur “formalmente” separate. È interessante notare che l'argomento basato sulla dignità umana è stato valorizzato, a sostegno di letture evolutive ed espansive delle *civil liberties* in diverse aree giurisprudenziali, soprattutto da giudici di religione cattolica, tra i quali Frank Murphy, Anthony Kennedy, nonché, su tutti, William Brennan. Cfr. in generale S. STERN, S. WERMIEL, *Justice Brennan. Liberal Champion*, cit., 545; volendo, P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 104 e nota. 21, ove ult. rif.; M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court. It's Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, 2015, 249-50, 391-93; M. GOODMAN, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in *Nebraska Law Review*, 2006, 741 ss., 757 ss.; R.J. SMITH, Z. ROBINSON, *Constitutional Liberty and the Progression of Punishment*, in *Cornell L. Rev.*, 2017, 413 ss., in part. 456-468.

⁹⁷ Si prendano ad esempio, con specifico riguardo alla precipua importanza di una interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali, orientata alla tutela dei valori personalistici, le note – e pur molto diverse tra loro – impostazioni ermeneutiche sulle quali si fondò la stessa sentenza *Roe* per ritenere il *right to choose* della donna protetto dalla Costituzione, pur in assenza di alcuna previsione testuale espressa. Da una parte, pur senza recepirne il *reasoning* (ma richiamandone alcuni passaggi argomentativi), la decisione *Griswold v. Connecticut*, che individuò, per vero cripticamente, la base normativa di un diritto costituzionale di *privacy* sufficientemente ampio da proteggere l'utilizzo degli anticoncezionali nei cd. *penumbra rights* promanati da diversi emendamenti (I, III, IV, V, IX, XIV); per una recente discussione critica di questa elaborazione, rimasta isolata, v. G. VIGGIANI, *Il penumbral reasoning nella giurisprudenza nordamericana*, in *Jura Gentium*, XIV, 2, 2017, 63 ss., ove ult. rif. Dall'altra, la teorica dell'*incorporation* e del *substantive due process* che, più in linea con la giurisprudenza precedente, individua la sede appropriata per offrire protezione ai diritti della persona non enumerati dal *Bill of Rights*, purché essi siano «*implicit in the concept of ordered liberty*» o «*deeply rooted in this Nation's history and tradition*», nella *liberty* della *due process clause* del XIV Em. – adottata da *Roe* e nelle decisioni successive – che fu enunciata nella già richiamata opinione dissenziente del secondo giudice Harlan in *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961) e poi nella sua *concurring opinion* in *Griswold*, il quale sottolineò la necessità di interpretare la Costituzione in maniera cautamente evolutiva, attraverso un graduale *common law judging*, limitato dalla tradizione storico-giuridica e dall'aderenza al precedente, per ricostruire e, se del caso, ampliare le sfere di libertà individuale, conformemente alle evoluzioni sociali. Si v. M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit., 343 ss. In quell'*opinion* si gettarono le basi teoriche per lo sviluppo della linea giurisprudenziale: «*La piena portata della libertà protetta dalla Due Process Clause non può essere individuata o limitata dalle precise parole delle specifiche garanzie previste altrove nella Costituzione. Questa “libertà” non si risolve in una serie di affermazioni separate ed individuate nei termini di regole sull'espropriazione; di libertà di parola, di stampa, e di religione; di diritto a possedere e portare armi; di libertà da perquisizioni o sequestri irragionevoli; e così via. Essa costituisce un continuum razionale che, in termini generali, ricomprende una libertà da tutte le imposizioni sostanzialmente arbitrarie e dalle limitazioni non supportate da alcuno scopo legittimo [...] e che riconosce an-*

Qualche ulteriore osservazione esplicativa sulla Corte Warren si rende invero necessaria.

Non è certo questa la sede per discutere dei meriti e dei limiti di quella indimenticata stagione giurisprudenziale – i cui approdi sono stati peraltro in buona parte “depotenziati” nei decenni successivi, da Corti con maggioranze di orientamento più conservatore – oggetto delle più diverse valutazioni, anche di segno opposto, in una vastissima letteratura.

Sia allora sufficiente ricordare, in estrema sintesi, come la visione politica e costituzionale di quella Corte, soprattutto tra il 1962 e il 1969, inserendosi in una più ampia fase di progresso e avanzamento nella tutela dei diritti nella società e nella politica statunitense (e contribuendo protagonisti alla stessa), era animata dalla consapevolezza che il proprio ruolo primario nell'ordinamento fosse proteggere i diritti delle minoranze dagli abusi delle maggioranze al potere. Ciò attraverso un intervento correttivo nelle ipotesi di malfunzionamento strutturale del processo politico, tali da determinare l'esclusione o comunque precludere la piena partecipazione attraverso la rappresentanza (ad es. tramite restrizioni all'esercizio del diritto di voto, alla libertà d'espressione, all'associazionismo), ovvero nel caso in cui le leggi, pur essendo state emanate in esito ad un processo democratico partecipato, si fossero indirizzate per pregiudizio e/o ostilità a detrimento di cd. *discrete and insular minorities* (p. e. afroamericani, minoranze etniche in generale, dissidenti politici, minoranze religiose, stranieri, soggetti coinvolti nella giustizia penale).

Di qui la robustissima protezione dei *voting rights*, del *free speech* e dell'*equal protection of laws* (si pensi, anzitutto, alla celebre *Brown v. Board of Education*, che censurò la segregazione razziale nelle scuole⁹⁸).

Al fondo di questo approccio – secondo una autorevole e influente impostazione⁹⁹ – vi era dunque anzitutto la volontà di *rafforzare* tramite il *judicial review* i meccanismi della democrazia rappresen-

che quello che un giudizio ragionevole e attento deve riconoscere, cioè che determinati interessi richiedono uno scrutinio particolarmente rigoroso delle esigenze che lo Stato afferma per giustificare la loro compressione». Questo approccio – ripudiato *in toto* dalla opinione della Corte in *Dobbs* – viene richiamato adesivamente dall'opinione dissenziente in *Dobbs* (18), e vanta certamente un grado di consolidamento nella tradizione giuridica e costituzionale statunitense maggiore del cd. *history test* applicato dalla maggioranza, volto ad identificare la tradizione storica di protezione di un determinato diritto al *massimo livello di specificità* possibile, prima minoritario in giurisprudenza: *Washington v. Glucksberg*; *Michael H. v. Gerald D.*; *Bowers v. Hardwick* (overruled da *Lawrence v. Texas*), v. sul punto, tra molti, le persuasive osservazioni di J.P. STEVENS, *The Making of a Justice*, New York, 2019, 516-520, sulla metodologia del cd. *rational continuum of ordered liberty*, cfr. *supra* note 8-11.

⁹⁸ Sentenza che, *per incidens*, sebbene venga citata ripetutamente dalla maggioranza in *Dobbs* per giustificare l'*overruling* di *Roe* – e *Brown* effettivamente “capovolve” la notoria decisione *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), che aveva convalidato la segregazione razziale in base alla dottrina cd. *separate but equal* – assai difficilmente può essere difesa sulla base di argomentazioni originaliste, essendo pressoché incontrovertibile che coloro che proposero e ratificarono il XIV Em. nel 1868 non intendessero vietare la segregazione razziale nelle scuole, v. p. e. A. LIPTAK, *The Abortion Decision, Haunted by the Ghost of Brown v. Board of Education*, <https://www.nytimes.com/2022/08/01/us/politics/abortion-brown-board-education.html>, 1 agosto 2022.

⁹⁹ Si v. la notissima tesi a supporto “postumo” della giurisprudenza della Corte Warren, a partire dalla celebre *footnote 4* della decisione *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938), di J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Ma) – London, 1980, che, come ricordato dalla stessa maggioranza in *Dobbs*, era aspramente critico di *Roe v. Wade*, considerandola una illegittima sostituzione della scelta democraticamente legittimata con le preferenze politiche della maggioranza dei giudici, perciò indistinguibile dalle sentenze della cd. *Lochner Era*. In quella celeberrima nota a piè di pagina, come noto, si affer-



tativa, intesa in senso procedurale e deliberativo (cd. *representation reinforcement theory*), ed impedire che chi fosse in una posizione di potere potesse abusarne allo scopo di mantenerlo o rafforzarlo. Ciò in maniera tendenzialmente il più *neutrale* possibile¹⁰⁰, senza sostituire indebitamente nel *judicial review* i giudizi di valore espressi dagli organi democraticamente legittimati (contrariamente a quanto avvenuto nella cd. *Lochner Era*, il cui approccio “attivista” era stato unanimemente ripudiato come illegittimo)¹⁰¹.

mò che, ferma la forte presunzione di legittimità della regolamentazione legislativa in materia economico-sociale, superabile solo in caso di manifesta irrazionalità, lo scrutinio di costituzionalità avrebbe potuto essere più penetrante nei casi di violazione dei diritti specificamente previsti dai primi dieci Emendamenti, nonché nelle ipotesi in cui l'accesso al circuito democratico-rappresentativo fosse stato ostruito in ragione di vizi strutturali che impedivano la piena partecipazione, ovvero inficiato da pregiudizio esplicito nei confronti di minoranze “separate ed insulari”: «*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restrict those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry*».

¹⁰⁰ Moltissime sono state in dottrina, invero, le critiche alla effettiva possibilità di determinare in maniera “neutrale”, senza muovere da una particolare visione di giustizia sostanziale e di moralità politica, i casi di malfunzionamento del processo politico e (soprattutto) di individuare le cd. minoranze separate ed isolate, in sintesi v. p. e. M.C. DORF, T.W. MORRISON, *The Oxford Introductions to U.S. Law: Constitutional Law*, New York, 2010, 59 ss.

¹⁰¹ Durante la cd. *Lochner Era* (ca. 1887-1937, che, come noto, prende il nome dalla decisione *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905, nella quale la Corte statui che una legge dello Stato di New York che fissava l'orario massimo di lavoro per i panettieri a tutela della loro salute – 10 ore al giorno o 60 ore settimanali – violava il diritto alla libertà contrattuale contenuta nel *due process* sostanziale del XIV Em.) si assistette all'utilizzo abusivo e antidemocratico della componente sostanziale della *due process clause* per invalidare sistematicamente la legislazione economico-sociale d'ispirazione progressista, in base ad una visione politico-economica esasperatamente liberista della maggioranza dei membri della Corte suprema (cd. *economic substantive due process*). Sulla *Lochner Era* v. senza pretesa di completezza E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 624-645; M. LERNER, *The Early Career of Judicial Activism*, in Id., R. CUMMINGS (ed.), *Nine Scorpions in a Bottle. Great Judges and Cases of the Supreme Court*, New York, 1994, ed. 2017, 37 ss.; M. TUSHNET (ed.), *I Dissent. Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*, Boston, 2008, 81 ss., 101 ss.; M.I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit., 137 ss. Nella letteratura di lingua italiana: G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 43 ss.; E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Parigi, 1921, trad. it. a cura di R. D'ORAZIO, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Milano, 1996; più di recente v. S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Roma, 2012, 65-121; A. PIN, *La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, 106 ss.; E. FERIOLI, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, Padova, 2018, 93 ss.

Strettamente connessi alla suddetta visione politico-costituzionale, tra i lasciti più significativi della Corte Warren possono annoverarsi l'elaborazione e il consolidamento del cd. scrutinio a tre velocità, ossia dei diversi cd. *standards of review* o *tiers of scrutiny*¹⁰².

Come noto, in questo "modello" – per vero solo "tendenziale", non sempre coerentemente osservato nella giurisprudenza della Corte – mentre nel sindacato sulla legislazione economico-sociale (sistematicamente invalidata nella *Lochner Era*) deve applicarsi un test minimale di razionalità, estremamente deferenziale nei confronti delle scelte del legislatore (*rational basis test*¹⁰³), nel vaglio di legittimità costituzionale delle misure limitative dei diritti fondamentali della persona (oggetto di cd. *incorporation* e resi in gran parte applicabili rispetto all'azione delle autorità statali e locali in quella stagione giurisprudenziale) e in materia di eguaglianza, rispettivamente per il bilanciamento tra perseguimento dell'interesse pubblico/tutela dei diritti individuali e la verifica delle razionalità/coerenza

¹⁰² È noto che nel sistema di *judicial review* statunitense, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e dell'*equal protection analysis*, le leggi e i provvedimenti vengono sindacati con un sistema "a tre velocità". Il cd. *rational basis test*, controllo estremamente deferenziale di non manifesta irrazionalità (ad es. sulla legislazione economico-sociale), in base al quale la legge viene giudicata legittima se in grado di perseguire ragionevolmente qualsivoglia legittimo interesse statale ipotizzabile. Il tipo di controllo denominato *intermediate scrutiny*, per considerare la legge costituzionale, richiede che essa sia "sostanzialmente correlata ad un importante obiettivo del governo". In altre parole, l'obiettivo dello stato deve essere più che uno scopo solo legittimo da perseguire; la corte deve ritenere tale obiettivo "importante". I mezzi prescelti debbono essere qualcosa di più che un modo ragionevole di raggiungere la finalità; la corte deve ritenere che l'atto normativo sia sostanzialmente connesso all'ottenimento dell'obiettivo. Tale forma di sindacato è impiegata nei casi di discriminazione di genere, di discriminazione nei confronti di bambini nati fuori dal matrimonio, di discriminazione di bambini stranieri privi di documenti nel campo del diritto all'educazione, di regolamentazione del *commercial speech*, della libertà di parola nei luoghi pubblici. In questo contesto il governo ha l'onere di dimostrare che la legge è giustificata in riferimento allo scopo governativo perseguito. Si è affermato ad esempio, in un caso relativo alla discriminazione di genere, che «le parti che cercano di difendere un'azione governativa sostenuta da ragioni di discriminazione in base al genere debbono dimostrare una giustificazione estremamente persuasiva per quell'azione»; egualmente, in materia di *commercial speech*, si è statuito che «la parte che tenta di confermare la costituzionalità di una restrizione alla libertà di *commercial speech* ha l'onere di giustificarla». Nel settore dell'*intermediate scrutiny* è dibattuto se l'analisi di costituzionalità debba includere la c.d. *less restrictive alternative analysis* (verifica della sussistenza di una misura meno invasiva, ma egualmente efficace rispetto allo scopo). Relativamente allo *strict scrutiny*, esso costituisce senza ombra di dubbio la forma più pervasiva di controllo di costituzionalità. Per resistere a tale vaglio una legge deve essere necessaria per ottenere uno stringente obiettivo governativo (*necessary to achieve a compelling government purpose*). L'obiettivo che si intende perseguire dev'essere dunque fondamentale. Dovrà anche dimostrarsi che la legge sia effettivamente necessaria per raggiungere il fine prefissato; essa deve costituire l'alternativa meno restrittiva e meno discriminatoria (cd. *narrow tailoring*). L'onere della prova grava ovviamente sul governo. L'ambito dove viene applicata tale metodologia di analisi è quello delle discriminazioni basate sulla razza, sulla nazionalità, delle discriminazioni contro gli stranieri, ed ovviamente quando la azione dei pubblici poteri va ad incidere sui cd. *fundamental rights*, come ad esempio il diritto di voto, il diritto di circolazione, il diritto alla riservatezza e la libertà di parola e d'espressione. Per ulteriori approfondimenti cfr. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 683 ss.; M.C. DORF, T.W. MORRISON, *The Oxford Introductions to U.S. Law*, cit., 142 ss. In giurisprudenza, e nel settore dei diritti impliciti in particolare, sono stati elaborati molti livelli e forme di test di bilanciamento flessibile, non precisamente inquadrabile nelle tre categorie sopra descritte, v. *supra* nota 10.

¹⁰³ Ora applicato anche alla legislazione in materia di aborto, cfr. *Dobbs*, 77-79.

in rapporto allo scopo delle *rationes distinguendi* alla base delle scelte normative, si applica uno scrutinio “stretto” o comunque rafforzato (*heightened*), più penetrante ed esigente (cd. “intermedio”¹⁰⁴). Si tratta di una giurisprudenza estremamente moderna e ancora attuale, che, al netto di alcune differenze sostanziali e terminologiche, *mutatis mutandis* richiama diversi elementi strutturali dei test di ragionevolezza e proporzionalità, oggi comunemente applicati dalla gran parte delle alte corti nazionali e sovranazionali del mondo per scrutinare il fondamento giustificativo delle azioni dei pubblici poteri¹⁰⁵. Tra questi figurano anche – è solo un esempio – i controlli di ragionevolezza e proporzionalità in generale¹⁰⁶, e sulle norme penali in particolare, da parte della Corte costituzionale italiana¹⁰⁷. Le recenti applicazioni di test “rigidi” (v. le sentenze *Dobbs*, *Bruen*, ma anche *Kennedy v. Bremerton School District* in materia di libertà religiosa¹⁰⁸), che si vorrebbero neutrali e oggettivi, basati sul testo, sulla storia e sulla tradizione¹⁰⁹ di protezione di un determinato diritto al massimo livello di specificità, vanno dunque letti anche come *tendenziale ripudio*, da parte dell’attuale maggioranza della Corte, di standard giudiziali multifattoriali di bilanciamento considerati eccessivamente “aperti” e discrezionali, dunque manipolabili in base alle visioni soggettive dei giudici e tali da sfociare nell’illegittimo *judicial policymaking*¹¹⁰, che erano sopravvissuti in larga parte alle Corti Burger, Rehnquist e alla “prima” Corte Roberts¹¹¹.

¹⁰⁴ L’*intermediate scrutiny*, come noto, si applica di norma nel giudizio delle doglianze di incostituzionalità per violazione dell’*equal protection clause* del XIV Em. relative a norme che realizzano discriminazioni di genere, v. p. e. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 769 ss.

¹⁰⁵ V. in una letteratura ampia p. e. E.T. SULLIVAN, R.S. FRASE, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, New York, 2009, spec. 53-66; V.C. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in *Yale Law Journal*, 2015, 3094 ss.; AA.VV., in V.C. JACKSON, M. TUSHNET (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, London, 2017, spec. 103 ss.

¹⁰⁶ V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, New York, 2016, 67 ss., spec. 74 ss.

¹⁰⁷ Non è una coincidenza che autorevole dottrina abbia fatto riferimento proprio alla cd. *representation reinforcement theory* per supportare le più recenti evoluzioni del controllo di costituzionalità in materia penale sanzionatoria e penitenziaria, divenuto ben più penetrante rispetto al passato, con il superamento delle cd. rime obbligate, proprio sul presupposto che i soggetti *condannati* in sede penale sono privi di ogni potere e capacità di esercitare la propria influenza del circuito democratico-rappresentativo v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 319 ss., ove ult. rif.; v. anche N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, 39 ss.

¹⁰⁸ 597 U.S. ____ (2022), decisione presa a maggioranza 6 a 3 dai giudici di nomina repubblicana, che, sulla base di argomentazioni storico-originaliste, accorda prevalenza incondizionata alla tutela della libertà religiosa (*Free Exercise Clause* del I Em.) di un allenatore di football della squadra di una scuola pubblica statale che pregava dopo ogni partita in mezzo al campo, disconoscendo così del tutto le istanze di tutela connesse al principio di laicità dello Stato (*Establishment Clause* del I Em.), e superando altresì un test di bilanciamento flessibile precedentemente applicato in giurisprudenza.

¹⁰⁹ Come è ben noto alla ricerca storiografica, peraltro, lo stesso concetto di tradizione è estremamente malleabile e si presta ad essere utilizzato anche per supportare, giustificare e conferire autorità a pratiche in realtà del tutto nuove, che non trovano alcun antecedente omologo o simile nel passato vicino o lontano, ponendosi anzi in rapporto di forte discontinuità, se non di rottura, con lo stesso, cfr. sul punto l’istruttivo volume di E.J. HOBBSBAMM, T. RANGER (a cura di), *L’invenzione della tradizione*, Torino, 2002, in part. 3-17.

¹¹⁰ Sugli effetti potenzialmente deflagranti di tale approccio in numerose aree giurisprudenziali nella quali sono consolidate da tempo diverse forme di bilanciamento cd. *means-ends scrutiny* v. i condivisibili rilievi di D. COLE, *Egregiously Wrong: The Supreme Court’s Unprecedented Term*, in *The New York Review of Books*, August 18, 2022 issue; M.C. DORF, *The Injustice, Insincerity, and Destabilizing Impact of the SCOTUS Turn to History*,

Il problema è però – come già detto – che la discrezionalità non viene affatto eliminata, ma soltanto “trasferita” surrettiziamente alla fase della selezione ed interpretazione delle (sempre ambigue) fonti storiche e normative nella valutazione della tradizione costituzionale di protezione di un determinato diritto¹¹².

La storia – è noto – non potrà mai essere scienza oggettiva, neutrale ed avalutativa; lo diventa ancor meno nelle mani dei giuristi¹¹³, e in particolare di giudici chiamati a decidere tra opposte tesi per dirimere concrete controversie¹¹⁴.

7. Ancora sulla legittimazione della Corte Suprema statunitense

La credibilità della Corte Suprema quale garante imparziale del *rule of law*, la sua legittimazione istituzionale, nonché l'accettazione e il rispetto delle sue decisioni come *legittime* da parte delle istitu-

<https://verdict.justia.com/2022/10/26/the-injustice-insincerity-and-destabilizing-impact-of-the-scotus-turn-to-history>, 26 ottobre 2022. Sulle ragioni dell'ostilità originalista-testualista nei confronti degli standard di bilanciamento, in specie nel pensiero di Antonin Scalia, v. G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., 88-94.

¹¹¹ Osservava ad esempio di recente M.C. DORF, *Requiem for Reinhardt, Chief Justice of the Warren Court in Exile*, in <https://verdict.justia.com/2018/04/04/requiem-reinhardt-chief-justice-warren-court-exile>, 4 aprile 2018: «le Corti Burger e Rehnquist avevano lasciato in gran parte intatte le norme costituzionali di procedura penale elaborate dalla Corte Warren, ma ne avevano minato l'impatto formulando ed espandendo un'ampia gamma di eccezioni e limiti ai rimedi giudiziari. L'osservazione vale anche al di là della procedura penale e si è protratta nell'era della Corte Roberts. In misura notevole, quasi cinque decenni dopo che Earl Warren si è ritirato dalla carica di presidente della Corte, i precedenti della Corte Warren definiscono le dottrine costituzionali fondamentali, anche se le Corti Burger, Rehnquist e Roberts hanno ridotto l'efficacia nel raggiungere gli obiettivi di giustizia sostanziale di tali dottrine».

¹¹² Sulla distanza tra utilizzo pervasivo di test di bilanciamento multifattoriali oggi diffuso nel cd. costituzionalismo globale e aperta ostilità verso gli stessi da parte della maggioranza originalista della Corte Suprema U.S.A., v. N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, cit.

¹¹³ Cfr. però le interessanti osservazioni di W. BAUDE, *Of course the Supreme Court needs to use history. The question is how*, in <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/08/08/supreme-court-use-history-dobbs-bruen/>, 8 agosto 2022, il quale, pur non lesinando critiche al modo in cui le fonti storiche sono state concretamente interpretate e utilizzate nelle argomentazioni delle sentenze *Bruen* e *Dobbs*, sottolinea come, anche alla luce dell'epoca assai risalente in cui furono emanati e ratificati la Costituzione, il *Bill of Rights* e molti altri atti normativi statunitensi ancora oggi vigenti, sia non soltanto inevitabile fare ampio uso della storia, ma anche imprescindibile per conferire coerenza e la massima misura possibile di oggettività alla interpretazione giudiziale.

¹¹⁴ Sulla manifesta erroneità e tendenziosità delle analisi storiche effettuate in *Dobbs* dalla maggioranza v. p. e. il comunicato congiunto dell'American Historical Association e dell'Organization of American Historians, *History, the Supreme Court, and Dobbs v. Jackson: Joint Statement from the AHA and the OAH (July 2022)*, in [https://www.historians.org/news-and-advocacy/aha-advocacy/history-the-supreme-court-and-dobbs-v-jackson-joint-statement-from-the-aha-and-the-oah-\(july-2022\)](https://www.historians.org/news-and-advocacy/aha-advocacy/history-the-supreme-court-and-dobbs-v-jackson-joint-statement-from-the-aha-and-the-oah-(july-2022)); M. VALSANIA, *Abortion decision cherry-picks history – when the U.S. Constitution was ratified, women had much more autonomy over abortion than during 19th century*, in <https://theconversation.com/abortion-decision-cherry-picks-history-when-the-us-constitution-was-ratified-women-had-much-more-autonomy-over-abortion-decisions-than-during-19th-century-185947>, 6 luglio 2022; per quanto riguarda *Bruen*, cfr. S. CORNELL, *Cherry-picked history and ideology-driven outcomes: Bruen's originalist distortions*, in <https://www.scotusblog.com/2022/06/cherry-picked-history-and-ideology-driven-outcomes-bruens-originalist-distortions/>, 27 giugno 2022. In generale v. S. LUBET, *The Supreme Court's Selective History*, in <https://thehill.com/opinion/judiciary/3575292-the-supreme-courts-selective-history/>, 27 luglio 2022; M.C. DORF, *The Injustice, Insincerity, and Destabilizing Impact*, cit.

zioni politiche e della cittadinanza¹¹⁵ – prima e più in alto, si badi, della ritenuta *correttezza giuridica* delle statuizioni e delle argomentazioni offerte a supporto delle stesse – si fonda in ultima analisi su un delicato equilibrio tra molteplici fattori, messo sotto forte stress nella recente esperienza statunitense¹¹⁶.

Lo “strappo” certamente costituito dalla presidenza Trump (“momento costituzionale” assai traumatico e lacerante per gli U.S.A.), la conseguente modalità e soprattutto l’*estrema velocità* del cambiamento di *judicial doctrines* fondamentali e sedimentate, di cui non ha esitato a dare muscolare prova la irrobustita (e impaziente¹¹⁷) maggioranza della Corte in questo *October Term* 2021, rappresentano fattori di discontinuità rispetto ad una lunga fase, cominciata all’inizio degli anni settanta del XX secolo e terminata nel 2018-2020 (con le nomine di Kavanaugh nel 2018 e, soprattutto, di Barrett nel 2020), nella quale, pur a fronte di un complessivo (ma graduale) spostamento in senso conservatore in molteplici ambiti, intensificatosi con la Corte Roberts (dal 2005)¹¹⁸, il mantenimento della stabilità giurisprudenziale era stato in più occasioni un valore effettivamente tenuto in considerazione, e non soltanto dalle componenti più “moderate” della Corte¹¹⁹.

¹¹⁵ Molte sono state le accuse di *illegittimità* (e non soltanto di *erroneità*) nei confronti della sentenza *Dobbs*, cfr. p. e. D. LITHWICK, N.S. SIEGEL, *The Lawlessness of the Dobbs Decision*, in <https://slate.com/news-and-politics/2022/06/dobbs-decision-glucksberg-test-lawlessness.html>, 27 giugno 2022.

¹¹⁶ Si v. p. e. di recente, con varietà di accenti, S. BREYER, *The Authority of the Court and the Perils of Politics*, Cambridge (Ma)-London, 2021; R.H. FALLON, JR., *Law and Legitimacy in the Supreme Court*, Cambridge (Ma)-London, 2018.

¹¹⁷ Oltre alle pronunce di merito, un ulteriore “indice” dell’“impazienza” dell’irrobustita ala conservatrice della Corte è costituito da alcune decisioni molto discusse emesse in via emergenziale, nel c.d. *shadow docket* [cfr. in dottrina, per l’introduzione della fortunata locuzione, W. BAUDE, *Foreword: The Supreme Court’s Shadow Docket*, in *N.Y.U. J.L. & Liberty*, 2015, 1 ss.], impiegato, secondo molti osservatori, in maniera impropria, se non del tutto spregiudicata. Si tratta, sotto il profilo procedurale, di quella porzione “emergenziale” del ruolo della Corte che comprende i casi che non vengono decisi nel merito (senza pieno contraddittorio cartolare, discussione orale, incontro dei giudici in camera di consiglio), ma con *orders*, spesso privi di compiuta argomentazione a supporto dei voti (e, dunque, con meno trasparenza). Si pensi, in particolare, ai numerosi cd. “ricorsi dell’ultimo minuto” dei prigionieri nel *death row* per sospendere l’esecuzione già fissata. Negli ultimi anni, tuttavia, specialmente durante l’amministrazione Trump, le richieste di sospensione delle normative in via emergenziale hanno determinato sempre più di frequente l’adozione di provvedimenti con enormi conseguenze per i diritti dei cittadini statunitensi su scala nazionale. Da ultimo, e di fatto anticipando l’esito di *Dobbs*, si pensi al rifiuto da parte della Corte – con dissenso del Presidente Roberts e dei tre giudici dell’ala progressista – di sospendere prima della sua entrata in vigore una legge texana, (allora) manifestamente incostituzionale, che proibiva l’aborto dopo le prime 6 settimane di gravidanza, e che prevedeva altresì – in maniera inusitata ed allo specifico scopo di rendere più complicato sul piano procedurale il *judicial review* da parte delle corti federali – l’applicazione non già da parte delle autorità statali, demandando a «*private individuals to bring lawsuits against anyone who either provides or “aids or abets” an abortion*», ricompensando chi denuncia all’autorità con un risarcimento danni di 10.000,00 dollari. Cfr. A. HOWE, *Supreme Court leaves Texas abortion ban in place*, <https://www.scotusblog.com/2021/09/supreme-court-leaves-texas-abortion-ban-in-place/>, 2 settembre 2021.

¹¹⁸ V. p. e. G.R. STONE, *The Roberts Court, Stare Decisis and the Future of Constitutional Law*, in *Tulane Law Review*, 2008, 1533 ss., spec. 1538-1540.

¹¹⁹ Tra i numerosi esempi, oltre alla stessa sentenza *Casey*, può richiamarsi la opinione della Corte firmata dal Presidente Rehnquist in *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) con la quale la Corte si rifiutò di sancire l’*overruling* della celebre pronuncia *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), ove si affermò che il V Em. impedisce ai pubblici ministeri di utilizzare le dichiarazioni di una persona rilasciate in risposta a un interrogatorio in custodia della polizia come prova al processo, a meno che non si possa dimostrare che la persona sia stata in-

In tale contesto, pur estremamente eterogeneo e difficilmente riconducibile a una matrice unitaria – si parla in effetti di circa cinquant'anni – il frequente *mancato allineamento* tra provenienza politica della nomina presidenziale e successivi orientamenti di voto di diversi giudici supremi (che rispecchiava un minore tasso di polarizzazione politica in generale e nelle nomine/ratifiche giudiziarie federali in particolare¹²⁰), insieme alle ricorrenti evoluzioni modificative della loro *jurisprudence* nel corso dello (spesso lungo e cresciuto di pari passo con l'aumento dell'aspettativa di vita media) servizio *on the bench*¹²¹, giocava un ruolo decisivo nel preservare e corroborare¹²² l'immagine esterna del supremo collegio quale arbitro indipendente e neutrale, e non luogo di scontri partigiani e divisioni identitarie, simile ad un parlamento¹²³.

Oggi abbiamo visto che l'attuale maggioranza della Corte – forse inevitabilmente, visto il contesto politico che l'ha in prevalenza prodotta, luogo di irrazionale scontro identitario e non certo di mediazione e sintesi – ha inteso intraprendere una strada diversa, della quale si fa fatica a vedere il punto di arrivo e che, alla luce della rigidità dottrinale e ideologica dei suoi componenti – dai quali sembra dif-

formata del diritto di consultare un avvocato prima e durante l'interrogatorio e del diritto di non autoincriminarsi prima dell'interrogatorio della polizia, e che l'imputato non solo abbia compreso questi diritti, ma vi abbia volontariamente rinunciato. Tale *constitutional rule*, da sempre oggetto di costanti attacchi conservatori, in quanto frutto di una asserito illegittimo "attivismo giudiziale" da parte di giudici *soft on crime*, che avrebbe avuto effetti devastanti nel contrasto al crimine negli U.S.A. causando l'incremento dello stesso negli anni settanta e ottanta del XX secolo, fu riaffermata nel suo contenuto essenziale (pur essendo stata indebolita tramite numerose "eccezioni" nel *case law* successivo) facendo riferimento al fatto che ormai fosse «*embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture*».

¹²⁰ Un punto di "rottura", dopo il quale le nomine e conferme degli alti magistrati sono state sempre più selvaggiamente politicizzate, suole identificarsi nella *confirmation hearing*, conclusasi negativamente dopo i durissimi attacchi del senatore democratico Ted Kennedy, dell'autorevole accademico, giudice originalista e già *Solicitor General* Robert Bork, nominato da Reagan nel 1987, v. M. LERNER, *The Bork's Wars as Confirmation Crisis*, in ID., R. CUMMINGS (ed.), *Nine Scorpions in a Bottle*, cit., 277 ss.

¹²¹ Dovuto ad una filosofia del giudicare generalmente più pragmatica, flessibile e metodologicamente pluralista (originalismo/testualismo come mero "punto di partenza" dell'analisi costituzionale, ma di norma privo di risposte conclusive nei cd. *hard cases*), meno formalistica e non caratterizzata da fideistico dogmatismo. Sui cd. *Ideologica drifts* dei giudici supremi, più spesso (ma non soltanto, cfr. le più risalenti evoluzioni in senso conservatore nella giurisprudenza di giudici come Frankfurter, Black, White) in direzione *liberal* da parte di giudici di nomina repubblicana, v. p. e., in una abbondante letteratura, L. EPSTEIN, A.D. MARTIN, K.M. QUINN, J.A. SEGAL, *Ideological Drift Among Supreme Court Justices: Who, When, And How Important?*, in *Northwestern University Law Review Colloquy*, 101, 2007, 127 ss.; J.D. HANSON, A. BENFORADO, *The Drifters*, in *Boston Review*, 2 gennaio 2006; sui plurimi *Ideologica drifts* nell'ambito della pena capitale, v. C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., 258-271.

¹²² Anche grazie all'impossibilità di prevedere i voti in base al partito del presidente che aveva effettuato la nomina nei *constitutional cases* più controversi. In questo senso si v. ad es. il notissimo voto del Presidente Roberts per "salvare" in buona parte dall'incostituzionalità, unendosi ai quattro colleghi di nomina democratica, l'*Affordable Care Act*, la grande riforma federale in materia di sanità di Obama, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), cfr. L. TRIBE, J. MATZ, *Uncertain Justice. The Roberts Court and the Constitution*, New York, 2015, 52-87.

¹²³ Così, riflettendo sulle dinamiche deliberative nel collegio, per come emergenti e accessibili dal tenore, particolarmente acre, delle contrapposte motivazioni della maggioranza e dei dissenzienti nella sentenza *Dobbs*, S. CASSESE, *Perché la Corte USA ha sbagliato*, cit.; condivide tale rilievo A. TESTI, *A proposito dell'articolo di Sabino Cassese sulla Corte suprema degli Stati Uniti (e la sua recente sentenza)*, <https://shortcutsamerica.com/2022/06/27/a-proposito-dellarticolo-di-sabino-cassese-sulla-corte-suprema-degli-stati-uniti-e-la-sua-recente-sentenza/>, 27 giugno 2022.



ficile aspettarsi mutamenti di approccio metodologico o cd. *ideological drifts*¹²⁴ – tutti relativamente giovani, dunque con molto tempo a disposizione, potrebbe implicare in futuro ulteriori rivisitazioni profonde, fino a poco fa impensabili, della giurisprudenza costituzionale e, quindi, della società americana, in senso prevalentemente regressivo per la tutela dei diritti e di indebolimento della stessa democrazia¹²⁵.

Quello che è certo, in definitiva, è che il prezzo pagato in termini di delegittimazione del potere giudiziario agli occhi di una parte molto consistente della cittadinanza americana (ma anche di numerosi osservatori esterni, stante l'indiscussa autorevolezza dell'organo a livello globale¹²⁶) è assai elevato e ci vorranno molti anni per recuperare la fiducia e la credibilità oggi perdute.

¹²⁴ In tal senso v. J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 14 e nota 40, sottolineando che tutti e sei i giudici di nomina repubblicana attualmente in servizio sono – pur con legami di diversa intensità – cd. *movement conservatives*, fa riferimento adesivamente a recenti studi che, adottando un approccio metodologico sincretistico tra scienza politica e psicologia sociale, rilevano come i giudici federali, ed i giudici supremi nello specifico, agiscano nel loro *decisionmaking process* – soprattutto nei casi socialmente ed eticamente più divisivi, ove i limiti costituiti dal *rule of law* (p. e. il vincolo al precedente) e i *neutral principles of adjudication* sono più deboli – non tanto per non disallinearsi troppo dalla *public opinion* riferita alla generalità dei consociati (invero piuttosto disinformata e poco interessata al lavoro della istituzione Corte Suprema), quanto piuttosto per non disattendere le aspettative e ottenere maggior approvazione possibile dalle *elites* di riferimento (sociali, politiche, giudiziarie, accademiche), che contribuiscono così a formarne la cd. *social identity* dei *Justices*. Si v. ampiamente sul punto N. DEVINS, L. BAUM, *The Company They Keep. How Partisan Divisions Came to the Supreme Court*, New York, 2019. Sotto un profilo di metodologia ermeneutica e normativo, la minore probabilità di mutamenti d'approccio durante il servizio è connessa alle stesse caratteristiche della dottrina originalista: v. J.D. HANSON, A. BENFORADO, *The Drifters*, cit., che osservano: «È più facile che si verifichino evoluzioni modificative quando si applicano standard di giudizio complessi e sensibili allo specifico contesto che presuppongono una Costituzione in evoluzione, piuttosto che quando si applicano norme relativamente semplici e ampie per interpretare una Costituzione che si presume abbia un significato fisso. E nella misura in cui quest'ultima filosofia giudiziaria riflette un insieme stabile di preferenze inconse a favore della chiusura, dell'affermazione del sistema e così via, la fissità ideologica dei giudici che la sposano sarà probabilmente rafforzata».

¹²⁵ Oltre agli altri diritti non enumerati di *privacy*, all'VIII Em. – ai quali si è fatto cenno più in alto – si pensi ad esempio all'ambito delle azioni positive, con due casi già calendarizzati per la trattazione nel prossimo Term, nei quali la Corte potrebbe fare *overruling* di consolidati precedenti [*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)], cfr. A. HOWE, *Court will hear challenges to affirmative action at Harvard and University of North Carolina*, <https://www.scotusblog.com/2022/01/court-will-hear-challenges-to-affirmative-action-at-harvard-and-university-of-north-carolina/>, 24 gennaio 2022. Per quanto attiene ai presupposti di funzionamento del sistema democratico americano, vale la pena dar conto del fatto che la Corte ha già calendarizzato per la prossima sessione la trattazione di un caso nel quale potrebbe recepire la cd. *Independent State Legislature Theory*, una innovativa interpretazione della *elections clause* dell'art. III Cost., finora mai adottata, che estrometterebbe del tutto dal controllo di legittimità delle elezioni federali le corti statali, attribuendola in via esclusiva ai legislatori statali. Si tratta di un caso potenzialmente dall'impatto deflagrante e, visti gli acclarati precedenti tentativi di interferenza trumpiani con il supporto di alcuni legislatori statali repubblicani finalizzati a sovvertire l'esito di regolari elezioni, anche abbastanza preoccupante in vista del 2024, v. A. HOWE, *Justices will hear case that tests power of state legislatures to set rules for federal elections*, <https://www.scotusblog.com/2022/06/justices-will-hear-case-that-tests-power-of-state-legislatures-to-set-rules-for-federal-elections/>, 30 giugno 2022.

¹²⁶ Sotto questo profilo è interessante notare che gli ultimi giudici nominati da Trump, Kavanaugh e Barrett, coerentemente rispetto alla loro impostazione metodologica originalista/testualista, all'opposto dei giudici che hanno sostituito (Kennedy e Ginsburg) sono disposti a riconoscere un ruolo molto più limitato (o, forse, a non riconoscere alcun ruolo affatto) alla *persuasive authority* del diritto straniero nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali interne (p. e. *due process clause*, *cruel and unusual punishment clause*) nella *fundamental*

Aggiungiamo inoltre che, da qualunque parte le si guardi, la iperpolarizzazione intorno alla *legittimità* dell'operato (e non alla *correttezza giuridica* delle statuizioni) del supremo organo di garanzia statunitense e la diffusa percezione che lo stesso non si differenzi affatto dagli organi politici, non possono che indebolire fortemente il sistema di *checks and balances* che tradizionalmente costituisce punto di forza della democrazia costituzionale nordamericana, con conseguenze negative sul piano dello *standing* internazionale degli U.S.A.¹²⁷ e, dunque, della stabilità politica globale, a lungo "garantita" dalla egemonia americana. E ciò – si badi – in una congiuntura complessa, per non dire drammatica, come quella attuale, contraddistinta, come è noto, da crescenti tensioni e scontri tra modello liberal-democratico e modello autocratico.

Non è affatto scontato, oggi, poter rispondere positivamente al quesito posto da Justice Sotomayor nel corso della discussione della causa *Dobbs* l'1 dicembre 2021, in relazione all'(allora solo paventato) *overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey* sul diritto all'aborto: «*Will this institution survive the stench that this creates in the public perception that the Constitution and its reading are just political acts? I don't see how it is possible*»¹²⁸.

Non vi è infatti alcun modo – riteniamo – di potere accostare, ricostruendoli entrambi adesivamente, in termini di "restaurata" legittimità dell'istituzione e del suo operato¹²⁹, l'*overruling* delle decisioni *Roe* e *Casey* attuato in *Dobbs* al famoso cd. *switch in time to save the nine*, che determinò il superamento della giurisprudenza del cd. *economic substantive due process*, interrompendo la stagione del *judicial activism* conservatore di inizio XX secolo e segnando la fine del controverso cd. *court-packing plan* roosveltiano.

Mentre il liberismo economico radicale e il *laissez faire*, presupposto di quest'ultimo filone giurisprudenziale, avevano contribuito a causare una crisi economica devastante ed erano stati rigettati dalla società e dalle istituzioni politico-rappresentative, in quanto ormai obsoleti e inadeguati, a fronte di una realtà economico-sociale sempre più complessa, ben prima che dalla maggioranza stessa della Corte¹³⁰, la rivoluzione dei diritti civili e quella sessuale, recepite¹³¹ dal cd. *Modern substantive due*

rights adjudication, cfr. volendo P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy*, cit., 175-180, ove ult. rif.; S.M. PATRICK, *The Global Implications of Justice Kennedy's Retirement*, <https://www.cfr.org/blog/global-implications-justice-kennedys-retirement>, 28 giugno 2018. Si trae conferma di ciò dal fatto che soltanto nella *dissenting opinion* di *Dobbs* viene fatto uso dell'argomento comparatistico, v. 42-43, ove si rimarca il trend legislativo in molti paesi verso una più ampia liberalizzazione dell'aborto.

¹²⁷ Cfr. già sul punto le riflessioni di S. CASSESE, *La Costituzione americana: debolezza di un modello*, cit.

¹²⁸ A. HOWE, *Majority of court appears poised to roll back abortion rights*, <https://www.scotusblog.com/2021/12/majority-of-court-appears-poised-to-uphold-mississippi-ban-on-most-abortions-after-15-weeks/>, 1 dicembre 2021.

¹²⁹ Si v. G.M. MAGLIOCCA, *Roe as the new Lochner*, in *Balkinization*, 25 giugno 2022, il quale si domanda se avrà ancora senso, dopo *Dobbs*, utilizzare a scopo didattico la sentenza *Lochner* come esempio paradigmatico di caso deciso non solo erroneamente, ma in modo illegittimo (cd. *anticanon*).

¹³⁰ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Si v. la *dissenting opinion* di *Dobbs*, 43-44.

¹³¹ Sono note le obiezioni secondo cui le Corti costituzionali o supreme nell'esercizio del *judicial review* dovrebbero sempre, quantomeno nella fisiologia ordinamentale, evitare di recepire direttamente le nuove istanze di tutela espresse dal corpo sociale, che devono essere prima riconosciute e mediate dagli organi di rappresentanza politica. Tale obiezione, che ben può essere (ed in effetti è ampiamente stata nella realtà americana) rivolta a *Griswold v. Connecticut* e progenie giurisprudenziale, per quanto condivisibile in astratto, sul piano del

process iniziato nel 1965 con *Griswold v. Connecticut*, con tutti i loro dirompenti effetti sulla concezione tradizionale del matrimonio e della famiglia, sul ruolo della donna a questa collegato, sui diritti riproduttivi e così via, possono dirsi – crediamo di non azzardare – ben più saldamente radicate nella coscienza sociale statunitense (e forse, più ampiamente, liberal-democratica occidentale).

Si noti, inoltre, che nei primi tre decenni abbondanti del XX secolo la Corte censurava le scelte legislative sulla base di una specifica teoria economica minoritaria, a tutela esclusiva degli interessi proprietari della classe imprenditoriale, attraverso la costituzionalizzazione della libertà di contratto, depri- vando i lavoratori dei diritti regolarmente conquistati nel circuito politico-democratico. Nel cd. *Modern substantive due process*, diversamente¹³², i diritti non enumerati della persona vengono sottratti alla disponibilità delle maggioranze politiche proprio perché nella società, dal basso, si affermano nuove istanze di tutela che esigono soddisfazione, ma per ragioni “strutturali” – di debolezza partecipativa/rappresentativa, marginalità o tradizione storica di subordinazione o finanche esclusione dei soggetti titolari (si pensi, appunto, alle donne) – stentano a trovare pieno riconoscimento nel processo politico¹³³.

pieno rispetto della separazione dei poteri e delle funzioni in democrazia, si scontra con consolidati dati di realtà che ci dicono come molte volte per adempiere al loro precipuo compito di “rendere giustizia costituzionale” (cfr. p. e. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 13 novembre 2020) le Corti sono in certa misura costrette a interferire con il processo politico (interrompendolo, anticipandolo, sostituendolo in caso di inerzia etc.), essendo giocoforza in questo ambito chiamate continuamente ad un complesso compito di adeguamento al progressivo evolversi dei valori condivisi ed alla coscienza sociale (per il vivace dibattito attuale sulla Corte costituzionale italiana, soprattutto alla luce dei recenti sviluppi espansivi del controllo di costituzionalità e del ruolo della Corte nella società e nell’ordinamento, sempre più lontano da quello originariamente pensato da Kelsen di mero “legislatore negativo” v. con diversità d’accenti, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 1 ss.; A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 4, 2019, 523 ss.; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 377 ss.). Certo, questa ineliminabile attività presenta *ex se* un significativo margine di rischio di usurpazione da parte degli organi di garanzia delle funzioni legislative, potendo essere moderata soltanto dalle virtù dei giudici (autolimitazione, equilibrio, prudenza, senso di responsabilità istituzionale, *judicial modesty* etc.) e giustificata da persuasive motivazioni dei provvedimenti, nonché dal tentativo di elaborare meccanismi dialogico-cooperativi con gli organi democraticamente legittimati attraverso cui si cerchi di perseguire uno stemperamento del conflitto e di attenuare la cd. *difficoltà contromaggioritaria*.

¹³² Per una acuta differenziazione tra *economic substantive due process* e *modern substantive due process*, finalizzata a sottolineare la legittimità del secondo filone giurisprudenziale, sostenendo inoltre che alla base dello stesso vi fossero istanze assimilabili a quelle che hanno innescato la recente stagione giurisprudenziale “attivista” e “creativa” della Corte costituzionale italiana, con il superamento delle “rime costituzionali obbligate” e l’elaborazione di nuove tipologie decisorie, come ad es. le ordinanze ad incostituzionalità prospettata, funzionali a porre rimedio all’inerzia del legislatore in materia di diritti fondamentali, si v. A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla unvereinbarerklärung?*, in *Nomos*, 3, 2019, 1 ss., spec. 27-28 e nota 142-44 ove ult. rif.

¹³³ Si v. la tesi ampiamente sostenuta da D. NEJAIME, R. SIEGEL, *Answering the Lochner Objection: Substantive Due Process and the Role of Courts in a Democracy*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2021, 1902 ss., spec. 1914-1942. Gli Aa. rileggono in maniera attualizzante, ampliativa e correttiva, alla luce dei successivi quarant’anni di sviluppo giurisprudenziale, dottrinale e politico, la “classica” giustificazione teorica di Ely per lo scrutinio rafforzato di costituzionalità adottato dalla Corte Warren in materia di eguaglianza e diritti fondamentali nei casi di esclusione/limitata partecipazione di determinate categorie di soggetti dal processo deliberativo democratico, ritenen-



Tale ricostruzione, invero, potrebbe trovare in certa misura supporto nello scrutinio rafforzato di eguaglianza (cd. *intermediate scrutiny*) – in un ambito giurisprudenziale, è vero, “formalmente” distinto a livello di *judicial doctrine*, ma contenutisticamente collegato, ben potendosi i due “parametri” (*due process* ed *equal protection*) rafforzare a vicenda in via d’interpretazione logico-sistematica¹³⁴ – abitualmente applicato per vagliare le discriminazioni normative basate sul genere¹³⁵.

dola in definitiva estendibile a supporto delle *modern substantive due process decisions* in materia di diritti riproduttivi e *gay rights* (contro l’opinione di Ely stesso, che, come noto, riteneva ossimorico lo stesso concetto di *due process* sostanziale e funzionale alla usurpazione giudiziale della funzione legislativa). Sottoponendo a ragionata critica le molte accuse (sia conservatrici che progressiste) rivolte alla giurisprudenza iniziata con *Griswold* di essere un illegittimo *legislating from the bench*, si esaminano approfonditamente il contesto storico, sociale e fattuale di emersione delle istanze di tutela provenienti dal corpo sociale e recepite dalla Corte nei cd. *Modern substantive due process cases*, evidenziando come le donne rispetto all’uso di anticoncezionali ed al diritto all’interruzione della gravidanza e gli omosessuali con riferimento al diritto all’intimità e al matrimonio, ben potevano essere ritenuti sottogruppi discriminati, osteggiati (spesso sotto sanzione penale, v. p. e. M. MURRAY, *Griswold’s Criminal Law*, in *Connecticut Law Review*, 2015, 1045 ss.), esclusi, silenziati e sottoposti a stigma dalla maggioranza. Gli Aa. invitano inoltre a considerare un ulteriore aspetto di fondamentale rilievo: in tutti questi casi – ancorché non emerga sempre limpidamente nelle argomentazioni (ma v. ad es. *Casey* e *Obergeffell*, e l’opinione dissenziente in *Dobbs*) – le rivendicazioni di libertà per potere esercitare un determinato diritto erano strettamente connesse e funzionali al raggiungimento di uno *status* di eguale riconoscimento nella società e di eguale protezione dinanzi alla legge. In altre parole, al di là del formalismo della *judicial doctrine* che tende a distinguere rigidamente tra *due process claims* ed *equal protection claims* (v. p. e. opinione della Corte in *Dobbs*, 10-11), in tutte queste sentenze il profilo della libertà è strettamente connesso a quello dell’eguaglianza (v. D. NEJAIME, R. SIEGEL, *Answering the Lochner Objection*, cit., 1933-1944), rendendo i ricorrenti assimilabili alle cd. *suspect categories* che aveva in mente Ely per giustificare uno scrutinio più penetrante, ma limitatamente ai casi relativi al principio di eguaglianza, ai diritti di partecipazione politica e alla libertà di espressione e associazione. Gli Aa. muovono invero da una concezione più ampia di “partecipazione democratica” – rispetto a quella fatta propria da Ely, riconducibile sostanzialmente alla politica “elettorale”, collegata alla regola di maggioranza – concezione che include necessariamente, come presupposti, l’esercizio di piena libertà e autonomia di scelta nella sfera familiare e intima delle persone, imprescindibile per essere riconosciuti socialmente e partecipare alla comunità politica (1944-1949), dalla quale deriva una funzione ampliata delle Corti nel recepire con il *judicial review* le istanze di tutela di determinati gruppi, senza per questo sostituirsi indebitamente alle valutazioni politiche del legislatore, ma anzi correggendo i malfunzionamenti delle dinamiche deliberative e promuovendo in ultima analisi i valori democratici (1950 ss.). J.H. CHOPER, S.F. ROSS, *The Political Process, Equal Protection*, cit., spec. 1010 ss., 1025 ss. lamentano la scarsa utilizzazione della cd. *representation reinforcement* o *political process theory* nelle decisioni sui diritti fondamentali non enumerati da parte della Corte Suprema, ed in particolare in quelle relative agli anticoncezionali, all’aborto e ai diritti degli omosessuali, osservando che tale metodologia avrebbe potuto essere applicata ed avrebbe contribuito a rendere meno problematiche, sotto il profilo dell’eccessivo attivismo giudiziale, tali decisioni. Gli Aa. esprimono un tendenziale *favor* “gerarchico” per l’utilizzazione prioritaria del parametro dell’eguaglianza anche nella *fundamental rights adjudication*, per limitare il rischio di imposizione di preferenze politiche soggettive da parte dei giudici, strutturalmente connaturato al *due process* sostanziale.

¹³⁴ Per esempio, in *Obergeffell v. Hodges* – pronuncia che ha riconosciuto la legittimità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso in tutta la nazione – si innova la precedente giurisprudenza, creando una inedita “sinergia” tra eguaglianza e dignità umana (cd. *equal dignity*), attraverso il collegamento sistematico tra la *due process clause* e l’*equal protection clause* del XIV Em., cfr. L.H. TRIBE, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, in *Harv. L. Rev. Forum*, 2015, 16 ss. Per una convincente lettura in tal senso, evidenziando il rafforzamento reciproco dei due parametri nell’intera *modern substantive due process doctrine*, v. J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 173 ss., spec. 185-200.

Si può forse discutere – ed è questo uno dei meriti dell’originalismo-testualismo¹³⁵ – che la sede istituzionale di riconoscimento dei diritti connessi a questi mutamenti sociali non sia stata quella più appropriata (giurisdizione costituzionale vs legislazione); ma una volta che gli stessi sono stati riconosciuti giudizialmente (anche per aggirare l’immodificabilità *de facto* della Costituzione americana, in base alla procedura dell’art. V), si sono progressivamente sviluppati e consolidati in senso espansivo e generalizzante¹³⁷, di precedente in precedente, di collegamento analogico in collegamento analogico, per quasi sei decenni (pur affondando le loro radici in tempi ben più risalenti)¹³⁸, diventa estremamente problematico rimuoverli e metterne in dubbio nel complesso la legittimità con un “colpo di spugna”, come fa la maggioranza in *Dobbs*.

L’impressione che se ne trae – in definitiva – è quella della compiuta realizzazione di un “progetto politico”, secondo diversi osservatori direttamente ispirato ad un conservatorismo sociale e religioso¹³⁹ estremo¹⁴⁰, con tendenze illiberali (e annessa visione patriarcale della società e della famiglia)¹⁴¹, già

¹³⁵ Si tratta di una elaborazione giurisprudenziale – dettaglio non irrilevante – originata all’inizio degli anni settanta, dunque contemporanea a *Roe* e cronologicamente successiva all’inizio del cd. *modern substantive due process* in *Griswold v. Connecticut*, cfr. p. e. N. WEXLER, *Sex Discrimination – The Search for a Standard*, <https://supremecourthistory.org/classroom-resources-teachers-students/decisions-womens-rights-equal-protection-clause/>. Volendo, v. P. INSOLERA, *Ruth Bader Ginsburg: la storia di “The Notorious RBG”. Le battaglie, le sentenze più note e il suo lascito*, in <https://extremaratioassociazione.it/6596-2/>, 24 settembre 2020.

¹³⁶ Lo sottolinea efficacemente L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, cit.; per un recente e autorevole richiamo all’importanza del limite posto dal testo della legge, v. N. IRTI, *Demoni nascosti nelle caverne e pronti a ridestarsi*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 novembre 2022.

¹³⁷ In una dottrina vasta, v. p. e. L.H. TRIBE, M.C. DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge (Ma)-London, 1991, trad. it. L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005, spec. 99-109, 131 ss., 156.

¹³⁸ Si v. A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema*, cit., § 3 e casistica ivi richiamata; v. anche la lucida discussione nell’opinione dissenziente sui forti *reliance interests* generati dalle decisioni sull’aborto per le vite delle donne e la loro libera e eguale partecipazione nella società statunitense, 47-55.

¹³⁹ Si v. però gli interessanti rilievi di A. KOPPELMAN, *Religion and the wrong defense of abortion rights*, in <https://thehill.com/opinion/civil-rights/3598534-religion-and-the-wrong-defense-of-abortion-rights/>, 13 agosto 2022, il quale critica la diffusa tendenza dell’area *liberal* a denunciare la più recente giurisprudenza anti-aborto quale imposizione di convinzioni religiose cristiane sulla popolazione, in quanto rischia di discriminare e fare apparire come illegittimi *tout court* i motivi religiosi nel discorso politico e nel dibattito legislativo statunitense, quando gli stessi invece hanno storicamente rivestito un ruolo fondamentale nelle battaglie e nelle conquiste dei diritti civili (si pensi soltanto al *civil rights movement*).

¹⁴⁰ Si v. p. e., tra molti, le persuasive osservazioni di L. GREENHOUSE, *Religious Doctrine, Not the Constitution, Drive the Dobbs Decision*, https://www.nytimes.com/2022/07/22/opinion/abortion-religion-supreme-court.html?campaign_id=9&emc=edit_nn_20220722&instance_id=67306&nl=the-morning®i_id=84694730&segment_id=99229&te=1&user_id=e874279a7e49918f84eedc4b405b0fb4, 22 luglio 2022, la quale richiama opportunamente anche la progressiva “erosione” da parte della attuale maggioranza conservatrice della *establishment clause* del I Em., norma posta a presidio del principio di laicità dello stato, v. nell’ultima sessione le sentenze *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. ____ (2022), *Carson v. Makin*, 596 U.S. ____ (2022), peraltro in linea con gli approdi degli ultimi anni della Corte, iperprotettivi della libertà religiosa (a tutto detrimento del principio di laicità); v. anche sul punto L.H. TRIBE, *Deconstructing Dobbs*, cit. In generale v. L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink*, New York, 2021, *passim*. V. anche A. LOPEZ, *The Christian Right is winning in court while losing in public opinion*, in <https://www.npr.org/2022/07/01/1109141110/the-christian-right-is-winning-cultural-battles-while-public-opinion-disagrees>, 1 luglio 2022; O. YOUSEF, *Some fear Christian nationalism is getting legal legitimacy through the Supreme Court*, in <https://www.npr.org/2022/07/01/1109470737/some-fear-christian-nationalism-is-getting-legal-legitimacy->

in atto da molto tempo¹⁴² – come accennato in apertura – ma *acceleratosi* significativamente, in maniera decisiva e con metodi di dubbia legittimità, negli anni (e con le tre nomine all'alta Corte) di Trump¹⁴³.

Questo “sfondo”¹⁴⁴, peraltro, unendosi a ragioni di elementare logica giuridica, contribuisce ulteriormente ad alimentare lo scetticismo sulle rassicurazioni della maggioranza della Corte relative al fatto che gli altri diritti costituzionali non enumerati di *privacy* (uso anticoncezionali e, specialmente, *gay rights*¹⁴⁵) siano oggi al sicuro, dopo la svolta di *Dobbs*.

8. Rilievi conclusivi

Volendo formulare qualche rilievo conclusivo, alla luce delle considerazioni sopra estese, pare opportuno interrogarsi su quali siano alcune possibili reazioni “costruttive” – al di là di irrealizzabili (e pro-

[through-the-supreme-](https://www.nytimes.com/2022/07/05/opinion/dobbs-christian-nationalism.html), 1 luglio 2022; K. STEWART, *Christian Nationalist Are Excited About What Comes Next*, in <https://www.nytimes.com/2022/07/05/opinion/dobbs-christian-nationalism.html>, 5 luglio 2022; J. CARROL, *The Sins of the High Court's Supreme Catholics*, in <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-sins-of-the-high-courts-supreme-catholics>, 19 agosto 2022; M. TALBOT, *Justice Alito's Crusade Against a Secular America Isn't Over*, in *The New Yorker*, September 5, 2022 Issue.

¹⁴¹ J.M. BALKIN, *Abortion and Partisan Entrenchment*, cit., 17-18.

¹⁴² È noto come l'obiettivo di nominare giudici supremi che contribuissero attivamente a “restaurare” i valori morali tradizionali, messi in forte crisi dai turbolenti anni sessanta e settanta (e dall'attivismo della Corte Warren e della “prima” Corte Burger di quegli anni), fosse prioritario fin dalla prima amministrazione Reagan (1981-85), e poi in quelle successive di Bush padre e figlio. Tale scopo non fu però perseguito appieno, in ragione della imprevedibile “indipendenza” e “moderazione” di giudici nominati da Reagan (O'Connor, Kennedy) o Bush padre (Souter), che, su temi centrali come l'aborto e i diritti degli omosessuali, “tradirono” di fatto le attese. Cfr. p. e. M.C. DORF, *Justice O'Connor Withdraws from Public Life, and the Reagan Court is Finally Born*, all'URL <https://verdict.justia.com/2018/10/31/justice-oconnor-withdraws-from-public-life-and-the-reagan-court-is-finally-born>, 31 ottobre 2018. Neanche con le nomine di Roberts nel 2005 e di Alito nel 2006 si riuscì a spostare decisamente l'asse politico-ideologica della Corte in senso conservatore, dovendosi attendere per tale esito la sostituzione di Kennedy con Kavanaugh nel 2018 e di Ginsburg con Barrett nel 2020.

¹⁴³ Sul “doppio standard” applicato dalla maggioranza repubblicana al Senato per la conferma di Barrett in un *election year* (2020), rispetto a quanto fatto precedentemente, rifiutando di valutare la nomina di Garland da parte di Obama nel 2016, cfr. M. DEL PERO, *Tre considerazioni sulla nomina di Amy Coney Barrett alla Corte suprema*, https://www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/Tre_considerazioni_sulla_nomina_Amy_Coney_Barret.html, 28 settembre 2020.

¹⁴⁴ Sulla eccezionale influenza del fondamentalismo cristiano – con forme e modalità diverse, sia evangelico che cattolico – nella società e nella politica (anche giudiziaria) statunitense, e sulle conseguenze della stessa sulla giurisprudenza in materia di diritti riproduttivi e questioni di genere, v. p. e. in prospettiva comparatistica M. JOUET, *Exceptional America. What Divides Americans From the World and From Each Other*, Oakland (Ca), 2017, spec. 80 ss. e 113 ss.

¹⁴⁵ V. S.F. COLB, *Abortion and the Slippery Slope*, in <http://www.dorfonlaw.org/2021/12/abortion-and-slippery-slope.html?m=1>, 27 dicembre 2021; J. MAY, *Justice Alito's Opinion on Abortion: Not Just a Threat to Reproductive Rights, but to All Constitutional Liberties Not Expressly Set Out in the Constitution*, in <https://verdict.justia.com/2022/06/14/justice-alitos-opinion-on-abortion>, 14 giugno 2022; A. LIPTAK, *Justices Thomas and Alito Question Same-Sex Marriage Precedent*, in <https://www.nytimes.com/2020/10/05/us/politics/thomas-alito-same-sex-marriage.html>, 5 ottobre 2020.

tabilmente controproducenti) ipotesi di aumento del numero dei giudici supremi¹⁴⁶ – da parte dei molti che davvero non si ritrovano negli orientamenti oggi dominanti nel supremo collegio statunitense in materia di diritti.

È anzitutto auspicabile, da una parte, che attraverso una massiccia partecipazione alle imminenti consultazioni elettorali di medio termine¹⁴⁷ ed alle presidenziali del 2024 i cittadini – mobilitati dalle recenti prese di posizione della Corte – contribuiscano, per quanto possibile (fermi, cioè, gli ostacoli “strutturali” menzionati in apertura) a modificare la situazione attuale, eleggendo senatori e un Presidente che selezionino, un domani, alti magistrati con una visione *meno distante* da quella diffusa tra la maggioranza dei cittadini americani su questioni controverse ed eticamente sensibili come, ad esempio, aborto, armi da fuoco, pena di morte, azioni positive¹⁴⁸, rispetto a quella dei giudici supremi oggi in maggioranza¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Più attuabile, riteniamo, l’ipotesi di introdurre limitazioni temporali al mandato dei *Justices*, cd. *Term limits*, v. P.M. COLLINS, JR., A. WARD, *After Roe’s overturning, Americans are demanding Supreme Court term limits*, in <https://theconversation.com/after-roes-overturning-americans-are-demanding-supreme-court-term-limits-187040>, 28 luglio 2022.

¹⁴⁷ V. tra i molti commenti M. DEL PERO, *La calda estate della politica statunitense*, in <https://united-states-world.com/2022/08/20/la-calda-estate-della-politica-statunitense/>, 20 agosto 2022. Mentre questo contributo era in revisione, si sono svolte le elezioni di medio termine. Come era stato ipotizzato da alcuni osservatori (e fortemente auspicato dai democratici), la questione dell’interruzione volontaria della gravidanza in seguito alla decisione *Dobbs* pare avere avuto una significativa incidenza sull’esito elettorale, che ha consentito ai democratici di mantenere la maggioranza al senato (v. p.e. E. KAMARCK, W.A. GALSTON, *It wasn’t just “the economy stupid”-it was abortion*, in <https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2022/11/10/it-wasnt-just-the-economy-stupid-it-was-abortion/>, 10 novembre 2022). Inoltre, in diversi stati, gli elettori in consultazioni referendarie hanno respinto la proposta di adozione di modifiche normative ordinarie o alle costituzioni statali che intendevano limitare ulteriormente l’accesso all’aborto (Montana e Kentucky), ovvero hanno votato emendamenti per includere espressamente nelle carte fondamentali statali il *right to choose* (Michigan, California, Vermont), cfr. V. STRACQUALURSI, D. COLE, P. LEBLANC, *Voters deliver ringing endorsement of abortion rights on midterm ballot initiatives across the US*, <https://edition.cnn.com/2022/11/09/politics/abortion-rights-2022-midterms/index.html>, 9 novembre 2022.

¹⁴⁸ Oltre ai dati statistici sulla *public opinion* attuale relativa all’aborto e alla cd. *gun regulation* puntualmente richiamati da E. GRANDE, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense*, cit., ai quali si rinvia, si noti che la pena capitale attualmente registra un livello di supporto del 55%, in lieve aumento rispetto al minimo storico del 54% del 2020, cfr. <https://deathpenaltyinfo.org/news/percentage-of-americans-who-view-the-death-penalty-as-morally-acceptable-remains-near-record-low>. Secondo i più recenti rilevamenti, oltre il 60% degli americani supporta le azioni positive, cfr. <https://bit.ly/3jDzclL>, 30 luglio 2021. Occorre precisare che, con riferimento alla pena capitale, anche alla luce del perdurante supporto presso la maggioranza degli elettori di cui essa sembra continuare a godere, un eventuale disallineamento della maggioranza conservatrice odierna della Corte rispetto alla opinione pubblica non sarebbe da registrare tanto nel caso di una abolizione giudiziale, peraltro da escludere recisamente allo stato attuale, quanto piuttosto nel caso di superamento tramite *overruling* dei precedenti citati in apertura che hanno dichiarato in passato incostituzionale l’applicazione dell’estrema sanzione, ad esempio, nei confronti di condannati minori e disabili mentali. Siffatti (come si è detto, possibili) mutamenti giurisprudenziali tornerebbero ad autorizzare pratiche punitive “estreme”, verosimilmente percepite oggi come crudeli ed inutilmente afflittive rispetto al perseguimento dei legittimi scopi della pena dalla maggior parte del popolo statunitense, oltretutto da tempo ripudiate in tutte le altre democrazie occidentali.

¹⁴⁹ Così come è auspicabile che negli Stati governati da repubblicani le donne facciano sentire il loro peso elettorale, riappropriandosi del diritto fondamentale rimosso, degradato a mero “interesse”, ad opera della sentenza *Dobbs*, cfr. p. e. la recente consultazione elettorale in Kansas in cui si è rigettato il quesito referendario volto ad eliminare la protezione del diritto all’interruzione volontaria della gravidanza dalla Carta fondamentale

Dall'altra, sul versante più strettamente politico-giudiziario e (specialmente) giuridico-dottrinale, è quanto mai urgente che l'eterogenea area *liberal* lavori tutta coesa con il principale obiettivo di rivitalizzare, rendere più coerente e credibile una metodologia della interpretazione costituzionale progressista¹⁵⁰, per valori – oggi in conclamata crisi¹⁵¹ – che, con maggiore onestà e umiltà, non prometta l'impossibile, cioè estromettere le inevitabili valutazioni di moralità politica dal giudizio di costituzionalità nei "casi difficili"¹⁵².

Non può essere certo questa la sede per formulare, invero neppure per abbozzare, alcune possibili linee di un rinnovato modello di teoria della interpretazione costituzionale *liberal*. Un modello che, pur senza rifuggire *in toto* l'interpretazione per valori, sia ragionevolmente vincolato alle indicazioni

statale, v. P. NOOR, *Kansas vote to protect abortion rights in state constitution*, in <https://www.theguardian.com/us-news/2022/aug/03/kansas-abortion-vote-state-constitution>, 3 agosto 2022.

¹⁵⁰ Per recenti e diversificati tentativi in questo senso, v. p. e. E. CHERMERINSKY, *We the People: A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century*, New York, 2018; D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Cambridge (Ma)- London, 2010, teorico del cd. *Common law constitutionalism*.

¹⁵¹ Si v. p. e. le critiche al *progressive constitutionalism* svolte da A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, Cambridge, 2022, 117 ss.; J.O. MCGINNIS, *The Crisis of Left Jurisprudence*, in *Law & Liberty*, 7 maggio 2019; J.S. GOULD, *Puzzles of Progressive Constitutionalism*, in *Harvard Law Review*, 2022, 2053 ss.

¹⁵² Come ha di recente posto in rilievo L. TRIBE in una intervista a I. CHOTINER, *The Supreme Court's History of Protecting the Powerful*, in <https://www.newyorker.com/news/q-and-a/the-supreme-courts-history-of-protecting-the-powerful>, 17 maggio 2022, nella quale spiega le ragioni della sua scelta di interrompere l'aggiornamento del suo noto trattato di diritto costituzionale con la terza edizione del 2000, la giurisprudenza della Corte Warren e le successive sentenze delle Corti Burger, Rehnquist e Roberts in materia di *privacy* – al di là della possibilità di essere validamente giustificate anche attraverso teorie procedurali, e non morali, del controllo di costituzionalità (cd. *representation reinforcement theory*), soprattutto valorizzando il collegamento sistematico tra libertà ed eguaglianza – si fondano in ultima analisi su una concezione di giustizia sostanziale e di moralità politica che attribuisce rango costituzionale a tali diritti in forza di una valutazione sistematica di coerenza normativa rispetto ai supremi principi personalistici ed agli scopi ultimi dell'ordinamento costituzionale statunitense. Come rileva TRIBE: «Penso che ci sia sempre stata una potente corrente ideologica, ma l'ideologia dominante negli anni Sessanta e Settanta era quella con cui potevo facilmente identificarmi. Era l'ideologia secondo la quale i soggetti relativamente privi di potere politico meritano di essere protetti, da un ramo indipendente del governo, da coloro che li calpesteranno [...] Anche la Corte Warren era ideologica, solo che si dava il caso che fosse un'ideologia con cui lei o io potevamo essere d'accordo [...] Non c'è dubbio. Era piuttosto ideologica. Il giudice Brennan aveva un progetto la cui architettura era realmente guidata dal suo senso degli scopi della legge fondamentale, e questi scopi erano morali e politici. Non c'è dubbio. Non sto dicendo che in qualche modo la concezione liberale del diritto costituzionale sia priva di ideologia. Tuttavia, c'è stato uno sforzo intellettualmente coerente per collegare l'ideologia con l'intera teoria dello scopo della Costituzione e della Corte. Principalmente, la Corte è un ramo anti-maggioritario e ha il compito di proteggere le minoranze e di assicurarsi che le persone siano equamente rappresentate. Mi identificavo con questa ideologia. Aveva senso per me e ne vedevo gli elementi in varie aree della dottrina. Ma quando questa è crollata e la Corte è tornata a un'ideologia molto diversa, in cui la Corte è essenzialmente lì per proteggere gli interessi dei proprietari, per proteggere le società commerciali e per tenere a bada le masse, anche questa è un'ideologia, ma non è stata elaborata nella dottrina in un modo che ho trovato coerente, figuriamoci attraente. Forse mi sbaglio, ma vedo più contraddizioni interne e incoerenze nei filoni di dottrina delle persone che sono tornate al potere con l'amministrazione Reagan e la Federalist Society. Non sono la persona adatta a dare un senso a ciò che stanno facendo, perché per me non ha senso. Anche se potessi interpretare il ruolo che penso di aver svolto con una versione che trovo più attraente dal punto di vista morale, è un progetto che considererei in qualche modo malvagio e a cui non vorrei prendere parte».

del testo costituzionale (come interpretato nei precedenti) e non travalichi i confini strutturali della separazione dei poteri e delle funzioni in democrazia.

Possono svolgersi però tre cursorie osservazioni.

Anzitutto, nella ipotetica *pars construens*, non dovrebbero sottovalutarsi le risorse, tenuto conto anche del suo forte radicamento nella tradizione giuridica statunitense, della ampia “famiglia” di teorie ermeneutiche della Costituzione *non-originaliste*, anche dette pluraliste¹⁵³, che fino a oggi sono state storicamente le più rappresentate tra i magistrati del supremo collegio americano (si pensi ancora alla *plurality opinion* di *Casey*: qui sta la “rottura” di *Dobbs*).

Questo non deve stupire: se ben cogliamo il senso degli ultimi amari passaggi dell’opinione dissenziente in *Dobbs*¹⁵⁴, si rimprovera proprio alla maggioranza di avere sacrificato, sull’altare della *doctrinal purity* originalista (e della visione politica sostanziale ad essa sottesa), un ampio “bagaglio” esperienziale giudiziario accumulato nel corso del tempo (dalla metà del XX secolo in avanti, soprattutto) – maturato cioè sulla base di considerazioni pragmatiche, teleologiche, consequenzialiste etc. connesse alle peculiarità di ogni fatto oggetto di giudizio e all’impatto concreto delle norme sindacate su ogni persona¹⁵⁵ – che aveva nel complesso consentito al massimo organo giudiziario federale di svolgere il suo ruolo principale di garante della protezione dei diritti individuali fondamentali contro gli abusi maggioritari della politica e della società, non solo senza operare troppo distonicamente rispetto alle evoluzioni sociali in atto (conservando e rafforzando così la propria legittimazione nel contesto istituzionale), ma anche integrando efficacemente il processo politico in caso di malfunzionamenti strutturali. Per ricollegarsi a quanto detto sopra: si tratta di quella complessa opera di bilanciamento e individuazione di un punto di equilibrio in concreto tra molteplici interessi confliggenti, ineliminabile nell’esercizio della giurisdizione costituzionale, e che ogni impostazione teorica, per essere davvero credibile, dovrebbe anzitutto riconoscere apertamente, senza promettere di eliminarla, o, peggio, nascondendola dietro alla retorica della neutralità o tramite l’uso manipolativo della storia e della tradizione giuridica.

In secondo luogo, preso comunque atto della forte affermazione attuale delle correnti originaliste in chiave di limitazione al suprematismo giudiziario e al pangiuridicismo costituzionale¹⁵⁶, va rilevato

¹⁵³ Per una esaustiva ricognizione e analisi critica, nella dottrina italiana, v. G. ROMEO, *L’argomentazione costituzionale*, cit. 145-52; C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, 112-116, 120-28; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino, 2000, 313-340; C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione*, cit., 220 ss.; per una efficace sintesi, cfr. B.J. MURRILL, Report del Congressional Research Service, *Modes of Constitutional Interpretation*, in <https://www.everycrsreport.com/reports/R45129.html>, 15 marzo 2018.

¹⁵⁴ *Dobbs*, opinione dissenziente, 60.

¹⁵⁵ E derivante, in ultima analisi, dalla *summa divisio* tra “costituzionalismo politico” e “costituzionalismo giuridico”, cfr. O. CHESSA, *I fondamenti teorici della giustizia costituzionale. La difficoltà contromaggioritaria*, in AA.VV., G. SCACCIA (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, Napoli, 2019, 9 ss., spec. 33-34; v. anche in tema G. PINO, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in *Riv. dir. comp.*, 1, 2022, 3 ss.

¹⁵⁶ Sono espressioni mutate dalla riflessione critica di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2019, 251 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 170 ss., svolta con riferimento al diverso contesto italiano, sul mutamento del ruolo della Corte

che una rielaborazione del *progressive constitutionalism* oggi non può fare a meno di includere un rinnovato focus sul testo e sui limiti che esso pone al giudice. E, allora, se – come ha detto Justice Kagan (nominata da Obama) durante le sue audizioni di conferma nel 2010 – “*We are all textualist now*”, riconoscendo espressamente il grande contributo delle teorie originaliste-testualiste alla cultura giuridica americana¹⁵⁷, spunti di interesse provengono dai recenti interventi del giudice neominato da Biden, Ketanji Brown Jackson. Ella, dando seguito a quanto affermato nelle sue *confirmation hearings*, nell'*oral argument* di un importante caso pendente in materia elettorale¹⁵⁸, ha criticato la concezione cd. *Colorblind* del principio di eguaglianza del XIV Em. sostenuta dagli originalisti, secondo cui lo stesso esigerebbe assoluta neutralità ed equidistanza, rendendo indisponibile ogni utilizzo di differenziazioni di trattamento normativo basate sulla razza, anche per rimediare ad ingiustizie e discriminazioni passate. Tale tesi è stata sviluppata muovendo dalla rigorosa analisi delle intenzioni dei *conditores* e dal significato originario della clausola al tempo della ratifica. Ciò – oltre a mostrare che forse ormai vi sono così tante varianti dell'originalismo che esso è stato privato della sua stessa identità e senso politico, risultando la sua “missione” esaurita¹⁵⁹ – attesta come vi sia ampio spazio per integrare una teoria *liberal* e pluralista anche con argomentazioni originaliste, da alcuni definite di cd. *progressive originalism*¹⁶⁰.

Infine, più specificamente in relazione ai diritti riproduttivi e su un piano non squisitamente teorico, occorre rilevare – insieme a parte della dottrina¹⁶¹ – che le posizioni liberali e progressiste, all'indomani di *Dobbs*, dovrebbero cercare di ottenere riconoscimento soprattutto *in sede politica* a

Costituzionale, di recente dimostratosi molto meno sensibile al pericolo di invadere la sfera della discrezionalità politico-legislativa.

¹⁵⁷ Che la stessa Justice Kagan ha tuttavia recentemente sottoposto a severa critica, evidenziandone l'utilizzo incoerente, selettivo ed ideologicamente orientato da parte della maggioranza conservatrice in un importante caso relativo ai limiti dei poteri della *Environmental Protection Agency* federale a tutela dell'ambiente, cfr. J.H. ADLER, *Justice Kagan Throws Down the Gauntlet: We Are Not “All Textualists Now”*, in <https://reason.com/volokh/2022/07/01/justice-kagan-throws-down-the-gauntlet-we-are-not-all-textualists-now/>, 1 luglio 2022.

¹⁵⁸ <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/merrill-v-milligan-2/>.

¹⁵⁹ Cfr. C. CASEY, A. VERMEULE, *If every judge is an originalist, originalism is meaningless*, <https://www.washingtonpost.com/outlook/2022/03/25/if-every-judge-is-an-originalist-originalism-is-meaningless/>, 25 marzo 2022; nonché, più diffusamente, A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., *passim*, e, nella dottrina italiana, N.G. CEZZI, *A proposito di common good constitutionalism*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1897 ss.

¹⁶⁰ Nel dibattito, v. p. e. A. LIPTAK, *Justice Jackson Joins the Supreme Court, and the Debate Over Originalism*, <https://www.nytimes.com/2022/10/10/us/politics/jackson-alito-kagan-supreme-court-originalism.html>, 10 ottobre 2022; M.C. DORF, *Does Judge Jackson Have a Judicial Philosophy and if so is it Originalism?*, <https://verdict.justia.com/2022/03/29/does-judge-jackson-have-a-judicial-philosophy-and-if-so-is-it-originalism>, 29 marzo 2022; Id., *Is Justice Jackson an Originalist? Evidence from the Alabama Voting Rights Oral Argument*, <http://www.dorfonlaw.org/2022/10/is-justice-jackson-originalist-evidence.html>, 6 ottobre 2022; E. TURIANO, *Justice Jackson offered Democrats a road map for securing equal rights*, <https://www.washingtonpost.com/made-by-history/2022/10/10/originalism-ketanji-brown-jackson-supreme-court/>, 10 ottobre 2022; A. KOPPELMAN, *Ketanji Brown Jackson's Originalism*, <https://thehill.com/opinion/judiciary/3263173-ketanji-brown-jacksons-originalism/>, 10 aprile 2022.

¹⁶¹ Si v. tra gli altri, J.E. FLEMING, *Constructing Basic Liberties*, cit., 223-27; S. MAYERI, *Equality and Liberty After Dobbs*, <https://balkin.blogspot.com/2022/10/equality-and-liberty-after-dobbs.html>, 23 ottobre 2022, *ove ult. rif.*

livello statale, promuovendo attraverso *social movements* e forme di attivismo la loro *substantive constitutional vision* presso i legislatori e gli *executive officials* statali.

Sul correlato piano della *litigation* giudiziaria, stante la attuale (e prossima futura) “chiusura” delle corti federali, la tutela dei diritti riproduttivi potrebbe essere meglio assicurata dalle corti statali, che – come noto – nel sistema federale americano, sono chiamate ad applicare disposizioni costituzionali diverse, più moderne (i molteplici procedimenti di revisione sono molto meno gravosi di quello disciplinato dall’art. V Cost. federale) e spesso più protettive di quelle federali¹⁶².

Quelle dianzi tratteggiate sono soltanto alcune idee, potenzialmente valorizzabili nello sfidante tentativo di ri-edificazione concettuale di un modello di costituzionalismo liberal-progressista negli U.S.A.

Forse, attraverso una autentica “rifondazione dalle macerie”¹⁶³, le molteplici correnti originaliste¹⁶⁴ potrebbero cessare, un domani, di rivendicare monopolisticamente l’“esclusiva” della *sola* metodo-

¹⁶² Cfr. da ultimo CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, *State Constitutions and Abortion Rights*, in <https://reproductiverights.org/state-constitutions-abortion-rights/>, July 2022. In generale sull’importanza del costituzionalismo statale nella protezione dei diritti individuali negli U.S.A., nell’attualità, J. BOUIE, *There Is a Way to Break Out of Our Constitutional Stagnation*, <https://www.nytimes.com/2022/11/18/opinion/midterms-states-constitutions.html>, 18 novembre 2022; in generale, per una dettagliata analisi delle diverse metodologie interpretative (c.d. *primacy approach*; *criteria approach*; *lockstep approach*) seguite dalle Corti supreme statali nell’interpretazione della clausole costituzionali statali “affini”/“parallele” a quelle della Carta federale, e dei casi in cui è legittimo per le prime discostarsi dalla giurisprudenza della Corte suprema federale, al fine di ampliare le garanzie costituzionali e la protezione dei diritti individuali in determinati settori, v. L. FRIEDMAN, *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism*, in *Hastings Const. L.Q.*, 2000, 93 ss. ed in part. sui diversi criteri, 102-112. Per esemplificazioni nel diverso ambito dell’VIII Em. (divieto di pene crudeli ed inusuali), ove, a fronte di una consolidata interpretazione restrittiva della clausola da parte delle Corti supreme federali, numerose Corti supreme statali hanno elaborato letture più garantiste, in grado di tutelare il diritto dell’individuo a non subire pene manifestamente eccessive rispetto al disvalore del reato, v. E.T. SULLIVAN, R.S. FRASE, *Proportionality Principles*, cit., 153-160; F. COPPOLA, P. INSOLERA, *Ergastolo senza possibilità di parole irrogato a minorenni*, cit., 251.

¹⁶³ Ad una tale rifondazione potrebbero certamente contribuire a livello giurisprudenziale i giudici progressisti, magari galvanizzati dall’insediamento della nuova giudice Brown Jackson, attraverso un formidabile strumento garantito dall’ordinamento americano, che più volte nella storia si è rivelato decisivo: l’opinione dissenziente lungimirante e ben argomentata di oggi che – spesso operando anche sul piano culturale, stimolando il dibattito pubblico e politico, nonché “parlando” agli altri poteri – diviene l’opinione della Corte del domani. Sul punto v. ora J. KRUEL, *Lacking power, Supreme Court’s liberals find voice in dissent*, in <https://thehill.com/regulation/court-battles/3598991-lacking-power-supreme-courts-liberals-find-voice-in-dissent/>, 14 agosto 2022; J. BRAVER, *The Court’s Liberals Still Have Power*, in <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/08/supreme-court-liberal-bloc-dissent/671158/>, 17 agosto 2022. In generale sull’importanza dell’opinione dissenziente nella storia del *constitutional dialogue* statunitense, si v. M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court*, cit.

¹⁶⁴ Pur consapevole che numerosi e autorevoli studiosi americani hanno elaborato teorie originaliste orientate in senso *liberal*, espansivo dei diritti individuali (ad es. A.R. AMAR, J. BALKIN) o che supportano *lines of cases* della Corte ritenute comunemente attiviste in senso *liberal* o anti-originaliste (ad es. BARNETT, STINNEFORD) e che l’equiparazione semplicistica originalismo/conservatorismo è senza dubbio fallace, smentita da amplissima casistica giurisprudenziale e in ultimo fuorviante (come ricorda L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, cit.) mi pongo sommessamente due questioni pratiche, muovendo cioè dal diritto vigente, da come l’originalismo è stato ed è applicato dai giudici supremi. Primo, a patto che sia realizzabile e sostenibile sotto il profilo della *stabilità giurisprudenziale* e della certezza del diritto, quanto è *normativamente* auspicabile una rivisitazione su basi rigidamente originaliste (o storico/tradizionaliste) del *case law* consolidato della Corte Su-

logia interpretativa legittima¹⁶⁵, in quanto l'unica asseritamente conforme al *rule of law* e rispettosa delle prerogative della rappresentanza politica in democrazia¹⁶⁶.

prema nei più disparati settori, per il buon funzionamento della democrazia liberale americana e per la tutela dei diritti dei suoi cittadini? Secondo, credo che una valutazione complessiva equilibrata e onesta dei meriti e dei limiti del macro-orientamento originalista e delle sue molteplici correnti (rispetto alle alternative), al di là di richiamare alcune decisioni che hanno avuto effetti *pro-rights* e inconciliabili con l'ideologia conservatrice, richieda di allargare lo sguardo per soppesare in ottica sistematica e sul piano qualitativo quanto meglio (rispetto alle alternative) questa impostazione metodologica, di grande e relativamente recente successo, contribuisca, per come viene applicata nella prassi (non nelle teorizzazioni dottrinali) – attraverso la incondizionata centralità che attribuisce al valore della democrazia rappresentativa e della separazione dei poteri, ed ai connessi forti limiti che pone alla giurisdizione in generale ed alla giurisdizione costituzionale in particolare – a realizzare adeguatamente i valori personalistici al centro dell'ordinamento costituzionale, cioè dignità umana, libertà e eguaglianza. Un esempio, pur limitato alla materia penale sostanziale e processuale, può soccorrere: si può ritenere ragione sufficiente per aderire *normativamente* ad una metodologia originalista il fatto che essa possa produrre decisioni protettive dei diritti individuali in settori quali, per esempio, la *statutory interpretation* testualista e dunque restrittiva *pro reo*, con la valorizzazione di canoni interpretativi come la cd. *rule of lenity* (semplificando, l'*in dubio pro reo* sostanziale nel caso di ambiguità di significato del precetto); la legalità penale costituzionale (principio di determinatezza in specie, cd. *void for vagueness doctrine*); i limiti alla criminalizzazione del possesso di armi in forza del II Em.; talora con riferimento al divieto di perquisizioni e sequestri irragionevoli del IV Em., in base alla cd. *property based theory*; ai cd. *jury trial rights* e alla cd. *confrontation clause* del VI Em., quando *la stessa metodologia*, dall'altra parte, implica una totale rinuncia all'esercizio del *judicial review* in contesti cruciali per la tutela effettiva dei diritti fondamentali dei cittadini, nei quali certamente non può farsi affidamento esclusivo sul circuito democratico-rappresentativo? Si pensi ai limiti alla criminalizzazione in forza del *due process* sostanziale; ai limiti quantitativi di proporzionalità alle sanzioni penali ed al presidio contro trattamenti penitenziari crudeli e disumani posti dall'VIII Em.; alle regole costituzionali "rimediali" dei cd. *Miranda Warnings* e dell'*Exclusionary Rule* ricavate in via pretoria, rispettivamente, dal V e dal IV Em.; alla possibilità di rendere "giustiziabili" le violazioni del principio di eguaglianza del XIV Em. causate dall'applicazione razzialmente discriminatoria del diritto penale. Prima di abbracciare l'originalismo – per lo meno *come esso è stato in prevalenza applicato nella prassi giurisprudenziale dagli anni ottanta ad oggi dalla Corte Suprema* – occorre domandarsi, credo, attraverso una valutazione costi-benefici globale, se si è disposti ad accettare un modello di giudizio di costituzionale che lasci completamente sguarniti di protezione giudiziale tutti i diritti della persona presidiati da queste decisive previsioni costituzionali.

¹⁶⁵ Auspica un'evoluzione delle teorie originaliste-testualiste in direzione di maggiore apertura al pluralismo sincretistico dei criteri interpretativi, G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, cit., 94-101.

¹⁶⁶ Si v. le critiche di G.R. STONE, D.A. STRAUSS, *Democracy and Equality*, cit., 3, che considerano questa dinamica "tossica", in quanto disconosce tutti i grandi meriti che ha avuto la metodologia interpretativa della *living constitution* (o comunque ragionevolmente pluralista) nel ridisegnare, sovente per il meglio, il volto della democrazia liberale e della società americana per come la conosciamo oggi.

Dobbs v. Jackson: l'ultima trasformazione dell'originalismo passa dal corpo delle donne

Graziella Romeo*

DOBBS V. JACKSON: THE LAST TRANSFORMATION OF ORIGINALISM PASSES THROUGH WOMEN'S BODIES

ABSTRACT: The doctrine of precedents reflects common law legal culture, which believes that judges should be guided by principles inductively derived from judicial experience and animated by modesty and respect for tradition. However, in the Dobbs v. Jackson Women's Health Organization case, the Supreme Court questioned this view of stare decisis. It offered an alternative vision, highlighting the limitations of relying on precedents in constitutional argumentation. This approach to stare decisis is consistent with the argument that questions the legitimacy of non-originalist precedents. Against this backdrop, the article makes a twofold claim. Firstly, it argues that originalism advances an interpretation of constitutional law that significantly curtails women's rights. Secondly, it maintains that the current Supreme Court is not equipped to resist the originalist trend because of the lack of political feminism approach of the kind advanced by the late Justice Ginsburg. To support this argument, the article analyzes Dobbs by focusing on the originalist justification for overruling Roe v. Wade and highlights the consequences of the dogmatic approach of originalism on women's claims.

KEYWORDS: Women's rights; right to abortion; precedents; stare decisis; common law

ABSTRACT: La regola del precedente riflette la cultura giuridica di *common law* ovvero la preferenza per un giudice guidato dai principi ricostruiti induttivamente dall'esperienza giudiziale del passato e animato da modestia e rispetto della tradizione. Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, la Corte Suprema revoca in dubbio questa lettura dello *stare decisis* per offrirne una visione alternativa, volta a evidenziare i limiti del richiamo dei *precedents* nelle operazioni di argomentazione costituzionale. Si tratta di una concezione del principio di aderenza alle decisioni passate coerente con le tesi che discutono la legittimità dei *non-originalist precedents*. Il presente lavoro sostiene che l'originalismo propone una lettura del diritto costituzionale, e dell'interpretazione in particolare, destinata a comprimere in modo significativo le posizioni giuridiche riconosciute, nel corso del tempo, alle donne americane. Questo effetto è reso possibile dall'attuale

* Professoressa associata di diritto pubblico comparato presso l'Università Bocconi di Milano. Mail: graziella.romeo@unibocconi.it. Il contributo è frutto di una ricerca finanziata da Fondazione Cariplo, nell'ambito del progetto ALFA. Contributo sottoposto a referaggio.

composizione della Corte Suprema e, in particolare, dalla difficoltà di rinvenire posizioni vicine al femminismo politico della defunta *Justice* Ginsburg. Per dimostrare questa tesi, l'articolo muove da un'analisi della sentenza *Dobbs* incentrata sulla giustificazione originalista dell'*overruling* di *Roe v. Wade* ed evidenzia le conseguenze dell'impostazione dogmatica dell'*originalism* sulle rivendicazioni femminili.

PAROLE CHIAVE: Diritti delle donne; diritto all'aborto; precedenti; *stare decisis*; *common law*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il precedente non-originalista come nemico della normatività della Costituzione scritta – 3. L'ultima trasformazione dell'originalismo in scena nella sentenza *Dobbs v. Jackson* – 4. L'originalismo e il corpo delle donne – 5. Uno sguardo non originalista alla condizione femminile

1. Introduzione

La regola del precedente è coerente con un assunto fondamentale del ragionamento giuridico di *common law*: il processo di scoperta e apprendimento attraverso l'esperienza consente alla ragione umana di giungere a soluzioni giuridiche corrette¹. La sopravvivenza della regola derivata dal precedente segnala, infatti, che quella particolare soluzione ha soddisfatto la comunità dei giuristi e servito adeguatamente la società civile. Al contempo, il principio dello *stare decisis* contribuisce a garantire la certezza del diritto nell'ambito di un ordinamento che possiede «the power of growth», ossia la capacità di assicurare l'evoluzione delle soluzioni giuridiche nella direzione del loro sempre maggior adattamento al mutamento delle esigenze sociali².

Negli Stati Uniti, la regola del precedente riflette inoltre l'impronta liberale del *common law* rintracciabile nella preferenza per un giudice guidato dai principi ricostruiti induttivamente dall'esperienza giudiziale del passato, piuttosto che dalle deduzioni di regole dai comandi imposti autoritativamente da un sovrano³. In questo senso, la regola manifesta la medesima esigenza espressa dalla nozione di

¹ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Frankestown (NH), Marshall Jones Company, 1921, 182-183. Martin Shapiro spiega la logica del precedente ricorrendo alla teoria comunicativa e, in particolare, identificando nella "ridondanza" (*redundancy*) l'elemento chiave per comprendere il funzionamento del precedente sul piano comunicativo. Infatti, per Shapiro il richiamo del precedente svolge la stessa funzione che, nella trasmissione delle informazioni, è svolta dalla ridondanza ovvero dalla ripetizione del medesimo contenuto del primo flusso comunicativo. La *redundancy*, qualificata per il suo non aggiungere nulla al bagaglio informativo del recipiente il messaggio, serve però lo scopo di assicurare il feedback e identificare eventuali errori nella trasmissione del contenuto iniziale. Con questa analogia, Shapiro intende chiarire che il precedente, continuamente rielaborato, consente l'affinamento della soluzione giuridica inverando la funzione comunicativa (dal giudice alla comunità dei giuristi e alla società nel suo complesso) della decisione giudiziale: M. SHAPIRO, *Towards a Theory of Stare Decisis*, in M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, 2002, 102 ss.

² R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, 183.

³ *Ibidem*. Questa affermazione potrebbe ingenerare l'idea che Roscoe Pound intendesse negare la natura autoritativa del diritto. Al contrario, per Pound la forza era un elemento essenziale del diritto («law involves force» sostiene in *Social Control Through Law*, New Heaven (Mass), Yale UP, 1942, 20). Cionondimeno, egli era convinto che ogni ricostruzione del diritto come espressione di una forza dovesse fare i conti con la constatazione dell'intrinseca debolezza di ogni autorità fondata solo sulla forza. Per questa ragione, secondo Pound la *force*

supremacy of the law, ovvero la sottoposizione del potere, potenzialmente arbitrario, a principi di ragione contenuti nella legge.

Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*⁴, la Corte Suprema revoca in dubbio questa lettura dello *stare decisis* per offrirne una visione alternativa, volta a evidenziare i limiti del richiamo dei *precedents* nelle operazioni di argomentazione costituzionale. Si tratta di una concezione del principio di aderenza alle decisioni passate coerente con le tesi che discutono la legittimità dei non-*originalist precedents*. Da questo punto di vista, la pronuncia *Dobbs* offre l'occasione per indagare la posizione dell'attuale Corte Suprema sul tema dei diritti delle donne anche alla luce del dibattito originalista. Il presente lavoro intende sostenere che l'originalismo propone una lettura del diritto costituzionale, e dell'interpretazione in particolare, destinata a comprimere in modo significativo le posizioni giuridiche riconosciute, nel corso del tempo, alle donne americane. Questo effetto è reso possibile dall'attuale composizione della Corte Suprema e, in particolare, dall'assenza di posizioni pienamente adesive rispetto al femminismo politico della defunta Justice Ginsburg. Per dimostrare questa tesi, l'articolo muove da un'analisi della sentenza *Dobbs* incentrata sulla giustificazione originalista dell'*overruling* della pronuncia *Roe v. Wade*, lo storico precedente che aveva riconosciuto un diritto costituzionale alla libertà delle scelte riproduttive⁵. Il lavoro prosegue offrendo una lettura delle tesi originaliste dal punto di vista dei diritti delle donne, al fine di evidenziare le conseguenze dell'impostazione dogmatica dell'*originalism*. Infine, l'articolo offre uno sguardo non originalista sulla condizione femminile, anche attraverso il richiamo delle posizioni in tema di diritti delle donne di alcune giudici della Corte Suprema.

2. Il precedente non originalista come nemico della normatività della Costituzione scritta

Nei sistemi di *common law*, il *precedent* non rappresenta soltanto una decisione passata da impiegare per risolvere il problema giuridico del caso presente. Il *precedent* è piuttosto un modello di soluzione giuridica corretta che funge da *authority* all'esito di un puntuale ragionamento teso a individuare la *ratio decidendi* all'interno dell'*opinion*⁶. Una volta isolata dal giudice del caso successivo, la *ratio decidendi* costituirà il *precedent*⁷. Proprio per questa ragione, il precedente rappresenta la rile-

definisce il diritto dal punto di vista del *lawmaker* nel senso che è sempre legittimo l'impiego della forza rispetto ai residui di antisocialità e cioè di rifiuto dei comportamenti dovuti. L'esperienza del diritto è però più complessa e non può essere identificata soltanto con la sua dimensione di comando: v. R. POUND, *Jurisprudence*, St. Paul (Minn), 1959, 130.

⁴ 597 U.S. ____ (2022).

⁵ 410 U.S. 113 (1973).

⁶ La *ratio decidendi* può essere descritta come «a proposition of law which decides the case, in the light or in the context of the material facts»: v. M. ZANDER, *The Law-Making Process*, London, Butterworths, 1999, 263.

⁷ La dottrina classica del precedente prescrive l'adesione obbligatoria alla decisione passata, come chiarisce Lord Mansfield della High Court of Chancery nella sentenza *Roe v. Griffiths*, 1 Bl. Rep. 605 (1766): «precedents must be adhered to although it is not founded upon truly rational grounds and principles». Sull'obbligatorietà come elemento qualificante del precedente v. F. SCHAUER, *Why Precedents in Law (and Elsewhere) is not totally (even substantially) about analogy*, in C. DAHLMAN, E. FETERIS (eds), *Legal Argumentation Theory: Cross-disciplinary Perspectives*, Berlin, 2013, 45 ss. Occorre tuttavia chiarire cosa si intenda per precedente obbligatorio. Infatti, la dottrina dello *stare decisis*, nella sua formulazione tradizionale, si fonda sulla distinzione tra la *ratio decidendi* e l'*obiter dictum*. In altri termini, il giudice, applicando il precedente, compie un'operazione intel-

vazione e l'applicazione a un caso concreto di un diritto che esisteva prima della decisione e che quest'ultima si limita a richiamare esplicitamente.

Il cosiddetto "precedente verticale", ossia la decisione passata di una corte superiore, si impone come fonte del diritto che condiziona il ragionamento del giudice della corte inferiore. Quest'ultimo è tenuto al rispetto del *precedent* anche quando non aderisca al *reasoning* o ritenga la soluzione giuridica ivi incorporata non convincente⁸. Diverso è lo statuto del "precedente orizzontale", ovvero della decisione dotata dell'autorevolezza di paradigma che non vincola per il futuro la corte che l'ha emessa. È infatti generalmente accettato che le corti apicali debbano godere del potere di mutare gli indirizzi giurisprudenziali per evitare la fossilizzazione di orientamenti e soluzioni giuridiche incapaci di rispondere alle esigenze del presente⁹. La dottrina americana parla, a tal proposito, di ridotta vincolatività o importanza del precedente costituzionale¹⁰.

Tale valutazione riflette lo statuto del precedente costituzionale sul piano teorico. Cionondimeno, la circostanza per cui il ragionamento attraverso i precedenti è parte integrante della formazione dei giudici (e dei giuristi) americani ha determinato la sopravvivenza della logica dello *stare decisis* anche presso le corti apicali e, in particolare, la Corte Suprema¹¹. L'*overruling* di un precedente è, dunque, generalmente percepito come un'operazione alla quale ricorrere come *extrema ratio* per la correzione di errori giudiziari. Inoltre, si tratta di una soluzione alla quale si approda solo dopo una serie di decisioni intermedie che ridimensionano il principio di diritto ricavato dal precedente e preparano la comunità politica per il suo superamento.

Negli ultimi anni, alcuni giudici supremi di orientamento originalista hanno chiarito che, posta la ridotta vincolatività del precedente orizzontale, lo *stare decisis* non può determinare la sopravvivenza di decisioni che si caratterizzano per interpretazioni costituzionali creatrici non radicate in letture

letturale in due fasi. Nella prima fase egli scarta, con un procedimento induttivo, gli *obiter dicta* al fine di cogliere il principio giuridico (la *ratio decidendi*) senza il quale la decisione sarebbe stata diversa. La seconda fase consiste, invece, nell'applicazione della *ratio decidendi* al nuovo caso, attraverso l'esercizio di una logica deduttiva. In questo contesto, soltanto le *rationes decidendi* costituiscono *authorities* e sono dunque vincolanti. Quest'opera di estrazione della *ratio decidendi* o *holding* è necessariamente operata dal giudice successivo a quello che ha deciso il precedente e serve a chiarire sempre meglio il significato della *legal rule* tracciata dal precedente. Si comprende, in questa prospettiva, perché nella dottrina classica del precedente è rilevante distinguere anche tra la *decision* e l'*opinion*, in quanto solo la *decision* condensa la *legal rule*, mentre l'*opinion* è corredata da una serie di argomenti accessori o finanche non del tutto coerenti con la *decision*. Questa distinzione è adombrata dal Chief Justice Marshall nella sua opinione nel caso *Cohen v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 399 (1821). Su questi aspetti v. U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2014, 154 ss.

⁸ F. SCHAUER, *Thinking like a lawyers*, Cambridge, 2009, 36 ss. e Id, F. SCHAUER, *Why Precedents in Law (and Elsewhere) is not totally (even substantially) about analogy*, in C. DAHLMAN, E. FETERIS (eds), *Legal Argumentation Theory: Cross-disciplinary Perspectives*, Berlin, 2013, 45 ss. Schauer insiste sul fatto che di precedente si può parlare soltanto in quanto il giudice è vincolato al suo impiego sebbene egli sia intimamente convinto che esso non sia la migliore o finanche la più giusta soluzione del caso che si trova ad affrontare.

⁹ Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 211.

¹⁰ F. SCHAUER, *Thinking like a lawyers*, cit. 36.

¹¹ Come testimonia da ultimo la difesa dello *stare decisis* operata dalla neo giudice Ketanji Brown Jackson in occasione degli hearings senatoriali: *Committee on the Judiciary, Judge Ketanji Brown Jackson Written Responses to Questions for the Record*, 7, disponibile all'indirizzo <https://www.judiciary.senate.gov/download/judge-ketanji-brown-jackson-written-responses-to-questions-for-the-record>.

storicamente orientate della Costituzione¹². Questa posizione ha almeno due corollari: 1. se l'interpretazione originalista smentisce un precedente, allora il precedente è *wrongly decided*; 2. l'*overruling* di un precedente di questo tipo è la soluzione da preferire, a prescindere dal radicamento nell'ordinamento di quella regola o principio di diritto.

Gli originalisti non contestano la bontà del ricorso al precedente in quanto tale. Anzi, una parte della letteratura originalista sottoscrive la tesi che assegna centralità ai precedenti quando sostiene che la Costituzione attribuisce loro, almeno implicitamente, valore costituzionale nel momento in cui riconosce il *judicial power* delle corti¹³. Queste ultime, infatti, hanno progressivamente contribuito allo sviluppo della *common law* attraverso la regola dello *stare decisis*. Per alcuni originalisti ciò implica necessariamente che la Costituzione abbia avallato la pratica del precedente e incorporato la *federal common law*, lasciando intatto il potere congressuale di abrogare le regole di diritto ivi contenute attraverso la legislazione.

In particolare, McGinnis e Rappaport propongono un approccio pragmatista al problema della conciliazione tra originalismo e regola del precedente. Secondo questi autori, il giudice deve sempre valutare le conseguenze del rigetto del precedente ed evitare l'*overruling* se il beneficio, in termini di correttezza delle operazioni interpretative e bontà della soluzione giuridica offerta, non supera il costo al piano della certezza del diritto e dell'affidamento individuale e collettivo generato dal precedente. Da questa constatazione, essi ricavano la necessità che l'interpretazione di quest'ultimo sia coerente con il testo costituzionale¹⁴. Lo sforzo di coniugare la regola del precedente con l'originalismo è fondato sulla tutela della normatività della Costituzione scritta. La conseguenza di questo ragionamento è, infatti, che la Costituzione debba essere applicata assieme ai precedenti. Da questa prospettiva, l'uso delle decisioni passate non mina la piena normatività del testo scritto. Piuttosto, i precedenti sono un modo per realizzare la normatività della Costituzione¹⁵.

In ultima analisi, la critica originalista non contesta la regola del precedente in quanto tale, non revoca cioè in dubbio la logica dello *stare decisis*¹⁶. La critica è rivolta piuttosto verso un impiego di quei precedenti che, a giudizio degli originalisti, dipartono decisamente dalla Costituzione per il loro carattere di novità, cioè per il loro radicarsi in letture evolutive, storicamente infondate, del testo costitu-

¹² Sia consentito rinviare a G. ROMEO, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell'era di Trump*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017, 1 ss.

¹³ V. J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, in *Northwestern University Law Review* 103, 1, 2009, 830. Secondo gli A., tale richiamo deve ritenersi implicito nell'Art. III della Costituzione americana che prescrive «The Judicial Power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Court as the Congress may from time to time ordain or establish».

¹⁴ V. J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, cit., 830. Posizioni più intransigenti rispetto alla priorità dell'interpretazione costituzionale sul precedente, qualunque siano le conseguenze concrete di tale approccio, sono sostenute e dunque a prescindere da considerazioni prudenziali e pragmatiche da R.E. BARNETT, *Trumping Precedent with Original Meaning: Not As Radical As It Sounds*, in *Constitutional Commentary*, 22, 2005, 257, in partic. 258–59 e prima ancora da G. LAWSON, *The Constitutional Case Against Precedent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17, 1994, 30.

¹⁵ V. ancora J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, cit., 128.

¹⁶ Al contrario, *Justice Scalia* è stato per esempio molto sensibile al tema del precedente, benché si contino casi in cui egli ha difeso *overruling* motivati da una preferenza per l'interpretazione originalista. Sul punto v. G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2016, 1191 ss.

zionale e della tradizione giuridica. Il problema, insomma, risiede nell'eccessiva libertà lasciata al giudice di prescindere dalla Costituzione richiamando una decisione passata. Solo da questo punto di vista, il precedente è un elemento che segnala un allontanamento dal testo costituzionale e, pertanto, un aggiramento della normatività della Costituzione scritta¹⁷.

Queste posizioni dottrinali hanno trovato un primo riscontro nella sentenza *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees*¹⁸. Nella pronuncia, la maggioranza conservatrice elenca gli elementi che possono giustificare un *overruling*. Si tratta di cinque fattori: 1) la qualità del *reasoning*; 2) la praticabilità dell'applicazione (*workability*) del principio o della regola di diritto in esso contenuti alle circostanze del caso di specie; 3) la congruenza sistematica del precedente; 4) gli sviluppi delle circostanze di fatto a partire dal momento in cui il precedente è stato deciso; 5) l'affidamento delle parti private, dei poteri pubblici, delle corti e della società nel suo complesso nel principio di diritto contenuto nella decisione passata.

I cinque elementi menzionati corrispondono, in buona parte, alla lettura convenzionale della vincolatività del precedente costituzionale. Cionondimeno, il primo e il terzo dei fattori (la qualità del *reasoning* e la congruenza sistematica) meritano una particolare attenzione dal momento che consentono alla Corte di giustificare l'*overruling* del precedente non originalista. Infatti, la contestazione di tali decisioni insiste sempre sulla bontà del ragionamento giuridico ivi incorporato e sulla coerenza tra quest'ultimo e la costituzione scritta.

La sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹⁹, con la quale la Corte Suprema ha dichiarato l'inesistenza di un diritto all'aborto, rigettando sia *Roe v. Wade*²⁰ che *Planned Parenthood v. Casey*²¹, si iscrive in questo contesto teorico e costituisce la manifestazione più evidente dell'ultima trasformazione dell'orientamento originalista.

3. L'ultima trasformazione dell'originalismo in scena nella sentenza *Dobbs v. Jackson*

Nell'opinione di maggioranza della decisione *Dobbs*, Justice Alito scrive che il precedente *Roe v. Wade* è "egregiously wrong"²². Il giudice articola le ragioni della valutazione, condivisa dal blocco conservatore, attraverso un'analisi delle fonti della disciplina della pratica abortiva che percorre un arco temporale compreso tra le origini dell'esperienza costituzionale americana e i *Reconstruction Amendments* degli anni 1865-1870²³. Il caso *Dobbs* verteva, infatti, proprio sull'interpretazione del

¹⁷ Sul punto v. per esempio il *dissent* di Justice Scalia nella sentenza *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805, 825 (1989), il quale sosteneva: «I agree with Justice Douglas: 'A judge looking at a constitutional decision may have compulsions to revere past history and accept what was once written. But he remembered above all else that it is the Constitution which we swore to support and defend, not the gloss which his predecessors may have put on it'. Douglas, *Stare decisis*, 49 Colum. L. Rev. 735, 736 (1949)».

¹⁸ 38 S. Ct. 2448 (2018), *slip op.*, 34-35.

¹⁹ *Supra* nt. 4.

²⁰ *Supra* nt. 5.

²¹ 505 U.S. 833 (1992).

²² *Dobbs v. Jackson*, *slip op.*, 5.

²³ Il riferimento è in particolare agli emendamenti XIII, XIV e XV, adottati al termine della guerra civile per sancire la vittoria politica degli Stati del Nord. Le clausole costituzionali in questione, infatti, contengono il divieto di schiavitù (XIII); la *equal protection of the law* e la *privileges and immunity clause* a beneficio di tutti i cittadini

XIV Emendamento, offerta dalla sentenza *Roe*, secondo la quale la norma in questione tutela il diritto delle donne all'autodeterminazione nelle scelte riproduttive.

Se osservata dal punto di vista metodologico, la pronuncia *Dobbs* chiarisce che, almeno nell'opinione di una parte del collegio, la risposta alla domanda se esista o meno un diritto all'aborto debba essere ricercata interrogando la *legislation* e i *legal materials* a partire dalla *English common law* fino al periodo di adozione degli emendamenti della Ricostruzione. Questo metodo disegna il perimetro entro il quale è corretto ricavare un diritto fondamentale.

Ad avviso del giudice conservatore, la decisione *Roe* è viziata in quanto prescinde da un'analisi diacronica della cultura e della tradizione giuridica americana. La ricostruzione offerta da Alito muove dalla tesi per la quale si può ragionare di un *fundamental right* solo quando la pretesa è radicata nella tradizione e coerente con lo *scheme of ordered liberty* sul quale si fonda l'ordinamento. Per il giudice, la ricostruzione storica deve però essere temporalmente circoscritta in modo da offrire una fotografia della tradizione americana attorno all'epoca di adozione del XIV Emendamento. L'analisi presuppone, dunque, un'opzione per l'*original understanding* posto che, all'evidenza, il periodo storico intercorso tra i *Reconstruction Amendments* e la sentenza *Roe* non è oggetto di analisi. Sebbene l'impronta originalista della decisione sia evidente nella logica sottostante al ragionamento della maggioranza, l'originalismo non è mai espressamente menzionato come metodo di interpretazione costituzionale²⁴. Quest'ultimo è sostituito sostanzialmente da un'esegesi delle fonti che finisce per identificare il contenuto dell'emendamento sulla base della cultura e della tradizione giuridica della *Reconstruction Era*.

Da questa dettagliata analisi diacronica, documentata dalla lunga appendice al testo della pronuncia²⁵, il giudice redattore deriva che il XIV Emendamento non può essere interpretato nel senso di includere un diritto all'aborto come espressione della libertà delle scelte riproduttive. La ragione è che tale posizione giuridica non era affatto generalmente riconosciuta all'epoca della ratifica degli emendamenti successivi alla guerra di secessione. La ricostruzione è poi confermata da un'interrogazione dei materiali giuridici della *common law* dalla quale il giudice ricava la conferma della natura non fondamentale della pretesa al riconoscimento di un diritto all'aborto.

Nel ragionamento di Alito, la sentenza *Roe* è un precedente *wrongly decided* poiché non accoglie il metodo storico-ricostruttivo che identifica i diritti fondamentali con le pretese radicate nella tradizione americana. In questo senso, ogni preoccupazione rispetto all'opportunità di un'*overruling* deve essere superata poiché il compito della Corte è proprio quello di espungere il precedente errato dall'ordinamento.

americani (XIV) e il divieto di discriminazione razziale rispetto all'esercizio del diritto di voto (XV). Sul punto v. D.A. RICHARDS, *Conscience and the Constitution: History, Theory, and Law of the Reconstruction Amendments*, Princeton, N.J., 1993. Sul significato culturale degli emendamenti della ricostruzione v. J.M. DELOMBARD, *The Novel and the Reconstruction Amendments*, in P. WALD, M.A. ELLIOTT (eds), *The Oxford History of the Novel in English*, Vol. 6, 1879-1940, Oxford, 2014, 69 ss.

²⁴ R. SIEGAL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance*, in *Texas Law Review*, 101, (forthcoming 2023), disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4179622.

²⁵ *Dobbs v. Jackson*, slip op, 79-108.

Sul piano logico, la Corte afferma che la ragione per la quale la decisione *Roe* deve essere rigettata risiede nella circostanza per cui il ragionamento di quella pronuncia è smentito da una ricostruzione storica che, comunque, cristallizza il significato del XIV Emendamento all'epoca della adozione. Questa contestualizzazione della norma costituzionale è sufficiente alla Corte per concludere nel senso del rigetto del precedente poiché, avverte Alito, lo *stare decisis* non è un imperativo assoluto ("inexorable command")²⁶. Di più, ad avviso del giudice redattore la debole vincolatività del precedente deve essere riconosciuta soprattutto nella materia costituzionale dove l'abilità della Corte di procedere ad *overruling* ha segnato importanti tappe per una migliore comprensione del testo. Per dimostrare la sua tesi, Alito cita strategicamente due noti *overruling* operati dalla Corte guidata da maggioranze liberal: *West Coast Hotel v. Parrish*²⁷ e *Brown v. Board of Education of Topeka*²⁸. Con la prima decisione, una Corte Suprema a lungo recalcitrante in materia di legislazione sociale abbraccia la sensibilità politica del *New Deal* e rigetta *Lochner v. City of New York*, il precedente che aveva letto gli emendamenti V e XIV nel senso di riconoscere una *freedom of contract* che rendeva incostituzionale la legislazione sociale di limitazione della durata massima del lavoro settimanale per alcune categorie produttive²⁹. Con la seconda, la Corte guidata dal giudice liberal Earl Warren aveva finalmente rigettato la tesi della separazione delle razze, adottata dallo storico precedente *Plessy v. Ferguson*³⁰, così attivando il lento processo di desegregazione.

La maggioranza non è però compatta su questo profilo argomentativo. Il *Chief Justice* Roberts scrive separatamente, pur concorrendo nel risultato della decisione, per difendere lo *stare decisis*. Ad avviso di Roberts, la Corte poteva raggiungere la stessa conclusione senza rigettare lo storico precedente³¹. A non convincere è, in particolare, il parallelismo che Alito ha tracciato tra l'*overruling* di *Roe* e il rigetto di *Plessy* e *Lochner*³². Il *Chief Justice* evidenzia come si tratti di decisioni intervenute in circostanze molto diverse. Mentre *Dobbs* sottrae un diritto alle cittadine americane, riconosciuto da circa quaranta anni, *Brown* riflette un momento di consapevolezza della società statunitense e *West Coast* rispecchia le profonde trasformazioni politico-sociali dell'epoca del *New Deal*³³.

Equiparando l'*overruling* in contesti giudico-politici di estensione dei diritti alle fasce più deboli della popolazione all'operazione concettuale con la quale si annulla una decisione passata per, invece, escludere il riconoscimento di un diritto, *Justice* Alito manifesta alcune contraddizioni del ragionamento. La fondatezza degli storici *overruling* che cita, infatti, risiede nella circostanza per cui le sentenze che li hanno prodotti sono state accolte dalla comunità politica come conquiste di libertà, sedimentando una certa cultura giuridico-politica. In altri termini, si tratta pur sempre di precedenti non-originalisti nel metodo che, cionondimeno, hanno conquistato un posto nella storia del diritto costituzionale americano. Alito però soprassedie su questo aspetto e, nella medesima *opinion*, cele-

²⁶ *Dobbs v. Jackson, slip op.*, 37.

²⁷ 300 U.S. 379 (1937).

²⁸ 347 U.S. 483 (1954).

²⁹ 198 U.S. 45 (1905).

³⁰ 163 U.S. 537 (1896).

³¹ *Dobbs v. Jackson*, Roberts, C.J., concurring in the judgment, 1-2.

³² *Ibidem*, 11.

³³ *Ibidem*.

bra tanto la metodologia storico-ricostruttiva quanto il successo di precedenti che quell'approccio metodologico hanno smentito apertamente.

4. L'originalismo e il corpo delle donne

Il ragionamento della maggioranza nella decisione *Dobbs* radica il riconoscimento dei diritti nel momento storico di adozione degli emendamenti costituzionali. L'opzione metodologica è giustificata, sul piano teorico, con la necessità di tutelare il testo scritto che si assume marginalizzato dalla crescita esponenziale del diritto costituzionale per via giurisprudenziale. La prospettiva originalista è quella di preservare la Costituzione intesa come documento giuridico che delinea un modello di società la cui tutela è compito della Corte Suprema assicurare. Ciò non implica che gli Stati siano limitati nel loro potere di ampliare la tutela dei diritti ben oltre quanto previsto dalla Costituzione federale. Piuttosto, il ragionamento originalista punta a rinviare alla sede politica – e dunque alla volontà del popolo interpretata dai suoi rappresentanti – il riconoscimento di tutte le posizioni giuridiche non previste dalla Costituzione originaria. *Dobbs* rappresenta un esempio paradigmatico di questo approccio. Infatti, Alito scrive espressamente che le donne possono ambire al riconoscimento del diritto all'aborto attraverso l'esercizio delle loro libertà politiche, dal momento che possiedono tutti gli strumenti per agire politicamente e ottenere l'affermazione delle loro pretese³⁴.

L'appello al momento politico e al corpo elettorale è, tuttavia, carico di ambiguità per almeno due ragioni che è opportuno esplorare separatamente. In primo luogo, questo ragionamento nega apoditticamente un elemento della realtà fattuale ossia l'assenza della voce femminile nella fase costituente americana e in ogni momento politicamente significativo dall'adozione della Costituzione ai *Reconstruction Amendments*. La tesi della conservazione del significato originale del testo determina la cristallizzazione di un modello sociale che ha a lungo marginalizzato le donne attraverso la negazione della pienezza dei diritti di cittadinanza. In questo senso, l'originalismo perpetua un ordine di valori sul quale è stato costruito un consenso limitato ai soggetti politici legittimati a esprimersi all'epoca dell'adozione del testo costituzionale. Diversamente detto, il concetto di *original understanding* ignora che l'atto di volontà politica incorporato nella Costituzione non riflette necessariamente le istanze di coloro che non erano riconosciuti come soggetti politici nella fase costituente³⁵.

In secondo luogo, con l'argomento difeso nella pronuncia *Dobbs* la Corte intende rinunciare a esercitare una funzione contromaggioritaria ovvero a rispondere alle esigenze di protezione non accolte dal processo democratico. L'approccio contromaggioritario, infatti, muove dalla constatazione dell'esistenza di *claims* che non raggiungono il circuito politico per ragioni che hanno a che fare con il

³⁴ *Dobbs v. Jackson*, slip op., 65. In particolare, Justice Alito scrive: «Women are not without electoral or political power. It is noteworthy that the percentage of women who register to vote and cast ballots is consistently higher than the percentage of men who do so». Sul punto v. S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE Online*, v. 53, n. 3, 2022, disponibile all'indirizzo internet <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1661>.

³⁵ Sul punto v. anche R. SIEGAL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism—and Some Pathways for Resistance*, cit., 15.

limitato accesso alla rappresentanza del gruppo che avanza le richieste di tutela³⁶. La maggioranza in *Dobbs* si smarca dal problema negando che il diritto all'aborto necessiti di tutela giudiziale come istanza di protezione proveniente da una parte della popolazione femminile e non catturata dal circuito democratico. Al contrario, secondo il giudice Alito le donne hanno sufficiente peso politico – rappresentando, nella sua ricostruzione, una quota di elettori registrati più alta rispetto a quella degli uomini – per poter agevolmente ottenere il riconoscimento legislativo della pretesa di cui sono portatrici.

Il ragionamento di *Justice* Alito suggerisce che alle donne sia richiesto di superare due ostacoli giuridici e fattuali. Il primo è rappresentato dalla necessità di confrontarsi con il modello sociale della Costituzione originaria nella consapevolezza che l'esistenza femminile era lì immaginata come periferica e soggetta a condizionamenti di fatto che il diritto, specie costituzionale, non aveva l'ambizione di risolvere. Il secondo è invece costituito da quegli elementi di realtà, provati da dati ampiamente noti e discussi nel dibattito pubblico americano, che documentano le circostanze di marginalizzazione esistenziale, politica ed economica delle donne³⁷. Il riferimento è, in particolare, alla frequenza di episodi di violenza, anche domestica, alla ridotta (benché crescente) presenza femminile nei circuiti politici, alla scarsa partecipazione delle donne alla creazione di ricchezza e, per contro, alla sovra-rappresentazione delle donne nel mercato del lavoro sommerso o in alcune industrie illecite, come quella delle prestazioni sessuali. La distanza tra la ricostruzione della maggioranza e la realtà fattuale è stata giustificata dallo stesso giudice Alito. A chiusura dell'*opinion* si legge, infatti, che la Corte è tenuta a interpretare e applicare il dato giuridico e non a subire l'influenza delle circostanze di fatto o delle aspettative della società civile³⁸. Questa rigida separazione tra fatto e il diritto tradisce le simpatie formaliste dell'*originalism*, avanzate spesso dallo stesso giudice Scalia nelle fasi storiche in cui ha cercato di difendere il merito scientifico di questa dottrina dell'interpretazione³⁹.

Se osservato da questo punto di vista, l'*originalismo* propugna una visione del diritto costituzionale che marginalizza il contributo che le porzioni della società storicamente escluse dal riconoscimento dei diritti possono offrire all'attualizzazione del significato della Costituzione. In questo senso, *Dobbs* rigetta le letture della pratica abortiva che piuttosto che insistere sulla negazione della maternità, pongono in luce come la scelta di non proseguire la gravidanza rifletta spesso decisioni di vita scaturite da circostanze di fatto complesse e legate alla particolare realtà sociale, magari di svantaggio economico, in cui versa ciascuna donna. Di più, questa versione dell'*originalismo* nega il significato politico delle leggi restrittive che la sentenza *Dobbs* consente agli Stati di adottare. Imponendo la prosecuzione di gravidanze non volute, infatti, quelle leggi impediscono alle donne di pensare il corpo come proprio e di costruire un'esistenza libera da condizionamenti che molto hanno a che fare con un'impostazione tradizionale che concepisce lo spazio pubblico (e politico) come luogo maschile e lo spazio privato come posto di elezione delle donne. Questa separazione riflette poi una divisione dei

³⁶ V.B. FRIEDMAN, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, 73, 1998, 333.

³⁷ V. i dati elaborati dall'Institute for Women's Policy Research, disponibili all'indirizzo internet <https://statusofwomendata.org/about/>.

³⁸ *Dobbs v. Jackson, slip op.*, 69.

³⁹ C.R. SUNSTEIN, *Justice Scalia's Democratic Formalism*, in *Yale Law Journal*, 107, 1997, 529.

ruoli che esclude le donne dagli spazi di decisione politica e dalle *chance* di partecipazione economica.

5. Uno sguardo non originalista alla condizione femminile

Nella *dissenting opinion*, i giudici *liberal* Breyer, Kagan e Sotomayor hanno insistito sulla difesa dello *stare decisis*, chiarendo che il rigetto di un precedente necessita di almeno due valutazioni: a) un eventuale mutamento legislativo e b) il cambiamento delle circostanze di fatto nell'ambito delle quali è maturata la decisione. A questi due elementi si può eventualmente aggiungere l'apprezzamento dell'"età" del precedente, nel senso che l'autorevolezza della decisione passata aumenta con il tempo trascorso da quando è stata resa. Su questa base, l'*overruling* della decisione *Roe* è un errore di applicazione degli *standards* generalmente adottati per stabilire il rigetto di un precedente proprio in ragione dell'affidamento che milioni di donne hanno maturato nei confronti della regola di diritto ivi contenuta.

La difesa della dottrina dello *stare decisis* convive, nella *dissenting opinion*, con una timida critica all'analisi storica condotta dalla maggioranza. Per i giudici *liberal*, il vizio originario di quell'indagine è metodologico e consiste nel circoscrivere l'osservazione della realtà giuridica a un'epoca in cui le donne non avevano un peso politico reale. Si tratta pertanto di un'analisi che necessariamente penalizza gli interessi del gruppo sociale le cui istanze non erano né tenute in considerazione né rappresentate nel periodo storico oggetto di osservazione.

Questo giudizio sul metodo dell'analisi storica non revoca comunque in dubbio l'appropriatezza di un ragionamento che ricostruisce la fondatezza di una pretesa di protezione costituzionale alla luce del suo radicamento nel tessuto culturale e, dunque, della sua attitudine a esprimere la tradizione americana. Si tratta, invero, di un approccio condiviso anche da giudici non originalisti e che, anzi, rappresenta il metodo privilegiato per decidere della natura fondamentale o meno di un diritto costituzionale. La pronuncia *Obergefell v. Hodges*⁴⁰ ha impiegato questo approccio per sostenere l'esistenza di un *fundamental right to marry* che non tollerava discriminazioni⁴¹. A rendere problematico questo metodo di ricostruzione della natura fondamentale di un diritto nel caso *Dobbs* è il suo essere coerente con le posizioni espresse dall'originalismo inteso in senso ideologico, cioè come dottrina che predica il ritorno al modello della Costituzione liberale ottocentesca.

Osservata da questo angolo prospettico, l'adesione all'originalismo come dottrina privilegiata dell'interpretazione costituzionale da parte della quasi totalità dei giudici supremi – comprese la giudice *liberal* Kagan e la neonominata Brown Jackson⁴² – rappresenta una negazione del femminismo

⁴⁰ 576 U.S. 644 (2015).

⁴¹ D.H.J. HERMANN, *Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in Obergefell v. Hodges*, in *Indiana Law Journal*, 49, 2016, 367.

⁴² V. per esempio le affermazioni favorevoli all'impiego dell'*original understanding* delle giudici liberal Elena Kagan e Ketanji Brown Jackson: rispettivamente *The Nomination of Elena Kagan to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States. Hearing before the Committee on the Judiciary*, United States Senate One Hundred Eleventh Congress, Second Session June 28–30 and July 1, 2010, Serial No. J–111–98, 62, disponibile all'indirizzo <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111shrg67622/pdf/CHRG-111shrg67622.pdf> e *Committee on the Judiciary, Judge Ketanji Brown Jackson Written Responses to Questions for the Record*, 7,

politico di Justice Ginsburg, scomparsa nel 2020. Con l'espressione "femminismo politico" si intende qui indicare la visione della giudice secondo la quale la parità di genere poteva essere realizzata solo attraverso la garanzia eguale di *chances* di vita e di realizzazione, non sacrificate dalla stereotipizzazione dei generi⁴³. La parità e l'eguaglianza, infatti, erano per lei funzionali alla progressiva tutela dell'effettività dei diritti e delle libertà costituzionali riconosciuti dall'ordinamento alle donne, come agli uomini.

Interrogata sulla sua visione dell'esperienza dell'oppressione femminile, la giudice ha descritto in primo luogo le gabbie di vetro, talvolta costruite con intenti presuntivamente protettivi, che imprigionavano di fatto l'espressione dell'intelletto e della personalità femminile⁴⁴. Così, per Ginsburg «for a half century ... it remained the prevailing doctrine that government, both federal and state, could withhold from women opportunities accorded to men so long as any 'basis in reason' could be conceived for the discrimination»⁴⁵. La giudice faceva riferimento a una cultura e a un'impostazione dogmatica prevalente, senza però necessariamente connetterla all'esistenza di strutture istituzionali o di pensiero intenzionalmente oppressive. Per questa ragione, ella credeva che l'eguaglianza si potesse costruire a partire dall'eliminazione sistematica del pregiudizio nei confronti delle donne. La giudice era consapevole che talvolta la legge incorporava pregiudizi di genere, pur senza essere il frutto di strategie oppressive, ma più semplicemente di atteggiamenti culturali risalenti. Per esempio, nella sentenza *Sessions v. Morales Santana*,⁴⁶ Ginsburg denunciava, in un caso concernente la trasmissione della cittadinanza, l'esistenza di una certa narrativa di genere, sottesa a talune disposizioni legislative che prevedevano condizioni più vantaggiose per il trasferimento della cittadinanza al figlio straniero per la madre non sposata. La giudice coglie che la previsione legislativa poggiava sul pre-

disponibile all'indirizzo <https://www.judiciary.senate.gov/download/judge-ketanji-brown-jackson-written-responses-to-questions-for-the-record>. Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMEO, *La neogiudice Ketanji Brown Jackson e l'enigma della nuova Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, 709.

⁴³ Sul punto sia consentito rinviare a G. ROMEO, *Il femminismo politico di Ruth Bader Ginsburg: riflessioni a partire dalla sentenza Little Sisters Of The Poor V. Pennsylvania*, in I. SPIGNO, T. GROPPI, *Ruth Bader Ginsburg*, Bologna, in corso di stampa.

⁴⁴ Come riferisce nell'intervista J. TOOBIN, *Heavyweight. How Ruth Bader Ginsburg has moved the Supreme Court*, in *The New Yorker*, 3 novembre 2011, disponibile all'indirizzo www.newyorker.com/magazine/2013/03/11/heavyweight-ruth-bader-ginsburg; v. anche Id., *The Nine*, New York, 2007, 82-83.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ 132 S.Ct. 1678 (2017). Il caso riguardava l'acquisizione della cittadinanza per nascita. Il ricorrente è un cittadino straniero, condannato per una serie di reati e destinatario di un provvedimento di espulsione. Egli appella il decreto di *removal* e dichiara di essere in realtà cittadino americano *by birth*, pur essendo nato nella Repubblica Dominicana. Il padre, infatti, era cittadino degli Stati Uniti, benché residente all'estero al momento della nascita. Tuttavia, l'*Immigration and Nationality Act*, nella versione in vigore al momento dei fatti, sottoponeva la trasmissione della cittadinanza al figlio, quando uno dei genitori è cittadino straniero e la nascita avviene in territorio estero, a talune condizioni. In particolare, il genitore cittadino americano doveva dimostrare di aver risieduto negli Stati Uniti per almeno dieci anni, cinque dei quali nel periodo successivo al compimento del quattordicesimo anno di età. La legge prevedeva una sola eccezione per le madri non sposate, la cui cittadinanza poteva essere trasmessa al figlio nato all'estero alla condizione, assai meno restrittiva di aver vissuto almeno un anno negli Stati Uniti in un qualunque periodo di vita precedente alla nascita del figlio. Justice Ginsburg rintraccia, in questa differenza di trattamento una violazione del V Emendamento per discriminazione sulla base del sesso.

supposto di fatto per cui la responsabilità di cura è generalmente affidata alle donne. Da questa consapevolezza nasce la necessità che l'interprete sia informato dei mutamenti sociali e capace di discernere il clima storico-culturale all'interno del quale sono state redatte talune leggi per dischiudere ricostruzioni che possono apparire lontane dal testo, ma aderenti alla trama dei principi costituzionali (in particolare quello dell'uguaglianza)⁴⁷ e allo sviluppo del *case law*. Diversamente detto, l'interprete può e deve affrancare la legge dagli stereotipi di genere, senza dover esser tacciato per questo di occupare il terreno del legislatore.

In ragione di questa sensibilità femminista, lo stile argomentativo di Ginsburg era caratterizzato dall'analisi di dati numerici e circostanze fattuali di vita delle donne, specialmente se lavoratrici e a basso reddito. Piuttosto che indagare le costruzioni concettuali che presidiano certe scelte legislative o certe posizioni intellettuali, per esempio quelle anti abortiste, Justice Ginsburg decideva di seguire una strada diversa: la descrizione e la comprensione della posizione delle donne, con l'obiettivo di migliorarne la condizione nell'ordinamento giuridico e, di riflesso, nella società e nella comunità politica. Il metodo della giudice era femminista nella misura in cui mirava all'esposizione dei dati di realtà e, quindi, alla costruzione di un argomento che fosse ancorato al fatto e non schiavo di posizioni ideologiche o di ricostruzioni storiche avulse dalla realtà contemporanea. La dimensione politica del suo femminismo era, invece, visibile nel concepire autonomia ed eguaglianza delle donne come termini coestensivi: l'una attira a sé l'altra e senza la prima, la seconda non può essere realizzata. In questa precisa prospettiva, l'autonomia delle donne, nel senso dell'indipendenza ottenuta attraverso l'emancipazione dal controllo del maschile, era sempre politica perché serviva a guadagnare un posto nella società civile, al di fuori delle mura domestiche.

Per questa ragione, la giudice difendeva il diritto all'aborto come scelta di autodeterminazione riproduttiva, sul presupposto che una gravidanza non voluta imponesse – almeno in certe circostanze – scelte che avrebbero condizionato l'intera esistenza delle donne interessate.

Nell'opinione dissenziente della decisione *Dobbs* – forse complice l'assenza della neogiudice Brown Jackson, non ancora in carica – non vi è traccia di questo approccio se non in alcune affermazioni che sembrano però insistere più sul tema dell'affidamento che il precedente *Roe* aveva generato, che sulla natura dell'interesse protetto dal diritto alla libertà delle scelte riproduttive⁴⁸. Se fosse stata presente, la giudice Ginsburg avrebbe probabilmente ancora una volta posto l'accento sulla circostanza per cui il diritto all'aborto non solleva soltanto un interrogativo di libertà, ma anche uno di eguaglianza. In altre parole, questo diritto non corrisponde soltanto al riconoscimento di uno spazio di libertà della donna, ma anche a uno strumento per garantire – specialmente nelle situazioni di svantaggio economico – chance di vita e realizzazione attraverso la posticipazione nel tempo o l'esclusione dell'esperienza della maternità.

⁴⁷ Sull'appartenenza del principio della *gender equality* alla *Constitution* v. il confronto tra i giudici Scalia e Ginsburg riportato in *Justices Scalia and Ginsburg on the First Amendment and Freedom*, in *C-SPAN* (17 aprile 2014), <https://www.c-span.org/video/?318884-1/conversation-justices-scalia-ginsburg-2014>.

⁴⁸ *Dobbs v. Jackson*, cit., slip op., 148 (Breyer, J., Kagan, J., Sotomayor, J., dissenting opinion): «For half a century, *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973), and *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992), have protected the liberty and equality of women. *Roe* held, and *Casey* reaffirmed, that the Constitution safeguards a woman's right to decide for herself whether to bear a child».

Se si osserva la difesa delle tesi originaliste dal punto di vista dei diritti delle donne appare chiaro come l'originalismo metta in discussione la concezione dell'eguaglianza come percorso progressivo di estensione delle *chances* di emancipazione sociale che la giudice propugnava⁴⁹. Persino Ginsburg riconosceva il successo dell'originalismo; chiariva però che la dottrina era condivisibile solo se intesa come richiamo all'ispirazione fondamentale del costituzionalismo americano, cioè alla centralità delle idee di libertà e di eguaglianza. Questa diade si realizzava nel progressivo allargamento della base sociale e nella difesa degli spazi di libertà privata del singolo. Per la giudice, questa graduale storia di liberazione ed emancipazione avrebbe dovuto riguardare anche le donne, le quali dovevano essere poste nella condizione di costruire un progetto di vita a prescindere dalle aspettative sociali imposte e dai ruoli che, anche inconsapevolmente, il diritto aveva contribuito a cucire loro addosso. Per dimostrare le sue tesi, la giudice citava dati empirici, statistiche, circostanze di fatto. Di questo approccio attento a richiamare la realtà dell'oggi a fronte della tutela degli equilibri costituzionali e delle strutture di pensiero dell'epoca dei Padri Fondatori vi è scarsa traccia in *Dobbs*. In questa sentenza manca, dunque, una voce non originalista sulla condizione femminile.

Il cedimento al *mainstream* originalista non implica, come si è tentato di dimostrare, che i *liberal* abbiano rinunciato alla difesa dello *stare decisis* e, per questa via, a tutelare talune delle conquiste in tema di diritti civili. Questa resa però è carica di implicazioni per il riconoscimento dei diritti delle donne e, soprattutto, per le battaglie di emancipazione che hanno caratterizzato la giurisprudenza americana tra gli anni Settanta e Novanta.

⁴⁹ V. per esempio R. BADER GINSBURG, *Speaking in a Judicial Voice*, in *New York University Law Review*, 67, 1992, 1185. Per Ginsburg il femminismo non deve necessariamente tradursi in una critica distruttiva delle istituzioni e degli istituti giuridici, la rappresentanza, la famiglia e così via. Piuttosto, il femminismo deve porsi innanzitutto il problema di essere politico ossia di determinare conseguenze nell'elaborazione e nell'applicazione del diritto esistente nelle comunità politiche. E, infatti, in non poche occasioni Justice Ginsburg evidenzia la necessità di interpretare la legge in chiave di sradicamento delle costruzioni pregiudiziali che assegnano necessariamente un certo posto alle donne (e agli uomini, per conseguenza) in virtù della mera appartenenza di genere. Un esempio è l'*opinion* nella decisione *Sessions v. Morales Santana*, 137 S. Ct. 1678 (2017). Il percorso argomentativo della giudice riproduce alcuni dei *topoi* del pensiero liberal: l'esistenza di una certa narrativa di genere sottesa a talune disposizioni legislative risalenti nel tempo, la necessità che l'interprete sia consapevole dei mutamenti sociali e capace di discernere il clima storico-culturale all'interno del quale sono state redatte talune leggi per eventualmente dischiudere ricostruzioni lontane dal testo, ma aderenti alla trama dei principi costituzionali e allo sviluppo del *case law*.

Per un'etica della differenza femminile

Grazia Zuffa*

TOWARDS AN ETHICS OF FEMALE DIFFERENCE

ABSTRACT: The ruling of the US Supreme Court *Dobbs vs Jackson*, which has taken away women's constitutional right to reproductive autonomy, shows the permanence of the political and ethical conflict on abortion, more than fifty years after the legalization of abortion. The article illustrates the Italian public debate since the approval of the reform in the Seventies (l.194/78), highlighting the political and ethical position inspired by the concepts of gender difference and female "authority" in procreation, rooted in women's experience of "giving birth to humans". In accordance with gender difference, women's reproductive autonomy is an ethical principle, which recognizes women as free and responsible subjects. If this principle is challenged, women are reduced to their bodies and degraded to "nurturing systems of life". The ethics of female "authority" in generation restores the full human meaning of "coming to life", against the "biological essentialism" of the catholic doctrine as well as of parts of secular culture.

KEYWORDS: Reproductive autonomy; gender difference; female authority in procreation; biological essentialism; catholic and secular cultures

ABSTRACT: La sentenza della Corte Suprema *Dobbs vs. Jackson*, che ha cancellato il diritto costituzionale all'autodeterminazione riproduttiva, mostra, ben oltre i confini americani, la persistenza del conflitto etico e politico sull'aborto, a oltre cinquanta anni dalla fine del regime di proibizione. L'articolo ripercorre il dibattito italiano a partire dagli anni settanta e dall'approvazione della l.194/78, mettendo in evidenza la posizione etica e politica ispirata al "primato" femminile nella procreazione, radicato nella esperienza delle donne di "mettere al mondo" il vivente. In coerenza col riconoscimento della differenza di genere, l'autodeterminazione è un principio etico che vede la donna come soggetto libero e insieme responsabile: negandolo, si riduce la donna a muta corporeità, degradandola a "sistema di approvvigionamento di vita". L'etica del primato femminile nella procreazione restituisce la piena umanità del "venire al mondo", contro l'essentialismo biologico della dottrina cattolica e di settori della cultura laica.

PAROLE CHIAVE: Autodeterminazione riproduttiva; differenza di genere; primato femminile nella procreazione; essentialismo biologico; dottrina cattolica e cultura laica

* Presidente de' La Società della Ragione onlus, componente del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail:zuffagrazia@gmail.com. Contributo su invito.

SOMMARIO: 1. L'aborto, al centro della restaurazione – 2. Nell'intreccio di etica e politica – 3. L'attacco alla autonomia riproduttiva – 4. I "diritti" del non-nato – 5. La l. n. 194 e l'ambiguità della scelta femminile – 6. Il dopo-legalizzazione: la donna da "vittima" a "egoista irresponsabile" – 7. Etica individuale ed etica relazionale – 8. Il matricidio simbolico e la disumanizzazione della nascita.

1. L'aborto, al centro della restaurazione

La sentenza della Corte Suprema statunitense *Dobbs v Jackson* – che ha eliminato dalla Costituzione il diritto all'autodeterminazione riproduttiva demandando al potere legislativo dei singoli stati (senza più alcun vincolo costituzionale) – è un segnale preoccupante ben oltre i confini americani. Dice a tutti e tutte noi, cittadini e cittadine dei paesi di democrazia avanzata, che la restaurazione dei "valori" familiari tradizionali è fondante del pensiero neo-conservatore. E poiché di quei valori la donna non può che essere la "naturale" custode, ne consegue la necessità di rimettere la donna e il suo corpo al "giusto posto", riassoggettata a un potere altro da lei: che storicamente ha preso le forme del controllo maritale, del controllo medico, di quello della legge. L'aborto e la sua collocazione giuridica rimangono perciò una questione politica cruciale: tanto più al presente, considerato che le altre forme di controllo, quello maritale *in primis*, sono difficilmente praticabili, perché urterebbero frontalmente con il sentire femminile ma anche con un sentire sociale diffuso. Per di più, se è l'attacco all'aborto legale è da sempre la carta privilegiata della destra, non è però mai stato delimitato in quel recinto politico ideologico. Questo è vero anche nel contesto italiano, come mi accingo ad illustrare. L'opposizione all'autodeterminazione femminile nella procreazione è favorita anche dalla scarsa presenza – e dalla diffusa sottovalutazione – del patrimonio di pensiero femminile nella cultura politica e mediatica (in Italia ma non solo). Nei circa cinquanta anni successivi allo sgretolamento della proibizione sotto l'incalzare dei movimenti neo-femministi, il dibattito si è svolto, salvo rare eccezioni, come se le donne non avessero detto niente di significativo. «Si pontifica di morale non dando nessun valore alla parola femminile, come se fosse irrilevante chi abortisce», nota puntualmente Cecilia D'Elia¹.

Da qui l'insistenza con cui il tema aborto e la sua sistemazione giuridica si propongono e ripropongono sotto diversi cieli, pressoché con la stessa carica di conflitto con cui si sono presentati all'inizio. Ciò non significa che il confronto/scontro si sia dispiegato negli stessi termini, ovviamente. Analizzeremo in dettaglio lo sviluppo del dibattito, iniziando com'è naturale dalla sentenza statunitense.

2. Nell'intreccio di etica e politica

In premessa, è però opportuna una notazione circa l'intreccio fra etica e politica, nella elaborazione delle donne e più in generale nel dibattito pubblico. Da un punto di vista politico, l'aborto non è mai stato solo un problema di legge, per le donne; quanto di affermazione di soggettività a partire da quel corpo "differente", sottoposto al potere patriarcale. Da qui il significato dirompente della presa di parola sulla *esperienza* femminile della sessualità e della maternità; e dell'aborto, perché proprio

¹ C. D'ELIA, *L'aborto e la responsabilità*, Roma, 2008, 9.

in quell'accadimento la legge di proibizione rendeva manifesta, anche simbolicamente, la reificazione estrema del corpo di donna, ridotto a contenitore di un processo vitale – o meglio a «sistema di approvvigionamento di vita»². L'aborto ("libero, gratuito e assistito", per usare lo slogan del movimento femminista della metà degli anni settanta) era (ed è) un obiettivo squisitamente politico, in quanto ridisegna il terreno del rapporto/conflitto fra i sessi, oltre a misurarsi con gli aspetti di minaccia alla salute e di ingiustizia sociale dell'aborto clandestino. Ed è al tempo stesso un dilemma bioetico, perché si confronta con la differenza del corpo di donna, quel corpo capace di mettere al mondo il/la vivente: una bioetica alla ricerca di principi nella *esperienza del soggetto sessuato vivente*, vale la pena di sottolinearlo di nuovo; e che proprio per questo è capace di nutrire la politica, anch'essa bene ancorandola a quel vissuto.

Da quei lontani anni settanta, lo scenario è progressivamente cambiato, nel rapporto fra etica e politica e l'aborto segnala vividamente il cambiamento. Superato il proibizionismo, e con ciò arginato lo scandalo sociale della clandestinità, la politicità dell'aborto è entrata in ombra, a favore di un dibattito imperniato su principi e valori "etici" (bene esemplificato dal dibattito sull'attribuzione di diritti all'embrione). Alla radice dello slittamento, c'è di certo la scelta di ignorare l'elaborazione femminile, nella sua potenzialità di tenere insieme etica e politica, con un approccio originale che scompagina l'egemonia dei tradizionali schieramenti, dell'etica laica e dell'etica cattolica.

Hanno influito però anche altri fenomeni, *in primis* il progressivo indebolimento della politica, priva di un orizzonte di trasformazione alimentato da ideali – di uguaglianza, di giustizia sociale, di realizzazione umana. Da qui la tendenza a spostare sempre più temi e problematiche sul piano etico, alla ricerca di principi "assoluti", sganciati dalla concretezza della storia, dei rapporti sociali, dei rapporti fra i sessi: sganciati cioè dal discorso politico, nella sua versione più alta. Il risultato è un connubio della cultura laica e della cultura cattolica nel tradurre questioni politiche e giuridiche senza alcuna mediazione in "questioni etiche".

Per il campo cattolico, l'abuso dell'etica operato dalla Chiesa ufficiale avviene nelle forme più tradizionali della morale naturale, laddove la natura è intesa nel senso strettamente biologico. L'esito è un nudo riduzionismo biologico condensato nella "sacralità della vita": dagli anni ottanta in poi, questa posizione contraddistingue la Chiesa in tema di aborto e tecnologie riproduttive³; con considerevole influenza anche in campo laico, come si vedrà più avanti.

3. L'attacco alla autonomia riproduttiva

La sentenza *Dobbs* annulla le precedenti sentenze *Roe* e *Casey*, che avevano offerto protezione costituzionale al diritto della donna di decidere se portare avanti una gravidanza oppure no⁴. Con la sen-

² B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Torino, 1994.

³ E. FATTORINI, *Legge e morale nella obiezione di coscienza*, in *Memoria*, 26, 2, 1989, illustra il conflitto fra la posizione della Chiesa, di assolutizzazione della natura secondo un impianto positivista, e la teologia morale di autori quali Karl Rahner e Jurgen Moltmann, secondo cui non c'è nulla di assoluto nella creazione, neppure la vita, tantomeno la legge: le scelte etiche del cattolico si esprimono dunque, anche rispetto alla morale cattolica, nella libertà e responsabilità dei credenti.

⁴ Secondo queste sentenze, il diritto all'aborto aveva come limite temporale lo stadio di sopravvivenza del feto fuori dal corpo della madre.

tenza *Roe*, il diritto all'autonomia riproduttiva si radicava nel XIV emendamento che protegge la libertà personale. L'autodeterminazione si presentava quale requisito essenziale per assicurare la libertà personale del soggetto femminile, garantendo così l'eguaglianza⁵. I fondamenti costituzionali dell'aborto – libertà personale ed eguaglianza – sono illustrati con efficacia dai giudici dissenzienti (Breyer, Sotomayor e Kagan): «Rispettare una donna come essere autonomo nel riconoscimento della piena uguaglianza significava darle la facoltà di scelta circa le decisioni più personali e più gravide di conseguenze sulla propria vita»⁶.

La sentenza *Dobbs* attacca la precedente impostazione ponendosi dal punto di vista del feto, poiché – sostiene – per effetto delle sentenze *Roe* e *Casey* il feto sarebbe privo del più elementare dei diritti, il diritto alla vita. E infatti *Dobbs*, pur non nominando mai né le donne né i loro diritti, molto si spende sull'interesse degli Stati a proteggere la vita del feto. Con l'eliminazione della garanzia costituzionale per i diritti delle donne, il bilanciamento degli interessi della donna e del feto è affidato agli stati. Ma proprio l'eliminazione di tale garanzia *in nome dei diritti del feto* offre di fatto agli stati una indicazione politica e legislativa: gli stati sono cioè incoraggiati a emanare leggi per vietare l'aborto⁷.

Vale la pena menzionare l'interpretazione “originalista” della Costituzione, in base alla quale *Dobbs* ha negato la copertura costituzionale all'autonomia riproduttiva. Secondo questa dottrina, i diritti costituzionali per essere tali devono essere radicati nella storia e nella tradizione americana: il diritto all'aborto non avrebbe questi requisiti. A riprova, è citato il passato di proibizione dell'aborto, mentre i cinquanta anni successivi alla sentenza *Roe* vengono espunti dalla tradizione. Con tale argomentazione, l'aborto diventa la punta di diamante e il simbolo dell'attacco a tutte le conquiste di diritti civili degli anni settanta, la carta di identità della restaurazione neoconservatrice⁸.

La sentenza *Roe* è inoltre accusata di “usurpazione di poteri” poiché avrebbe sottratto al popolo la decisione circa una questione di grande importanza morale e sociale come l'aborto. Con ciò *Dobbs* opera un radicale rovesciamento istituzionale: la Corte Suprema ha infatti una funzione di garanzia nel presidiare i diritti fondamentali. Tali diritti non possono essere affidati alle maggioranze politiche poiché costituiscono il tessuto di principi e regole di civiltà condiviso, in cui tutti i cittadini e le cittadine sono chiamati a riconoscersi. Dunque, il declassamento dell'autonomia riproduttiva – da diritto costituzionale a questione «di morale e di politica» – è una diretta lesione allo status di cittadinanza

⁵ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, *The Constitutional right to reproductive autonomy: realizing the promise of 14th amendment*, 2022, in <https://reproductiverights.org/constitutional-right-reproductive-autonomy-14th-amendment/>. La posizione del *Center for Reproductive Rights* è articolata: si difende l'autonomia riproduttiva riconosciuta dalla sentenza *Roe*, ma al tempo stesso la si giudica insufficiente per assicurare l'equità sociale e garantire il diritto di aborto alle donne appartenenti alle minoranze etniche. Per questo si invoca anche “il diritto alla eguale protezione e libertà dalla discriminazione.”

⁶ Traduzione mia.

⁷ M.G. GIANMARINARO, *La sentenza Dobbs v. Jackson e il diritto costituzionale delle donne all'autodeterminazione*, in *Giudicedonna.it*, 1, 2022, in bit.ly/3YeGbqz.

⁸ M.G. GIANMARINARO, *op. cit.*, ragiona sulle conseguenze dell'interpretazione “originalista” in altri campi dei diritti civili: «se la tradizione giuridica americana dovesse essere valutata [...] senza una particolare considerazione della sua evoluzione più recente, perfino la schiavitù o quanto meno la segregazione razziale – peraltro esecrata dalla Corte – potrebbe essere considerata più radicata nella storia americana rispetto alle conquiste della stagione di diritti civili».

delle donne. *Dobbs* lede così il principio di uguaglianza fra donne e uomini poiché alle donne non è riconosciuta la scelta «circa le decisioni più personali e più gravide di conseguenze sulla propria vita». Libertà personale e uguaglianza sono principi fondamentali anche per la tradizione europea, e a questi si rifà ad esempio il giurista Luigi Ferrajoli. Per Ferrajoli la differenza femminile si sostanzia nel “diritto-potere di generare”: negare la libertà di scelta su aborto e procreazione equivarrebbe a disporre del suo corpo come mezzo per fini a lei estranei, violando la libertà delle donne e l’uguale valore delle persone⁹.

Dobbs muove all’attacco dell’autonomia femminile in nome dell’embrione e dei suoi diritti. Sotto diversi cieli e diversi orientamenti culturali, la questione embrione si è andata affermando come bandiera in opposizione all’autonomia riproduttiva delle donne: sventolata anche, anzi soprattutto, in America, dal movimento antiabortista. Lì è approdata nelle aule di tribunali, dove alcuni giudici di stati conservatori, in cause concernenti di solito donne minorenni che vogliono interrompere la gravidanza, nominano un legale rappresentante del feto. Dopo che l’accesso all’aborto non è più riconosciuto come diritto costituzionale, è naturale aspettarsi che la tendenza a riconoscere la personalità giuridica del feto si rafforzi¹⁰.

4. I “diritti” del non-nato

Il «cittadino embrione»¹¹ è figura che emerge nel discorso pubblico verso la fine degli anni ottanta, accompagnando la difficile applicazione delle leggi di legalizzazione, da un lato; dall’altro, il progressivo sviluppo tecnologico nel campo della gravidanza e della procreazione medicalmente assistita. Verso la fine degli anni novanta, le tecnologie della riproduzione assistita hanno già trasformato l’immagine della maternità e hanno rafforzato la rappresentazione del feto “separato” e “autonomo” dalla donna gravida. Il processo inizia con le tecnologie visive della gravidanza, che rendono “trasparente” il corpo della futura madre e si ripercuotono sul vissuto femminile: come magistralmente argomenta Barbara Duden, sono le donne stesse a viverci come «sistema di approvvigionamento di vita».

Scrivo Duden a proposito dello slittamento di senso della gravidanza e di percezione della stessa da parte della donna: «Il bambino è diventato un feto, la donna incinta un sistema uterino di approvvigionamento, il nascituro “una vita” e la “vita” un valore cattolico-laico quindi onnicomprensivo. Con stupore e sgomento ho seguito questo ribaltamento della percezione della gravidanza nella socie-

⁹ L. FERRAJOLI, *Il significato del principio di uguaglianza*, in *Democrazia e Diritto*, 2-3, 1994, 475-488.

¹⁰ L. PORTUONDO, *A push to recognize the rights of the unborn is growing in America*, in *The Economist*, 7 July 2022, <https://www.economist.com/united-states/2022/07/07/a-push-to-recognise-the-rights-of-the-unborn-is-growing-in-america>.

¹¹ Col «cittadino embrione», riprendo il titolo di un capitolo del libro sulle tecnologie riproduttive scritto da me e Maria Luisa Boccia sul finire degli anni novanta (M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L’eclissi della madre. Fecondazione artificiale, tecniche, fantasie, norme*, Milano, 1998). Circa il passaggio dalla personificazione dell’embrione all’attribuzione di diritti, cfr. anche T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica, di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998, e M.L. BOCCIA, *L’embrione sovrano*, in S. BONSIGNORI, I. DOMINIANNI, S. GIORGI (a cura di), *Si Può. Procreazione assistita, norme, soggetti, poste in gioco*, Roma, 2005.

tà»¹². Per Duden, questo ribaltamento pone una questione epistemologica e insieme di teoria della storia, molto difficile da porre nel bel mezzo «della guerra per la salvezza della vita»¹³. Si afferma un concetto di “vita” lontano dall’esperienza della donna che avverte la crescita del figlio/a dentro di sé. Il vissuto femminile si fonda sull’inscindibile fusione di corpo/ mente, di pensiero ed emozioni, che, a partire dal processo biologico, lo trascende nella “fabbricazione” dell’umano, il bambino/la bambina che nascerà. A questa opera umana della madre nel suo corpo vivente si contrappone la “sacralità della vita”, ridotta al processo biologico. Su una pura entità biologica, l’embrione, si costruisce l’immagine del “feto pubblico” che reclama la vita a prescindere dalla madre, ridotta ad “ambiente di vita”. Se la nuova costruzione simbolica del feto pubblico ha acquistato consistenza “scientifica” con le tecnologie visive che rendono trasparente il corpo della donna incinta, la creazione dell’embrione in provetta con lo sviluppo delle tecnologie della riproduzione conclude il processo di “autonomizzazione” del feto¹⁴. «Il corpo vetrina, simbolicamente ridotto ad ambiente di vita, con le tecnologie riproduttive si materializza come tale: un utero in cui collocare il prezioso prodotto del laboratorio del biologo»¹⁵.

La “vita nascente” diventa così protagonista nel dibattito pubblico degli anni successivi alla legalizzazione dell’aborto, attraverso una ridefinizione epistemologica della scena della procreazione, in cui si inserisce la questione aborto: che rimane evento cruciale su cui si condensano le conseguenze del “ribaltamento” di cui Duden parla .

Per comprendere la dialettica attuale della “scelta femminile” versus la “tutela della vita nascente”, è utile ricostruirne il percorso storico, iniziando dal dibattito intorno a quella che sarebbe stata la l. n. 194/1978.

Già allora si configurano le diverse etiche: da quelle tradizionali, l’etica laica e l’etica cattolica, nelle loro divergenze e convergenze, segnalate da Duden, alla nuova etica della differenza femminile, che mette al centro la relazione con il nascituro nel corpo vivente e pensante della madre.

5. L’ambiguità della scelta femminile nella legge 194/1978

Nel pieno della battaglia per superare il proibizionismo, i due schieramenti sono divisi dal ruolo del diritto penale, con il mondo politico cattolico perlopiù restio a rinunciare alla valenza, *in primis* simbolica, della proibizione. Dal canto loro, la gran parte dei laici sostenitori di una nuova legge si appellano alla “debolezza” delle donne, “costrette” all’aborto dalle contraddizioni sociali, e poste a rischio della vita e della salute per l’illegalità: proprio questa immagine di oppressione contribuiva a smussare il significato dell’aborto come “scelta”, nella norma della legge che lasciava a lei la decisione finale. Al nocciolo, l’autodeterminazione non rappresentava tanto un riconoscimento di soggettività alle donne, quanto piuttosto la rinuncia dello Stato a imporsi – con un potere decisionale a lei esterno –

¹² B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico*, cit., 8.

¹³ *Ibidem*, 8.

¹⁴ G. ZUFFA, *Senza la madre, la tentazione dei diavoli*, in S.BONSIGNORI, I.DOMINIANNI, S.GIORGI (a cura di), *Si Può. Procreazione assistita, norme, soggetti, poste in gioco*, cit., 59-69.

¹⁵ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L’eclissi della madre*, cit., 63.

rispetto a una “non scelta” della donna, legata – come detto – a una situazione di arretratezza socio-culturale¹⁶.

Si badi che tale interpretazione della decisione finale alla donna permetteva alle forze laiche di matrice marxista di trovare un punto di incontro con gli orientamenti cattolici democratici. Sono illuminanti le parole della senatrice Giglia Tedesco, protagonista della battaglia parlamentare: «Consentire che la valutazione e la decisione finale spetti a lei riflette il fatto che si tratti di uno stato speciale di necessità che solo la donna alla fine può valutare»¹⁷. La raffigurazione della donna “costretta” ad abortire ridimensionava la sua autonomia, e dunque bene si accordava con l'altro pilastro ideale della legge: il ruolo dello Stato nella “tutela della vita umana fin dal suo inizio”, contenuta all'articolo 1.

Lo Stato non si ritrae dall'ambito della procreazione e mantiene appieno la sua potestà regolativa, anche se mutata di segno. Come ribadisce Tedesco, lo Stato non rinuncia affatto a intervenire, si ritira però dal terreno penale per un più efficace coinvolgimento sul piano sociale. Il penale non è però del tutto abbandonato poiché «mancando questo coinvolgimento, l'aborto rimane reato»¹⁸.

Il «coinvolgimento del sociale» in un evento così personale e così «gravido di conseguenze sulla vita» della persona (per citare ancora le parole dei giudici americani dissenzienti) ha inevitabilmente una valenza ambigua, rafforzata dalla scelta di mantenere l'aborto illegale al di fuori delle strutture pubbliche¹⁹. Dal fronte laico, il ricorso obbligato al pubblico è motivato quale strumento di più efficace impegno della società “a non lasciare sola” la donna. Laura Conti acutamente definisce «raggelante» l'idea «che la solidarietà possa essere non già offerta, bensì imposta» così come è raggelante identificare la libertà con la «solitudine»²⁰. Il “solidarismo autoritario” è una tendenza culturale presente in settori di sinistra, così come in settori cattolici, riscontrabile in molti altri ambiti (si veda ad esempio il dibattito sulle droghe e la tossicodipendenza). Tuttavia, nell'imposizione del canale pubblico per l'aborto traspare una più decisa declinazione del concetto (e della pratica) della “solidarietà” in “potere di controllo”, per altro segnalato dal permanere del divieto di aborto al di fuori di certe condizioni (non solo l'obbligo del pubblico, anche quello dei sette giorni di “riflessione” obbligata)²¹. Peraltro, la competenza normativa dello Stato rimane scolpita nell'articolo 1, nel ribadito compito di «tutela della vita umana dal suo inizio». Alla base della 194 non c'è dunque l'autonomia riproduttiva (come nella sentenza *Roe*) e infatti la legge italiana è differentemente incardinata nella «tutela della salute psicofisica» della donna²².

¹⁶ C. D'ELIA, *L'aborto e la responsabilità*, cit.

¹⁷ Dal discorso pronunciato da G. Tedesco in Senato nella seduta del 10 maggio 1978, riportato in C. D'ELIA, *op. cit.*, 50.

¹⁸ IBIDEM.

¹⁹ L'interruzione volontaria di gravidanza – si badi – è l'unico intervento sanitario per cui esiste l'obbligo di rivolgersi alla struttura pubblica; anche perché, nel campo della salute, di norma si valorizza la scelta del paziente.

²⁰ L. CONTI, *Il tormento e lo scudo. Un compromesso contro le donne*, Milano, 1981, 47.

²¹ *Ibidem*.

²² Per l'impianto della 194, si veda la sentenza della Corte Costituzionale n.27 del 18 febbraio 1975, che dichiarò non punibile l'aborto terapeutico sulla base della non equivalenza del diritto alla vita e alla salute «di chi è già persona» e «di chi persona deve ancora diventare», ribadendo al contempo il fondamento costituzionale della «tutela del concepito».

Si alzano anche altre voci autorevoli, in ambito laico, che attribuiscono all'autodeterminazione un significato che va oltre la lettera della legge e, soprattutto, la lettura dell'aborto come "non scelta" della donna-vittima, incapace di governare le contraddizioni sociali fra l'essere donna e l'essere madre. Per questi laici, il riconoscimento alle donne del potere di decisione se interrompere o meno una gravidanza rappresenta la presa d'atto della particolare e irripetibile situazione che lega la donna al concepito, ossia del potere femminile di procreare²³. Questa è la posizione che più si avvicina all'elaborazione dell'arcipelago femminista, poiché mette in relazione la limitazione del potere proibitivo/regolativo della legge alla presa d'atto della differenza femminile. Nell'ambito di una concezione di "diritto mite", si riconosce che quel che c'è prima della nascita non riguarda il diritto, che è impotente e può solo far danni²⁴. La lettura della "impotenza del diritto" mostra un punto di convergenza con settori del movimento femminista, vedi il gruppo "Rivolta Femminile" fondato da Carla Lonzi. Lonzi dichiara l'estraneità alla modifica della legge di proibizione poiché «da uno a tre milioni di aborti clandestini calcolati in Italia ogni anno costituiscono un numero sufficiente per considerare decaduta di fatto la legge antiabortiva»²⁵.

Se alcuni gruppi non riconoscono la legge come obiettivo, altri si impegnano a fondo nella battaglia. Nell'insieme però, il movimento femminista si muove su un piano oltre la legge, di lavoro sulla soggettività, come già accennato. Lo dimostra l'evoluzione di significato del termine "autodeterminazione", che inizialmente, più che riferirsi alla scelta di "madre/non madre", allude ad una presa di distanza della donna dal ruolo, a uno spostamento di risorse dalla dipendenza dall'uomo e dalla famiglia verso sé stessa. Autodeterminazione indica perciò il percorso attraverso cui le donne pervengono a interrogarsi su "chi sono, cosa voglio e posso essere". Solo nel pieno dello scontro sull'aborto, la parola si lega alla scelta di procreare²⁶.

Per tornare alla clandestinità e alla trasgressione di massa della proibizione, di ciò si danno due diverse interpretazioni. Da una parte si mettono in luce le "ragioni" femminili che hanno *il potere* di mettere in scacco la potestà regolativa dello Stato; dall'altro al contrario si sottolineano le conseguenze in termini di "misera" femminile: per contenerla, si fa appello ancora alla legge, nella veste di sostegno alla donna (seppur ambiguo). Da quest'ultima impostazione scaturisce la legge 194 (di legalizzazione a determinate condizioni), mentre l'ipotesi in coerenza con la prima è di semplice depenalizzazione: sostenuta da diverse esponenti del mondo femminista²⁷.

²³ Cfr. M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L'eclissi della madre*, cit., 137-138, che riportano le parole di Stefano Rodotà e Giovanni Berlinguer. In particolare, Giovanni Berlinguer (L'Unità, 28 aprile 1997) riconosce il ruolo dei movimenti femministi nell'inquadrare correttamente la tragedia degli aborti clandestini, che si possono prevenire solo sul riconoscimento della decisione autonoma delle donne, e non sulle condanne morali o peggio sulle sanzioni penali. La legge – conclude Berlinguer – fu dunque «un atto di fiducia delle donne in se stesse e di tutti verso le donne».

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino, 1992.

²⁵ C. LONZI, *Sputiamo su Hegel. E altri scritti*, Milano, 1978. Si tratta del documento di Rivolta Femminile del 1971 (citato in C. D'ELIA, G. SERUGHETTI, *Libere tutte. Dall'aborto al velo, donne nel nuovo millennio*, Roma, 2017, 57). A differenza di altri gruppi, come il Movimento Liberazione Donna Mld che nel 1971 presentava una legge di iniziativa popolare in merito (C. D'Elia, *L'aborto e la responsabilità*, cit., 17-19).

²⁶ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *Autodeterminazione, aborto e maternità: distinguere ciò che è andato confuso*, in *Procreare verso il duemila, Donna, Parlamento, Società*, 10, novembre 1987.

²⁷ C. D'ELIA, G. SERUGHETTI, *Libere tutte.*, cit.

La diversificazione degli argomenti addotti contro la proibizione permette di capire a fondo il carattere di difficile compromesso della 194. Per alcuni la legge segnala il ritirarsi dello stato in corrispondenza della presa d'atto del "primato" femminile nella procreazione: si riconosce alla donna la responsabilità, inscindibile dalla libertà. Per altri, è riconfermata la competenza normativa dello Stato, seppur mutata di segno.

6. Il dopo-legalizzazione: la donna da "vittima" a "egoista irresponsabile"

Mi sono soffermata sulla legge 194 non tanto per un giudizio politico su quel compromesso, che comunque ha rappresentato un passo avanti nella configurazione di un *habeas corpus* femminile²⁸; quanto per meglio comprendere gli sviluppi delle posizioni in campo nel dopo legalizzazione, specie nella dialettica laici-cattolici.

Nel dopo 194, il confronto parte infatti dall'applicazione della legge. Chi vi si era opposto, si appella ora all'articolo 1 per interpretare le procedure della legge – in specie il colloquio col medico e la pausa obbligata di riflessione – in chiave di pressione dissuasiva sulla donna. Più tardi l'obbligo di rivolgersi alla struttura pubblica viene sollevato anche per respingere la novità della pillola abortiva, la RU486: visto che – si sostiene – l'espulsione del feto avverrebbe a casa, non in ospedale come prevede la legge. A meno che, per rispettare la norma, le donne non si sottopongano a un ricovero che potrebbe prolungarsi fino a 15 giorni²⁹. E di nuovo risuona l'ambiguo richiamo alla "solitudine" della donna, da sanare con il (conseguentemente ambiguo) ricorso al sociale. La "solidarietà sociale" è invocata anche da chi, come Roberto Formigoni, propone modifiche alla legge quali la istituzione di comitati etici che possano proporre alla donna soluzioni diverse dall'aborto³⁰.

Se per le forze cattoliche più conservatrici la "tutela della vita nascente" è interpretata come diretta interferenza nella decisione della donna, per le forze che hanno voluto la legge tale tutela è per così dire sospesa in presenza di perduranti condizioni sociali sfavorevoli alla scelta femminile di essere/non essere madre. Come dire: la sua "debolezza" la esime dal subire l'ultima ingiustizia di doversi sottoporre al giudizio di un "tribunale morale", venuto meno quello penale. Se però la tragedia dell'aborto clandestino sbiadisce e l'immagine di "misericordia" femminile legata alla "piaga sociale" dell'aborto si ridimensiona, la facoltà di scelta di un soggetto femminile "forte" rischia di tramutarsi in arbitrio. Da vittima a (potenziale) nemica della "vita nascente": due facce della stessa medaglia, che non riconosce la donna come soggetto, libero e responsabile. In ultimo, è un voltare gli occhi di fronte alla posizione asimmetrica degli uomini e delle donne nella procreazione³¹.

Non a caso, le divergenze nel fronte laico favorevole alla legalizzazione si accentuano, di fronte alla nuova rappresentazione delle donne legata al crescente protagonismo sociale femminile. Sul finire

La proposta di depenalizzazione tornerà negli anni novanta, a valorizzare la storia secolare di autorizzazione femminile (Cfr. l'appello intitolato "Una proposta per cancellare la parola aborto dal codice penale", pubblicato nel mensile *Noi Donne* del marzo 1993).

²⁸ C. D'ELIA, G. SERUGHETTI, *Libere tutte.*, cit.

²⁹ A. MORRESI, E. ROCCELLA, *La favola dell'aborto facile. Miti e realtà della pillola Ru486*, Milano, 2006.

³⁰ G. ZUFFA, *L'autodeterminazione è un principio etico. Sul conflitto politico e morale intorno all'aborto*, in *Reti*, 5, settembre/ottobre 1989.

³¹ C. D'ELIA, G. SERUGHETTI, *Libere tutte.*, cit.

degli anni ottanta, alcuni esponenti di spicco del fronte laico accusano le donne che ricorrono all'aborto di scelte "egoiste e irresponsabili", rilanciando così la questione della tutela di legge della "vita nascente", in convergenza col fronte cattolico contrario alla 194. Per questi settori laici non si tratta tanto di modificare la legge, quanto di spostare il confronto sul piano etico, verso un rafforzato impegno di aiuto alla donna (psicologico, morale, economico) per «decidere responsabilmente». È questa la posizione di Giuliano Amato³².

Amato ha il merito di avere argomentato con chiarezza i fondamenti di una nuova etica laica, contro quello che definisce lo «stile ribaldo della non etica» dei laici sostenitori della 194. Per lui, la legge si fonda su una «etica individuale», imperniata sulla assoluta libertà della donna che cancellerebbe l'interesse e la libertà del nascituro.

7. Etica individuale ed etica relazionale

Ma la sua tesi è contraddittoria: l'aborto visto come contrapposizione di due distinti soggetti e di due distinti interessi, della donna e del feto – rispetto alla quale la società avrebbe il compito di prendere partito – non supera l'etica individuale tanto criticata. Riconoscere una pluralità di interessi individuali non permette, anzi allontana da una «etica relazionale»: che, rispetto alla procreazione, non può non partire dalla speciale relazione di corpo e mente della donna col nascituro per trarne le conseguenze. In altre parole, la contrapposizione fra autodeterminazione femminile e "interesse del feto a nascere", posta a fondamento del "dilemma morale" dell'aborto, non tiene conto della soggettività materna: solo attraverso di lei si può "riconoscere" l'altro/l'altra, ovvero quel progetto di vita a lei così intimamente legato/a. La considerazione sociale del feto non può avere altro tramite che la coscienza femminile, poiché essa è in certo modo misura di "definizione umana" di colui/colei che si avvia ad essere altro/altra da lei. Perciò l'autodeterminazione è un principio etico, in cui la libertà di scelta della donna è inscindibile dalla sua responsabilità verso l'altro/a. Si configura così un'etica di relazione attraverso il soggetto femminile, in contrapposizione all'etica individuale, che richiede la mediazione statale fra opposti diritti e interessi individuali³³. In ultima istanza, la discriminante fra le due etiche passa dalla diversa considerazione dell'opera della madre; fra una idea di "corpo pensante" *versus* un corpo "ammutilato" e ridotto a "sistema di approvvigionamento di vita".

Torneremo ancora sull'etica del primato femminile nella procreazione. Prima però, per meglio cogliere le convergenze fra laici e cattolici, va ricordata la nuova strategia della Chiesa, contenuta nella «Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione»³⁴ del 12 marzo 1987, della Congregazione per la dottrina della fede, sotto la guida del futuro papa Ratzinger. Con l'*Istruzione* è accantonato il precedente discorso della Chiesa sulla immoralità dell'aborto (così come della immoralità della contraccezione) in quanto violazioni del dovere (morale) di trasmettere la vita

³² G. AMATO, *Un aborto di aborto*, intervista a cura di CRISTINA MARIOTTI, in *L'Espresso*, XXXV, 28, 16 luglio 1989.

³³ G. ZUFFA, *L'autodeterminazione è un principio etico. Sul conflitto politico e morale intorno all'aborto*, in *Reti*, 5, settembre-ottobre 1989.

³⁴ Congregazione per la dottrina della fede, *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 12 marzo 1987, <https://centriateneo.unicatt.it/bioetica-DonumVitae.pdf>.

umana³⁵. Al centro è collocata la *certezza* biologica del patrimonio genetico dello zigote che diventa *la verità* del suo carattere di «essere umano, nella sua interezza fisica e spirituale»³⁶.

Dal punto di vista della Chiesa, i vantaggi di questa nuova impostazione sono molteplici. L'embrione "personificato" – sulla base di una interpretazione delle nuove acquisizioni scientifiche in campo genetico – diventa una bussola di orientamento tanto per l'aborto che per la procreazione medicalmente assistita. Esso trasforma l'affermazione di principio circa il dovere dello stato di «tutela della vita umana fin dal suo inizio» in precisa rivendicazione di diritti; che lo stato deve assicurare a maggior ragione, in quanto il cittadino-embrione si presenta come il più debole e indifeso. Con ciò si conclude il ribaltamento dell'immagine femminile: la "vittima" di un tempo diventa colei che, con l'aborto, compie un crimine che fa parte della più generale «guerra dei potenti contro i deboli»³⁷.

8. Il matricidio simbolico e la disumanizzazione della nascita

Il guadagno più importante è nell'influenza su settori di pensiero laico. Si veda ancora Giuliano Amato che trova nella personalità giuridica dell'embrione un "gancio etico"; e Antonio Baldassarre che, pur dichiarando di non volere parlare della 194, "da laico" sostiene «che la vita coincide con il momento della individualità, che non significa separazione dalla madre, ma avere già un qualche cosa di autonomo all'interno del ventre materno». Baldassarre attacca la sentenza *Roe* che poneva come limite all'aborto i sei mesi (sulla base del fatto che dai sei mesi in poi il feto può avere una vita autonoma e dunque una capacità di relazione). La vita – sostiene il presidente della Corte Costituzionale – c'è anche prima che il soggetto sia ritenuto capace di una vita di relazione³⁸.

Sono parole che vanno ben oltre la regolamentazione dei tempi per l'interruzione di gravidanza. L'essentialismo biologico, assunto trasversalmente dalle culture cattoliche e laiche, si pone a fondamento "oggettivo" dello statuto giuridico, e prima ancora sociale, dell'embrione: contrapponendosi a ogni idea di socialità e di relazione sperimentata finora da noi umani.

Con conseguenze perturbanti: come si concilia con l'esperienza materna – e con l'esperienza umana più in generale – l'idea «di un qualche cosa di autonomo all'interno del ventre materno»? Torna alla mente l'invito – contenuto nell'Istruzione – a seguire l'esempio del buon Samaritano e «a riconoscere anche il più piccolo fra i figli degli uomini come prossimo», come «fratello». In proposito, il commento di Duden³⁹ è calzante: «Il documento invita tutti gli esseri umani all'amore per un fratello invisibile, privo di volto e di membra [...] l'esortazione a vedere come persona nello zigote un essere umano nella sua interezza fisica e spirituale produce un concetto completamente nuovo dei termini "fisico" e "vedere", costringendo inoltre [...] a dare alle espressioni "fratellanza cristiana" e "amore per il prossimo" un significato diverso dal passato». E conclude: «Che cos'hanno da dire le donne a un samaritano che cerca il suo prossimo nel loro ventre?».

³⁵ Cfr. la enciclica *Humanae Vitae* di Paolo VI

³⁶ B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico*, cit., 30.

³⁷ Cfr. la *Evangelium vitae* di Giovanni Paolo, 1995.

³⁸ Si tratta di una intervista dell'allora presidente della Corte Costituzionale, Antonio Baldassarre, a Radio Vaticana, del maggio 1995, e di un successivo articolo (*l'Unità*, 11 maggio 1995), riportati in C. D'ELIA, *L'aborto e la responsabilità*, cit., 77-78.

³⁹ B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico*, cit. 30-31.

L’embrione che diventa «uno di noi» da «amare» senza possibilità di relazione – nel senso che a questo termine abbiamo finora dato – produce un profondo mutamento antropologico della scena della procreazione, con un effetto disumanizzante. L’eclissi della madre, attraverso la riduzione di lei a corporeità muta e inerte, porta con sé l’eclissi dell’intero tessuto di relazioni umane che danno senso al venire al mondo. «La venerazione di cui l’embrione è fatto oggetto è una manifestazione dell’oblio della relazione, della condizione dei e delle viventi di essere tra e con altri altre»⁴⁰. E dell’oblio della nascita, come “venire al mondo”. Il matricidio simbolico fa vacillare il senso dell’umano: «poiché la creazione della singolarità, che garantisce una irripetibile biografia per ognuno/a di noi (fuori dall’anonimia della “individualità biologica”) si crea per la mediazione vivente di un’altra singolarità»⁴¹.

È ora di porre rimedio alla colpa etica della civiltà patriarcale: che ha cercato di dominare il timore di non-essere nati, sottomettendo la madre e il suo potere di dare la vita⁴². Riconoscere l’opera della madre quando sceglie di metterci al mondo e offrirle per questo la gratitudine che merita: questo è il giusto posto che finora le è stato negato. E anche il “gancio etico” che costituisce un vantaggio, per donne e uomini.

⁴⁰ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L’eclissi della madre*, cit., 154.

⁴¹ M.L. BOCCIA, *Senza la madre l’indifferenza della vita, Il Manifesto*, 16 febbraio 1997.

⁴² L. MURARO, *L’ordine simbolico della madre*, Roma, 1991.

La depenalizzazione dell'aborto in Colombia tra attivismo sociale e contenzioso strategico

Susanna Mancini*

THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN COLOMBIA: THE ROLE OF SOCIAL MOVEMENTS AND STRATEGIC LITIGATION

ABSTRACT: This article analyzes the progressive decriminalization of abortion in Colombia. It focuses on the case-law of the Colombian Constitutional Court, and in particular on its reliance on international human rights law and on dignity, as well as on proportionality as a judicial standard to strike down provisions criminalizing abortion. Moreover, the article emphasizes the role of transnational social movements in shaping the Court's case-law and in changing social perceptions on abortion. It argues that the Colombian case showcases how the Court's approach may ultimately diffuse tension and protect its own legitimacy.

KEYWORDS: Colombia; abortion; constitutional court; mobilization; vulnerability; intersectional equality; conscientious objection; dignity

ABSTRACT: Il lavoro tratteggia la progressiva depenalizzazione dell'aborto in Colombia, con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale. Si mette in luce in particolare l'utilizzo l'uso da parte della Corte dei trattati sui diritti umani e della dignità, nonché del principio di proporzionalità, per affermare l'incostituzionalità delle norme penali che vietavano l'aborto. Il lavoro dà poi conto del ruolo dei movimenti sociali colombiani e transnazionali nel plasmare sia la giurisprudenza della Corte che la percezione sociale dell'aborto. La conclusione che si propone è che il caso colombiano dimostra come le corti, quando decidono su questioni profondamente divisive, possano adottare approcci che consentono di attenuare le tensioni e proteggere la propria legittimità.

PAROLE CHIAVE: Aborto; Corte costituzionale; mobilitazione; vulnerabilità; eguaglianza intersezionale; obiezione di coscienza, dignità

SOMMARIO: 1. Introduzione: dalla criminalizzazione all'onda verde: la traiettoria colombiana – 2. Dalla criminalizzazione senza eccezioni alla pronuncia del 2006 – 3. La complessa attuazione della sentenza del 2006 e la giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza – 4. La depenalizzazione: la pronuncia del 2022 – 5. La lezione della Corte colombiana: proporzionalità e pluralismo contro il rischio di delegittimazione.

* Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna. Mail: susanna.mancini@unibo.it. Contributo sottoposto a referaggio.

1. Introduzione: dalla criminalizzazione all'onda verde: la traiettoria colombiana

Il panorama latino-americano è stato caratterizzato tradizionalmente da un massiccio uso del diritto penale come strumento primario di tutela della vita prenatale, nonché da un diffuso riconoscimento dei diritti del concepito. Innumerevoli sono state le condanne di stati latino-americani da parte dei comitati per i diritti umani (*in primis* il Comitato CEDAW), che hanno messo in luce le drammatiche conseguenze di queste misure repressive draconiane sui diritti delle donne, a partire dal diritto alla vita, alla salute e alla dignità.

Nell'ultimo ventennio, tuttavia, in tutto il continente latino-americano il movimento per depenalizzare l'aborto ha acquisito un impulso crescente, concretizzatosi, *inter alia*, nell'orchestrazione di strategie di contenzioso strategico transnazionale, volte all'affermazione dei diritti riproduttivi.

In questo contesto, la Colombia, che fino al 2006 criminalizzava l'aborto senza eccezioni, rappresenta una delle vittorie più spettacolari. Nel 2006, la Corte costituzionale colombiana, con la decisione C-355/2006, ha depenalizzato l'aborto nei casi di stupro e incesto e di rischio per la salute della gestante. Nonostante la sentenza del 2006 sia stata limitata nel suo campo di applicazione, non deve sottoestimarsi la sua portata autenticamente rivoluzionaria in termini di argomentazione giuridica. La sentenza, infatti, è stata una delle prime decisioni giudiziarie al mondo a radicare il diritto all'aborto nel principio di uguaglianza, e ad affermare che i trattati sui diritti umani obbligano gli stati che li hanno ratificati a garantirne l'accesso, almeno in alcune situazioni. La sentenza C-355/2006, poi, ha avuto ripercussioni di grande importanza al di fuori dei confini nazionali, ponendosi come modello di riferimento in altri contesti latino-americani, che hanno portato avanti progetti di depenalizzazione dell'aborto, in particolare in Messico, Brasile, Argentina e Uruguay.

I principi affermati dalla Corte colombiana nella sentenza del 2006 non sono però stati di facile attuazione. Gli anni immediatamente successivi alla decisione sono stati caratterizzati dall'impegno del governo, in particolare del Ministero della Salute, nell'emanazione di regolamenti di attuazione della decisione e nella organizzazione di strutture sanitarie pubbliche che offrono servizi di interruzione della gravidanza. Parallelamente, le organizzazioni *pro-choice* hanno continuato la loro battaglia giudiziaria, denunciando sistematicamente le violazioni dei diritti riconosciuti dalla sentenza della Corte. Dopo il 2009, tuttavia, è divenuta assai più percepibile la reazione dei segmenti più conservatori delle istituzioni e della società colombiane, volta ad ostacolare l'attuazione della sentenza C-355/2006, soprattutto, anche se non esclusivamente, attraverso il ricorso all'obiezione di coscienza.

A fronte di questo contraccolpo conservatore, comune del resto a molti paesi latino-americani, si è assistito in tutto il continente alla nascita dell' "onda verde", un movimento che prende il nome dai fazzoletti verdi indossati dalle attiviste argentine per i diritti riproduttivi, e dotato di un importante significato di continuità intergenerazionale: l'Onda di oggi, così, si riconnette alla memoria dei movimenti per i diritti umani degli anni '70, in cui le donne protestavano contro la violenza di stato.

La Colombia, per la seconda volta, ha dato prova di un'eccezionale ricettività agli argomenti dei movimenti sociali. Nel 2022, infatti, la Corte costituzionale, con la decisione C-055/2022, ha depenalizzato l'aborto fino alla ventiquattresima settimana di gravidanza, con argomentazioni che, nuovamente, la pongono in una posizione di eccezionale progressismo nel contesto della tutela dei diritti riproduttivi.

A questa traiettoria sono dedicate le pagine che seguono. La Sezione 2 ripercorre il percorso che ha portato alla decisione del 2006, e ne mette in luce le argomentazioni di diritto costituzionale ed internazionale. La Sezione 3 tratteggia invece la complessa attuazione della sentenza del 2006, con particolare riguardo agli interventi della Corte in materia di obiezione di coscienza. Successivamente, la Sezione 3 analizza le novità introdotte dalla pronuncia del 2022, mettendo in luce, in particolare, l'uso da parte della Corte della declinazione intersezionale del principio di eguaglianza, e le argomentazioni utilizzate per limitare l'ambito della legislazione penale. Infine, la Sezione 4 propone alcune riflessioni su come la tecnica decisionale utilizzata dalla Corte colombiana abbia mitigato le difficoltà che le corti incontrano nella regolamentazione di questione profondamente divisive quali l'aborto.

2. Dalla criminalizzazione senza eccezioni alla pronuncia del 2006

Prima della sentenza costituzionale C-355/06, con la quale l'aborto è stato parzialmente decriminalizzato¹, la Colombia aveva, come si è detto, una delle legislazioni sull'aborto più restrittive al mondo, non prevedendo alcuna eccezione alla sua criminalizzazione. I numerosi ricorsi alla Corte costituzionale non avevano sortito alcun effetto. Nel 1997 la Corte non aveva rinvenuto alcuna violazione della dignità delle donne nella proibizione dell'aborto anche quando la gravidanza è il frutto di uno stupro, perché «la donna non è padrona del prodotto vivo della fecondazione, che è un essere separato, titolare di una vita umana in formazione, ma autonoma. Per questo, la donna non può disporne». A sostegno di questa tesi, la maggioranza della Corte aveva citato due encicliche papali².

Per l'assenza di eccezioni al divieto di abortire e l'altissima mortalità materna che ne conseguiva, la Colombia era stata oggetto di critiche durissime da parte dei comitati internazionali sui diritti umani. Nel 1997, il Comitato per i Diritti Umani aveva accusato la Colombia di non affrontare efficacemente l'emergenza rappresentata dalla violenza contro le donne ed aveva espresso grande preoccupazione per l'alto tasso di mortalità femminile provocato dagli aborti clandestini³. Nel 2005, il Comitato era tornato alla carica notando «con preoccupazione che la criminalizzazione senza eccezioni dell'aborto produce situazioni in cui le donne sono costrette a sottoporsi ad aborti clandestini ad alto rischio», che si traducono nella «possibilità che siano perseguite penalmente le vittime di stupro e di incesto e le donne che la gravidanza pone in una condizione di pericolo. Lo Stato deve quindi decriminalizzare l'aborto in questi casi»⁴. Nel 1999, il Comitato CEDAW aveva censurato la Colombia, affermando che «le disposizioni di legge in materia di aborto costituiscono una violazione dei diritti delle donne alla salute e alla vita e dell'articolo 12 della Convenzione»⁵. Lo stesso anno era intervenuto anche il Comitato Inter-Americano per i Diritti Umani, a chiedere alla Colombia di modificare la legislazione, sulla

¹ Corte costituzionale della Colombia, C-355/06 (2006).

² Corte costituzionale della Colombia, C-013/97 (1997). Le encicliche citate sono *Humanae Vitae* (p. 17) e *Evangelium Vitae* (p. 20).

³ HRC, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Colombia*, 24, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.76 (5 maggio 1997).

⁴ HRC, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Colombia*, 13, U.N. Doc. CCPR/CO/80/COL (6 maggio 2004).

⁵ CEDAW, *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Colombia* (2 maggio 1999), A/54/38.

base di statistiche che raccontano storie di miseria e di morte: 450.000 aborti illegali all'anno, che rappresentano la seconda causa di mortalità materna: il 23% per l'esattezza⁶. Nel 2000 era arrivata anche la condanna del Comitato che vigila sull'applicazione della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, preoccupato per l'alta mortalità materna, l'alto tasso di gravidanze tra le adolescenti ed il loro insufficiente accesso ai servizi di salute e consulenza sessuale e riproduttiva⁷.

Nel 2005, a fronte della mutata composizione della Corte, l'avvocata e attivista Monica Roa, con l'appoggio della piattaforma colombiana *Mesa para la salud de la mujer* e di *Women's Link Worldwide*, un'organizzazione internazionale *no-profit* per l'avanzamento dell'eguaglianza di genere, costituì un'ampia coalizione di gruppi di attivisti, un *think tank* di esperti di diritti sessuali e riproduttivi ed eguaglianza di genere, e, con l'appoggio delle facoltà di Legge di Yale e Harvard, nonché di *Human Rights Watch*, sferrò un attacco frontale alla regolamentazione dell'aborto. Da un lato, Monica Roa e il suo network diedero inizio ad una radicale campagna di sensibilizzazione dell'opinione pubblica, che coinvolse, tra l'altro, molti operatori sanitari e media nazionali, tra cui il maggiore quotidiano colombiano, *El Tiempo*. Dall'altro lato, Roa impugnò gli articoli del codice penale che criminalizzavano senza eccezioni l'aborto, davanti alla Corte Costituzionale. Nel giro di un anno dall'inizio della campagna di Monica Roa, la posizione dei colombiani rispetto all'aborto era radicalmente mutata: dall'85% che si opponeva alla depenalizzazione parziale del 2005, si era passati al 60% a favore quando, nel 2006, una Corte spaccata cinque a quattro assunse la sua storica decisione, che, come prevedibile, ha scatenato tensioni fortissime e prodotto la scomunica dei giudici "colpevoli"⁸.

In sintesi, la Corte ha stabilito che la Costituzione colombiana e i trattati internazionali che proteggono i diritti umani ratificati dalla Colombia, proibiscono la totale criminalizzazione dell'aborto. In particolare, ha stabilito la Corte, la criminalizzazione è incostituzionale quando la gravidanza è il risultato di uno stupro o incesto, quando pone un rischio per la salute fisica o psichica della gestante e quando il feto è affetto da anomalie tanto gravi da non consentirne la sopravvivenza dopo la nascita. A sostegno di ognuna di queste circostanze, la Corte ha fatto leva sulla dignità come limite all'applicazione del diritto penale.

La Corte ha riconosciuto la molteplicità dei significati e delle funzioni della dignità nella Costituzione e nella giurisprudenza colombiana: dignità come principio fondamentale dell'ordinamento giuridico che ha quindi una dimensione assiologica come valore costituzionale; dignità come principio costituzionale e dignità come diritto fondamentale. Per la Corte, tutti questi significati vengono in gioco nell'effettivo operare della dignità nel sistema costituzionale. In particolare, il "principio" della, e il "diritto" alla, dignità umana non sono la stessa cosa. Essi, al contrario, sono «entità normative autonome, con caratteristiche distintive diverse, in particolare per quanto concerne la loro funzione all'interno del sistema giuridico». Quando la dignità è adoperata come parametro nelle decisioni giudiziarie, essa protegge: (i) l'autonomia, o la possibilità di decidere il corso della propria vita, e quindi

⁶ Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on Colombia 1999* OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 (26 febbraio 1999).

⁷ CRC *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Colombia*, 48, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.137 (16 ottobre 2000).

⁸ Corte costituzionale della Colombia, C-355/06. Sono così stati scomunicati i giudici Jaime Araujo, Alfredo Beltran, Manue José Cepeda, Humberto Sierra e l'unica donna giudice della Corte Clara Inès Vargas.

il «vivere la vita come lo si desidera»; (ii) alcune condizioni materiali dell'esistenza, o il «vivere bene», e (iii) alcuni beni intangibili quali l'integrità fisica e morale, cioè il «vivere liberi dall'umiliazione».

Scegliere di «vivere come lo si desidera» include il diritto di pianificare la propria esistenza e quindi di effettuare scelte con il massimo della libertà, e cioè con il minimo dell'interferenza sia da parte dello Stato che dei privati. La dignità, in altri termini, garantisce a tutti una sfera di autonomia e integrità morale, che, nel caso delle donne, si specifica anche nella libertà di assumere le proprie scelte riproduttive e di non essere costrette dentro «ruoli di genere che stigmatizzano», né soggette a «sofferenze morali» deliberatamente imposte. La dignità, così intesa, «limita la discrezionalità del legislatore in materia penale, anche nelle circostanze in cui il legislatore voglia proteggere altri valori costituzionalmente rilevanti come la vita. Dunque, quando il legislatore adotta una norma penale, non può ignorare che le donne sono esseri umani, meritevoli della dignità, e di essere trattate come tali, e non come strumenti riproduttivi per la specie umana. Il legislatore non può imporre il ruolo di riproduttrice ad una donna contro la sua volontà».

Una delle caratteristiche più salienti della sentenza della Corte costituzionale colombiana è il massiccio ricorso che essa fa ai trattati internazionali sui diritti umani. La Corte, per smontare l'argomento di alcuni *amici curiae* secondo cui il sistema internazionale protegge il diritto alla vita del feto, chiarifica quali debbono essere i capisaldi dell'interpretazione dei trattati a tutela dei diritti umani. La Corte rigetta l'interpretazione letterale, affermando che è necessario tenere in considerazione altri fattori, quali il contesto e l'obiettivo delle disposizioni in questione, anche alla luce dei cambiamenti avvenuti. Questo implica anche che i trattati sui diritti umani non possono interpretarsi come se fossero strumenti indipendenti ed isolati l'uno dall'altro, ma debbono considerarsi alla luce di, e in armonia con, gli altri trattati, anche se fanno parte di un sistema diverso, così da poter tenere in conto i cambiamenti sociali e le nuove sfide che la comunità internazionale deve affrontare, e giungere ad una interpretazione coerente del diritto internazionale pubblico⁹.

La Corte cita, a sostegno di questa tecnica interpretativa, la Corte Interamericana dei Diritti, che, sulla base dell'articolo 29 del patto di San José, Costa Rica, ha stabilito, come pure ha fatto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che «i trattati sui diritti umani sono strumenti viventi. La loro interpretazione deve avvenire in accordo con l'evoluzione dei tempi e con le condizioni sociali correnti». La Corte Interamericana ha anche affermato che «un'interpretazione evolutiva di questo tipo, è in armonia con l'articolo 29 della Convenzione Americana nonché con i principi stabiliti dalla Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati». Quindi i trattati sui diritti umani non suggeriscono l'esistenza di un dovere assoluto e incondizionato, per gli Stati, di tutelare la vita prenatale. Quest'ultima, piuttosto, va bilanciata con altri diritti, principi e valori riconosciuti in molteplici strumenti internazionali. E per far ciò si devono identificare i diritti della gestante¹⁰.

La Corte nota, a questo proposito, che i diritti delle donne si sono sviluppati massicciamente nel sistema ONU, e cita nel dettaglio vari documenti internazionali, e in particolare il Programma di Azione del Cairo e la Piattaforma di Pechino, a cui ho fatto riferimento più sopra. Inoltre, la Corte fa leva su vari trattati internazionali, che costituiscono la base per il riconoscimento e la protezione dei diritti riproduttivi, i quali, a loro volta, scaturiscono da altri diritti: la vita, la salute, l'eguaglianza, il divieto di

⁹ Corte costituzionale della Colombia, C-355/06 (2006).

¹⁰ *Ibid.*

discriminazione, la libertà, l'integrità fisica e psichica e la libertà dalla violenza. Oltre a questi diritti, che costituiscono le fondamenta dei diritti riproduttivi, la Corte fa riferimento ad altri diritti ad essi strettamente connessi, come il diritto al lavoro e all'istruzione. Quest'ultimo, in particolare, promuove la condizione delle donne nella famiglia e nella comunità a cui esse appartengono, ed è essenziale per sviluppare la consapevolezza, nelle donne e nelle ragazze, di essere titolari di diritti. Più specificamente, l'istruzione dovrebbe comprendere l'educazione alla sessualità e alla salute riproduttiva, e quindi fornire le conoscenze sulla base delle quali le ragazze e le donne possono poi effettuare scelte consapevoli, autonome e responsabili. Altri diritti umani che vengono poi in considerazione sono quelli al matrimonio e alla vita familiare, e al rispetto della vita privata, che è violato quando lo Stato o i privati possono interferire con il diritto della donna di decidere sul suo corpo e sulla sua sfera riproduttiva.

Tutti questi diritti, che possono costituire il parametro per proteggere e garantire i diritti sessuali e riproduttivi, sono codificati nella Dichiarazione Universale del 1948, nei Patti Internazionali del 1966, e nella Convenzione Inter-Americana sui Diritti Umani. Una tutela ulteriore e più specifica è poi assicurata alle donne dalla CEDAW e dalla Convenzione Inter-Americana sulla prevenzione, il perseguimento e l'eradicazione della violenza contro le donne (c.d. Convenzione di Belém do Pará), che forniscono un parametro interpretativo fondamentale sia per il diritto internazionale che per quello nazionale.

L'interpretazione di tutti questi documenti conduce la Corte a costruire l'accessibilità ai servizi di salute sessuale e riproduttiva come elemento strutturale del diritto alla salute, in particolare in riferimento alle esigenze delle donne che appartengono a gruppi particolarmente vulnerabili: le adolescenti, le donne povere, poco istruite, e le donne che vivono nelle aree rurali. La criminalizzazione delle procedure mediche che interessano esclusivamente le donne, costituisce in questo senso, per la Corte colombiana, una barriera all'accesso alle cure mediche necessarie, che discrimina le donne sulla base del loro genere nell'area della salute e costituisce una violazione dell'obbligo internazionale dello Stato di assicurare il godimento dei diritti senza discriminazione sulla base, *inter alia*, del sesso. Il rispetto degli obblighi internazionali si traduce, in altre parole, anche nell'obbligo degli Stati di adottare una prospettiva di genere nell'elaborazione delle politiche di salute pubblica.

La Corte, sulla falsariga della CEDAW, sottolinea anche la stretta connessione tra violenza di genere e diritti riproduttivi. Nel diritto internazionale, la violenza contro le donne è riconosciuta come una particolare violazione dei diritti umani connotata da una forte dimensione di genere. Diverse forme di violenza che colpiscono la salute fisica e psichica delle donne e la loro autonomia sessuale e riproduttiva, costituiscono violazioni dei diritti riproduttivi, ma anche una forma di discriminazione che impedisce alle donne di godere dei diritti e delle libertà su di un piano di eguaglianza con gli uomini¹¹.

Infine, la Corte sottolinea come vi sia stato un progressivo riconoscimento della violenza sessuale e riproduttiva anche come particolare forma di tortura e genocidio, assimilando dunque questo tipo di violazione dei diritti umani ai crimini contro l'umanità.

¹¹ Cfr. da ultimo il Comitato sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, per cui la necessità di depenalizzare l'aborto è una forma di contrasto alla violenza di genere: CEDAW, *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Colombia*, 14 marzo del 2019, <https://bit.ly/3kRK9XN> (ultimo accesso 13 febbraio 2023).

Una delle componenti essenziali dei diritti sessuali e riproduttivi è il diritto delle donne di scegliere liberamente se e quando avere figli, quanti averne e a che distanza l'uno dall'altro. Questo diritto, secondo l'interpretazione della Corte colombiana, discende direttamente dal principio della dignità umana e dai diritti all'autonomia e al rispetto della vita privata, come li riconoscono le convenzioni internazionali. Come hanno stabilito sia il Comitato per i Diritti Umani¹² che il Comitato CEDAW¹³, quando una donna incontra ostacoli nel controllo della propria fertilità si ha dunque una violazione di questi diritti.

I diritti sessuali e riproduttivi delle donne sono stati riconosciuti come diritti umani e come tali sono diventati parte dei diritti costituzionali che costituiscono la base fondamentale di tutti gli Stati democratici. In particolare, diritti sessuali e riproduttivi sono strettamente connessi al pilastro fondamentale della democrazia, il riconoscimento dell'eguaglianza, con particolare riferimento all'eguaglianza di genere. Data la condizione subalterna che nonostante il riconoscimento di tale principio, le donne continuano a sperimentare, la loro emancipazione è essenziale in ogni società democratica. Proteggere i diritti sessuali e riproduttivi conduce direttamente alla promozione della dignità di tutti gli esseri umani ed è un passo verso l'avanzamento della giustizia sociale e della democrazia.

Dunque, conclude la Corte, nonostante il diritto internazionale non detti le regole che determinano se e in che misura il legislatore statale possa utilizzare lo strumento penale nella regolamentazione dell'aborto, ed il legislatore nazionale goda quindi di un'ampia discrezionalità nella scelta delle politiche sull'aborto, questa discrezionalità incontra dei limiti, primo tra i quali il non privare di protezione alcuni valori costituzionali, che sono strettamente interconnessi a valori internazionali. Ma a ciò deve aggiungersi che il diritto penale, dato il suo potenziale compressivo del godimento dei diritti umani, deve essere utilizzato solo come ultima risorsa.

3. La complessa attuazione della sentenza del 2006 e la giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza

Come si è accennato nell'Introduzione, l'attivismo femminista non si è esaurito in Colombia con la sentenza del 2006. Al contrario, esso ha conosciuto una prima nuova stagione, tesa a garantire l'effettiva attuazione della decisione, attraverso campagne mediatiche ed una capillare opera di informazione e di *training* degli esercenti le professioni sanitarie. Facendo leva sulla definizione della salute elaborata dall'OMS, che include sia la salute mentale che la dimensione sociale, le attiviste colombiane sono riuscite ad affermare la nozione per cui il concetto di «rischio per la salute» include anche rischi futuri, che possono verificarsi in conseguenza della maternità¹⁴. Ciò ha facilitato notevolmente l'accesso all'aborto, come dimostra il fatto che la stragrande maggioranza delle interruzioni di gravidanza avvenga, in Colombia, per proteggere la salute della gestante¹⁵.

¹² Comitato per i Diritti Umani, Comunicazione No. 1153/2003 *K.L. v. Peru*.

¹³ Comitato CEDAW, Comunicazione No. 22/2009, *L. C. v. Peru*.

¹⁴ B.M. STIFANI, GL. URBANO, A.C. GONZALEZ VELEZ, C. VILLARREAL VELÁSQUEZ, "bortion as a human right: The struggle to implement the abortion law in Colombia", in *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 143, 2018, 12-18.

¹⁵ Secretaría de Salud de Bogotá. Cifras SDS Bogotá 2014-2016.

La mobilitazione degli attivisti *pro-choice* non ha però potuto scardinare alcune radicate difficoltà e resistenze, che hanno ostacolato notevolmente l'applicazione della sentenza C-355/06.

In primis, non va dimenticato che la Colombia è un paese di grande estensione e caratterizzato da una marcata diversità geografica, nonché da una popolazione assai eterogenea, con forti disuguaglianze socioeconomiche, acuitizzate dall'alto numero di persone sfollate in conseguenza della *guerrilla*. Tutti questi fattori hanno notevolmente complicato la diffusione delle informazioni sulla nuova normativa ai potenziali utenti¹⁶, soprattutto nelle aree rurali e presso i segmenti più marginali della popolazione, in cui è più forte la stigmatizzazione della pratica abortiva¹⁷, per cui gli aborti clandestini continuano a prevalere¹⁸.

Un discorso a parte merita il ricorso all'obiezione di coscienza sui cui, come in gran parte dei paesi in cui l'aborto è legale, è stata fatta ampia leva in Colombia per frustrare l'attuazione della sentenza C-355/06¹⁹. E ciò, in particolare, grazie a due meccanismi: la sua invocazione da parte di soggetti diversi dagli operatori sanitari (le strutture, i magistrati, il personale amministrativo) e la riluttanza dei medici a dichiarare formalmente di essere obiettori, salvo rifiutare poi di partecipare alle procedure abortive, per timore di essere stigmatizzati, discriminati o denunciati, o perché soggetti a pressioni politiche a livello locale²⁰. A fronte di queste storture, nel 2009 la Corte costituzionale è intervenuta per chiarire quali sono i limiti all'obiezione di coscienza, che, pur essendo tutelata in termini assai ampi dall'art. 18 della Costituzione²¹, non è un diritto assoluto ed incontra limiti assai precisi²².

La decisione trae origine dall'obiezione di coscienza invocata da un magistrato, per ricusarsi dal procedimento in cui un ospedale aveva chiesto l'autorizzazione ad effettuare un aborto, e, successivamente, per negare l'accesso all'aborto alla ricorrente, che versava in una delle situazioni elencate dalla sentenza del 2006 per legittimare l'interruzione della gravidanza.

La Corte definisce l'obiezione di coscienza come un diritto fondamentale, che consente ad un individuo di perseguire la propria integrità morale, ma che non presuppone che altri debbano aderire alle credenze o alle azioni dell'obiettore (5.1.). Nonostante questo, tuttavia, l'obiezione di coscienza, quando si concretizza nel rifiuto di applicare la legge, impinge sul godimento dei diritti da parte dei terzi: per questo non è caratterizzabile come un diritto che affetta esclusivamente il soggetto che pretende di esercitarlo. Nel caso dell'interruzione della gravidanza, gli interessi in gioco sono tali da giustificare una restrizione della libertà di coscienza, la quale, se riconosciuta in via generale, violerebbe il diritto alla salute, l'integrità personale, il diritto a vivere in condizioni di qualità e dignità, nonché i diritti riproduttivi, che sono tutelati dalla Costituzione, ed infliggerebbe alle donne che ne fossero vittime un danno irreversibile.

¹⁶ B.M. STIFANI *et al.*, *op cit.*, 14.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ A. MALONEY, *Unsafe abortions common in Colombia despite law change*, in *Lancet*, 373, 2009, 534.

¹⁹ Per una panoramica sull'espansione e sulle distorsioni nell'invocazione dell'obiezione di coscienza in chiave comparata cfr. S. MANCINI, M. ROSENFELD (cur.), *The Conscience Wars. Rethinking the Balance Between Religion, Identity and Equality*, Cambridge, 2018.

²⁰ B.M. STIFANI *et al.*, *op cit.*, 15.

²¹ Art. 18 Cost. Colombia: «Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia».

²² Corte Costituzionale della Colombia, sentenza T-388/2009 (2009).

In questa luce, secondo la Corte, se vi è solo un operatore sanitario in grado di praticare l'interruzione volontaria di gravidanza, questi è tenuto a farlo, indipendentemente dalla sua affiliazione ad una struttura sanitaria pubblica o privata, religiosa o laica. In queste circostanze, infatti, il diniego del servizio abortivo si risolve in un danno irreversibile alla gestante e nella violazione dei suoi diritti fondamentali costituzionalmente tutelati.

Chiarito questo aspetto, la Corte passa poi alla fissazione dei limiti ai soggetti che possono esercitare l'obiezione di coscienza. Questa è invocabile solo dal personale medico direttamente coinvolto nella procedura di abortiva, mentre non lo è da parte del personale amministrativo e dai sanitari che esercitano mansioni di natura preparatoria all'intervento o assistono le pazienti nel post-operatorio. Inoltre, la Corte afferma a chiare lettere che l'obiezione di coscienza è un diritto strettamente individuale, che non può mai avere carattere istituzionale o collettivo, perché le persone giuridiche non sperimentano convinzioni intime e profondamente radicate (5.2.).²³

Su queste premesse, la Corte conclude affermando che l'obiezione di coscienza deve contribuire alla promozione e alla garanzia della diversità culturale e non ha natura assoluta. I medici che obiettano devono indicare la propria scelta per iscritto, corredando la dichiarazione con l'espletamento delle proprie ragioni. In tutti i modi, a questa scelta possono essere apposte limitazioni, quando essa si traduce in un ostacolo sproporzionato all'accesso all'aborto. L'autorità giudiziaria, dal canto suo, non può esercitare il diritto all'obiezione di coscienza per evitare di ottemperare a norme adottate in ossequio alla Costituzione. Questo, infatti, si tradurrebbe in un ostacolo illegittimo all'amministrazione della giustizia, nonché in una grave, arbitraria e sproporzionata restrizione dei diritti costituzionali fondamentali. E ciò anche perché molti dei diritti messi a repentaglio dall'esercizio dell'obiezione di coscienza sono il frutto delle battaglie condotte da settori della società storicamente discriminati, il cui riconoscimento è invisibile ad altri attori sociali che, facendosi schermo con l'obiezione di coscienza, cercano di proiettare le proprie convinzioni private nella sfera pubblica, utilizzando una logica prepotente ed escludente, del tutto contraria al dettato costituzionale (e in particolare agli artt. 1²⁴ e 7²⁵)²⁶.

²³ In questo la Corte colombiana diverge diametralmente dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, che nei casi *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. ____ (2014) e *Conestoga Wood Specialties Corp. v. Burwell* 573 U.S. ____ (2014) pur non avendo affermato che le persone giuridiche godono della libertà religiosa protetta dal I Emendamento, ha comunque riconosciuto che la tutela prevista dal *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) è più ampia rispetto al dettato costituzionale e si estende alle imprese commerciali. Un'impresa, secondo la Corte, altro non è che una forma organizzativa utilizzata da individui per realizzare determinati obiettivi. Le garanzie del RFRA costituiscono dunque protezione indiretta della libertà religiosa dell'imprenditore.

²⁴ Art. 1 Cost. Colombia: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

²⁵ Ar. 7 Cost. Colombia: «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana».

²⁶ Sull'evoluzione dei conflitti in materia di obiezione di coscienza dopo la sentenza del 2009 cfr. S. MEDINA, *La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*, in *Revista Academia & Derecho*, 18, 2019, 105-126.

4. La depenalizzazione: la pronuncia del 2022

Come sopra accennato, i movimenti *pro-choice*, galvanizzati dai successi dell' "onda verde" nel continente latino-americano, hanno reagito al contraccolpo degli attivisti *pro-life* orchestrando una nuova battaglia volta ad ampliare la depenalizzazione dell'aborto.

Anche in questo caso, la Corte costituzionale si è dimostrata recettiva agli argomenti invocati dai movimenti, accogliendo il ricorso proposto dalla piattaforma *Causa Justa*, e, con la sentenza C-055/2022, ha depenalizzato il reato di aborto, previsto all'art. 122 del codice penale²⁷, se effettuato entro le prime ventiquattro settimane di gravidanza, dopo le quali si applicano le restrizioni previste dalla pronuncia del 2006²⁸. In altre parole, quindi, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 122 c.p. e stabilito che le sanzioni penali si applichino – alla paziente ed ai sanitari – solo quando l'interruzione di gravidanza avvenga dopo la ventiquattresima settimana, e non sia motivata da ragioni di salute, violenza sessuale, incesto, inseminazione forzata, o malformazioni fetali incompatibili con la vita²⁹. La decisione ha natura obbligatoria e applicazione generale ed immediata, grazie alla cornice legislativa predisposta dal Ministro della Sanità e dalla stessa Corte costituzionale a seguito della pronuncia del 2006.

La Corte costituzionale colombiana utilizza – come già la Corte Suprema del Messico nel 2021³⁰ – un linguaggio inclusivo, facendo riferimento alle donne, alle ragazze e a tutte le *persone* incinte. I pilastri su cui la decisione si fonda l'eguaglianza, la dignità, la libertà di coscienza, il diritto alla salute, e il principio per cui il diritto penale deve costituire l'ultima risorsa per plasmare i comportamenti. Vediamo dunque come la Corte ha declinato questi diritti e principi.

La Costituzione colombiana del 1991 ha fatto propria una concettualizzazione dell'eguaglianza sia nella sua dimensione formale che sostanziale, e ha sancito il dovere dello stato di adottare misure positive per sopperire alla discriminazione e alla marginalizzazione di cui soffrono tradizionalmente determinati segmenti della popolazione, nonché di approntare particolari tutele a sostegno di chi versa in condizioni di particolare vulnerabilità³¹. Su queste premesse, e sulla falsariga di quanto già

²⁷ Art. 122 Legge 599/2000 che istituisce il Codice Penale in Colombia (Diario Oficial No. 44.097 de 24 de Julio de 2000.):– Aborto «La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior». La sentenza C-355 del 2006 ha modificato la norma prevedendo tre condizioni in cui è possibile prati-care una interruzione volontaria della gravidanza «en el entendido que no se incurrir en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto».

²⁸ I.C. JARAMILLO SIERRA, *The New Colombian Law on Abortion*, in *Int J Gynecol Obstet.*, 160, 2023, 345-350.

²⁹ Corte costituzionale della Colombia, sentenza C-055/ 2022 (2022).

³⁰ Corte Suprema del Messico, *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* (2021).

³¹ Art. 13 Cost. Colombia 1991: «Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de

affermato nel 2006, la Corte ha fatto propria una concettualizzazione intersezionale della discriminazione, che colpisce le donne per motivi di genere, condizione economica e origine etnica, per affermare che misure formalmente neutrali hanno un diverso impatto sui segmenti più vulnerabili della popolazione. La criminalizzazione dell'aborto, in particolare, ha un effetto indirettamente discriminatorio sulle donne più svantaggiate – indigene, immigrate, afro-colombiane e che vivono in zone rurali –, le quali non solo incontrano maggiori ostacoli all'accesso all'aborto, ma fronteggiano anche maggiori possibilità di incorrere nella sanzione penale (337).

A ciò la Corte aggiunge considerazioni più generali in materia di eguaglianza di genere. L'articolo 122 c.p. stabilisce infatti un reato che sanziona le donne in quanto tali, non solo perché per costituzione biologica solo le donne sono capaci di gestazione, ma anche perché il reato di aborto punisce una donna che «provoca il proprio aborto» o che, con il proprio consenso, «consente ad altri di provocarlo». Così, non solo il reato di aborto volontario si fonda su di una qualificazione sospetta, ma la sua stessa configurazione come reato si radica nello stereotipo tradizionale, che riduce il corpo della donna alla sua funzione riproduttiva (535). In questa luce, il reato di aborto, come configurato dalla norma impugnata, accentua la differenza di genere su cui si fonda e, quindi, perpetua la discriminazione che le donne storicamente hanno subito (536).

Alla violazione dell'eguaglianza, la Corte associa quella della dignità, sulla quale, come si è visto, aveva fatto ampiamente leva nella sentenza del 2006. Ricorrere alla criminalizzazione dell'aborto consensuale come meccanismo primario di tutela della vita gestazionale, infatti, riduce le donne a mero strumento «di riproduzione della specie umana», il che è incompatibile con la dignità (505), così come lo sono i molteplici ostacoli all'accesso alle procedure abortive, che hanno di fatto reso inoperanti le eccezioni volte a salvaguardare la dignità e gli altri diritti delle donne, previste dalla sentenza del 2006 (480).

Il secondo pilastro della decisione del 2022, il diritto alla salute, è tutelato dall'art. 49 della Costituzione³², e nonostante figuri tra i diritti sociali, è stato costantemente interpretato dalla Corte in connessione con i diritti alla vita e alla dignità. In particolare, a partire da una pronuncia del 2008, la Corte ha affermato che il diritto alla salute ha natura fondamentale, e che quindi è soggetto alla *acción de tutela*, il meccanismo previsto dall'art. 86 Cost., che consente a tutti i soggetti di rivendicare da-

grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

³² Art. 49 Cost. Colombia, 1991: «La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad».

vanti all'autorità giudiziaria la protezione immediata dei diritti fondamentali³³. Nella pronuncia del 2022, la Corte ha affermato che la negazione dell'accesso all'aborto costituisce una violazione del diritto alla salute, anche sulla base dei dati relativi alla mortalità materno-infantile prodotti da vari organismi e comitati internazionali, nonché dal Ministero della Salute. La Corte ha così potuto affermare che la Colombia ha fallito nel suo dovere di tutelare il diritto alla salute, mantenendo in vigore normative di natura penale che di fatto hanno agito da barriere al godimento dei diritti riproduttivi.

Come si è detto, la Corte fa leva anche sulla libertà di coscienza delle donne, quale componente fondamentale della dignità. In questa chiave, le donne hanno diritto ad effettuare decisioni in accordo con le proprie convinzioni morali, e questa libertà viene violata se esse sono costrette a portare avanti una gravidanza contro la loro volontà. Secondo la Corte, la decisione di divenire madre ha infatti natura personalissima e strettamente individuale, e non è quindi trasferibile ad altri individui. Così, nelle parole della Corte: «la legge impugnata consente allo Stato di giudicare e punire una donna che, durante la gravidanza, decida di agire secondo i propri giudizi morali o convinzioni intime, il che genera un'evidente tensione di rilevanza costituzionale con la libertà [di coscienza], poiché [richiede alla donna] di diventare madre, anche contro la sua stessa volontà» (375).

Chiarita la portata dei diritti violati dall'art. 122 c.p., la Corte passa a trattare quello che è forse l'aspetto di maggiore interesse della pronuncia C-055 del 2022, e cioè l'analisi dei limiti che il legislatore incontra nell'uso del diritto penale per tutelare la vita prenatale³⁴.

La Corte giudica *prima facie* la criminalizzazione dell'aborto per tutelare la vita prenatale compatibile con la Costituzione. Tuttavia, anche fatte salve le eccezioni previste dalla sentenza C-355/2006, la criminalizzazione assoluta, e relativa a tutte le fasi della gravidanza, dell'aborto, determina una tensione tra la tutela della vita gestazionale ed altri valori e principi di rango costituzionale (261). La vita prenatale è un bene giuridico che deve essere tutelato in tutte le fasi del suo sviluppo, ma non necessariamente sempre con la stessa intensità, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti (266). Pertanto, l'uso del diritto penale a tutela della vita gestazionale è necessariamente limitato dalla gravità della natura della sanzione penale e della sua potenzialità di gravare su altre garanzie costituzionali (270). In particolare, afferma la Corte, la criminalizzazione dell'aborto, nei termini categorici dell'art.122 c.p., è responsabile della proliferazione del ricorso all'aborto clandestino, con gravi conseguenze di salute pubblica, *in primis* gli alti tassi di mortalità e morbilità materna (288).

L'uso del diritto penale, continua la Corte, incontra limiti costituzionali formali e materiali, scaturenti dalle prescrizioni del preambolo costituzionale e degli articoli 1 e 2 della Carta, che pongono la dignità umana a fondamento dello Stato e la tutela dei diritti della persona a suo fine essenziale (401). La natura del diritto penale impone al legislatore il ricorso ad altri strumenti «meno gravosi» e ad «altri mezzi preventivi ugualmente idonei e meno restrittivi della libertà». L'intervento del legislatore penale, in altri termini, deve essere configurato come ultima *ratio*, mentre nel caso di specie, la norma censurata, pur mirando al raggiungimento di una finalità costituzionale imperativa, confligge con il

³³ A.E. YAMIN, O. PARRA VERA, *Judicial protection of the right to health in Colombia: from social demands to individual claims to public debates*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 33, 2010, 101-129.

³⁴ La Corte ha sviluppato un'ampia giurisprudenza in materia di limitazioni all'uso del diritto penale, in particolare nel contesto dei diritti dei detenuti, a partire dalla sentenza C-388/2013 (2013).

dettato costituzionale perché utilizza il diritto penale come strumento primario di contrasto all'aborto (404).

A queste considerazioni, la Corte ne aggiunge altre, fondate sull'assunto per cui l'uso indiscriminato del diritto penale è arbitrario e contrario alle esigenze dello stato sociale di diritto (445). Vengono in considerazione in questa luce l'inerzia del legislatore nel proporre soluzioni concrete alla situazione in cui versano centinaia di donne che affrontano gravidanze indesiderate, oltre alla insufficiente protezione della maternità, per cui il diritto penale si traduce nell'unico strumento a tutela della vita prenatale. Così, però, lo Stato viene meno all'obbligo previsto dall'art. 42 Cost. di garantire assistenza e protezione alla donna durante la gravidanza e dopo il parto (477). È quindi compito dello Stato elaborare ed attuare, con una prospettiva intersezionale, politiche pubbliche, volte alla protezione della vita prenatale – incluse politiche in materia di educazione sessuale e riproduttiva – meno lesive dei diritti delle donne (574).

La tensione costituzionale tra la tutela della vita prenatale e i diritti delle donne, conclude la Corte, non può risolversi privilegiando l'una o gli altri, poiché ciò comprometterebbe l'efficacia materiale della Costituzione (578). Questa tensione si risolve accogliendo il principio per cui la protezione della vita gestazionale deve essere graduale e incrementale fino al momento in cui vi è una maggiore probabilità che il nascituro sopravviva al di fuori del corpo della gestante. Questa considerazione, del resto, si allinea alla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, che pure ha affermato il carattere non assoluto della tutela della vita prenatale e sposato il concetto per cui essa gode di una protezione graduale ed incrementale, per cui debbono necessariamente essere previsti alcuni termini entro i quali l'interruzione della gravidanza è legale³⁵.

In questa luce, l'aborto, come definito nella legge impugnata, è punibile solo quando viene eseguito dopo la ventiquattresima settimana di gestazione, dopo di che continuano ad applicarsi le tre eccezioni stabilite dalla sentenza C-355/2006 (636).

5. La lezione della Corte colombiana: proporzionalità e pluralismo contro il rischio di delegittimazione

La sentenza C-055 del 2022 ha suscitato, come vi era da attendersi, reazioni difensive da parte delle forze conservatrici colombiane. Il Presidente in carica al momento della decisione, Iván Duque, ha accusato la corte di eccessivo attivismo e di aver usurpato il ruolo del legislatore, ed annunciato il ricorso allo strumento referendario per ripristinare le sanzioni penali. La situazione è però cambiata con l'elezione del nuovo Presidente Gustavo Pedro, che si è impegnato a rispettare la decisione.

Queste dinamiche non debbono sorprendere. L'analisi comparata dimostra come la regolamentazione dell'aborto, quale che sia il contesto nazionale, pone alle corti sfide di particolare complessità³⁶. La indeterminatezza delle disposizioni costituzionali in materia, la divisività dell'aborto, la sua dimensione morale, e l'impossibilità di raggiungere un compromesso sostanziale, rendono l'interruzione di

³⁵ Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Artavia Murillo et al. c. Costa Rica*, 28 novembre 2012. Cfr. Per una panoramica sull'evoluzione della giurisprudenza in materia B. FRASER, *Tide begins to turn on abortion access in South America*, in *The Lancet*, 383, 9935, 2014, 2113 – 2114.

³⁶ S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012.

gravidanza un terreno scivoloso, su cui le corti rischiano di perdere legittimità. L'esempio più ovvio è quello degli Stati Uniti, in cui, dalla decisione in *Roe v. Wade*³⁷ a quella in *Dobbs v. Jackson*³⁸, l'aborto ha catapultato la Corte al centro delle guerre culturali, ne ha drammaticamente acuito la politicizzazione, e ha pesantemente compromesso la fiducia dei cittadini nella professionalità dei giudici³⁹.

Nella sua giurisprudenza sull'aborto, la Corte costituzionale colombiana ha saputo mitigare queste difficoltà, utilizzando la tecnica decisionale ed i parametri di costituzionalità più appropriati, ed un approccio sensibile al contesto nazionale.

Il primo aspetto interessante è quello del linguaggio utilizzato dalla Corte. La sentenza del 2006 fa uso di un linguaggio e di una retorica in sintonia con la teoria femminista, nonostante di fatto la Corte abbia poi depenalizzato l'aborto solo in tre circostanze estreme. La sproporzione tra il linguaggio dei giudici e il risultato conseguito si spiega però se tiene conto del contesto colombiano, caratterizzato tradizionalmente da una pesante influenza della Chiesa cattolica nella vita pubblica, da una fortissima storia di opposizione all'aborto, e da una legislazione eccezionalmente repressiva, per cui anche un abbassamento minimo degli standard normativi ha richiesto l'uso di un linguaggio particolarmente forte e convincente a sostegno dei diritti fondamentali delle donne. A fronte, cioè, di un contesto storicamente straordinariamente ostile all'aborto, è stato necessario impiegare un arsenale per aprire una peraltro modesta breccia nel muro che tradizionalmente aveva impedito alle donne di abortire legalmente anche nei casi più estremi. Non a caso, nella sentenza del 2022, in un contesto assai più plurale, plasmato da decenni di conflitti e calato in una realtà regionale dinamica (l' "onda verde"), il linguaggio della Corte si è arricchito della dimensione *queer*, incorporando nel discorso sui diritti riproduttivi il riconoscimento dell'identità di genere.

Un secondo aspetto di notevole interesse è l'adozione da parte della Corte di una posizione di pluralismo morale. Il pluralismo morale richiede che il giudice lasci spazio alla coesistenza di quante più diverse concezioni del bene sono compatibili con il mantenimento di eguali condizioni di rispetto per ogni singolo proponente di una particolare concezione, e perché ogni proponente possa perseguire la propria concezione⁴⁰. Questo richiede naturalmente alcune limitazioni, nella misura in cui perseguire una concezione implica interferire con, o frustrare il, perseguimento di altre concezioni. All'interno dei vincoli imposti dal quadro di riferimento normativo e valoriale internazionale e nazionale, la Corte si adopera per accomodare le diverse e confliggenti posizioni. Lo fa, ad esempio, stabilendo che *prima facie* l'uso del diritto penale sia costituzionalmente legittimo per tutelare la vita prenatale, e ribadendo il valore costituzionale di quest'ultima, a fronte di una decisione che limita però la discre-

³⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

³⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022).

³⁹ In connessione con la decisione nel caso *Dobbs*, la fiducia del pubblico nella Corte Suprema è scesa a un minimo storico, insieme alla sua reputazione di professionalità e correttezza. Un sondaggio condotto nell'agosto 2022 dall'Annenberg Public Policy Center ha rilevato che il 53% degli adulti statunitensi disapprova il modo in cui il tribunale gestisce il proprio lavoro. Il sondaggio rivela anche un abisso tra le qualità che il popolo americano afferma di apprezzare maggiormente nei giudici, come l'equità e l'imparzialità, e le caratteristiche che percepiscono nei giudici della Corte Suprema. *Over Half of Americans Disapprove of Supreme Court as Trust Plummetts*, <https://www.asc.upenn.edu/news-events/news/over-half-americans-disapprove-supreme-court-trust-plummetts> (ultimo accesso 20 gennaio 2023).

⁴⁰ Per una elaborazione della posizione del pluralismo morale v. M. ROSENFELD, *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics*, Berkeley, 1998, 199–233.

zionalità del legislatore penale e adotta la concezione del valore gradualistico ed incrementale della vita del nascituro. Un altro esempio è il passaggio, sopra citato, in cui la Corte chiarisce che i limiti all'esercizio dell'obiezione di coscienza sono intrinseci alla *ratio* del suo riconoscimento, che è quella di contribuire alla tutela della diversità culturale.

Per raggiungere questo risultato, non sorprende che la tecnica decisionale utilizzata dalla Corte sia il principio di proporzionalità, con il test di bilanciamento che ad esso è associato. La proporzionalità non è, ovviamente, un test senza connotazioni di valore. Al contrario, il test effettuato quando si usa il principio di proporzionalità richiede in ogni caso un giudizio di valore, sia quando il giudice deve decidere se una misura persegue un obiettivo legittimo, sia nel momento in cui effettua il bilanciamento finale. Tuttavia, proporzionalità e bilanciamento possono mitigare l'impatto di una decisione moralmente contestabile in due modi. In primo luogo, con l'analisi proporzionale e il bilanciamento il giudice spesso riesce a restringere l'ambito della decisione giudiziale moralmente contestabile. In secondo luogo, quali che siano gli elementi moralmente contestabili che rimangono dopo l'applicazione del principio di proporzionalità e del test del bilanciamento, si tratta di elementi che non si possono evitare, perché costituiscono un "minimo" di autonomia decisionale sotto la soglia del quale il giudice non può scendere senza abdicare al suo ruolo morale, ma anche istituzionale, di organo di giustizia costituzionale.

Quando, come nel caso dell'aborto, il conflitto è sostanzialmente insanabile, la migliore strategia per salvaguardare il pluralismo morale può consistere nell'appellarsi alla retorica dell'universalismo e dei valori condivisi. In questo senso la scelta della Corte colombiana del 2006 di fare massiccio ricorso alle fonti internazionali e in particolar modo alla dignità appare particolarmente accorta. Proprio per la sua malleabilità, il ricorso alla dignità può avere infatti un'importante funzione non tanto sostanziale, ma piuttosto *istituzionale*⁴¹, contribuendo alla legittimazione dei giudici come arbitri morali nelle decisioni controverse e consentendo quindi di attenuare l'intensità della cosiddetta difficoltà contro-maggioritaria⁴². La dignità ha fornito alla Corte un linguaggio con cui indicare il peso attribuito a determinati diritti e valori. Quando, infatti, un diritto o valore si fonda sulla dignità, questo indica che la corte valuta il peso da attribuirvi considerevole o addirittura decisivo, indipendentemente dalla portata pratica della decisione. Nel caso colombiano, poi, la dignità ha costituito il canale di comunicazione tra l'esterno e l'interno dei sistemi giuridici. Come si è visto, la Corte ha fatto leva sui trattati internazionali a tutela dei diritti umani per dimostrare come la lettura, nella Costituzione colombiana, di un accesso legittimo all'aborto fosse in armonia con norme e valori universali. Il ricorso alla dignità ha permesso alla Corte di sviluppare la propria dottrina, incorporando il contesto locale sotto l'apparenza di usare un principio universale.

Un'ultima considerazione concerne la lungimiranza dei movimenti sociali colombiani, che hanno perseguito l'obiettivo della progressiva depenalizzazione dell'aborto in parallelo con campagne mirate a far mutare la percezione sociale dell'aborto. Questo ha permesso alla Corte di decidere in contesti maggiormente recettivi all'esigenza di conciliazione tra diritti e valori confliggenti, evitando di porsi in una situazione irrimediabilmente contro-maggioritaria.

⁴¹ C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 19, 4, 2008, 713 ss.

⁴² ID., 715.

In conclusione, l'esperienza colombiana insegna che è possibile per i giudici pronunciarsi su questioni fortemente divisive, salvaguardando la propria legittimità, e rafforzando la tutela del pluralismo che caratterizza le società complesse.

Parlare di aborto per rimettere al centro la libertà delle donne. Ripartire dal principio di autodeterminazione come responsabilità della gestante

*Francesca Angelini**

TALKING ABOUT ABORTION IN ORDER TO RESTORE WOMEN'S FREEDOM. RESTARTING FROM SELF-DETERMINATION AS RESPONSIBILITY OF THE PREGNANT WOMAN

ABSTRACT: In many countries there are clear signs of the persistence of patriarchy. The article argues that the attempts to question abortion rights in those legal orders derive from such forces and share illiberal tendencies. Based on such premise, it is necessary to rethink access to abortion in light of a woman's full self-determination regarding procreative choices, which is tied to a sense of responsibility to herself and to the fetus.

KEYWORDS: Patriarchy; abortion; procreative freedom; self-determination; responsibility principle

ABSTRACT: L'articolo, muovendo in premessa dal delineare i segnali evidenti della persistenza delle forze del patriarcato in molti paesi, riconduce all'azione di tali forze i tentativi di messa in discussione dell'accesso all'aborto in più ordinamenti tutti accomunati da torsioni illiberali. Sulla base di tale premessa, il lavoro si concentra sulla necessità di ripensare l'accesso all'aborto sul riconoscimento pieno della libertà della donna di autodeterminare le proprie scelte procreative, libertà che si lega al suo senso di responsabilità per sé e per il feto.

PAROLE CHIAVE: Patriarcato; aborto; libertà procreativa; autodeterminazione; principio di responsabilità

SOMMARIO: 1. Una premessa necessaria per iniziare. La persistenza del patriarcato – 2. Nessun conflitto può esserci se c'è la responsabilità della madre – 3. «Il personale è politico!». Ripartire dalla libertà delle donne conviene a tutti.

* Professoressa associata confermata di Istituzioni di diritto pubblico, Sapienza Università di Roma. Mail: francesca.angelini@uniroma1.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Una premessa necessaria per iniziare. La persistenza del patriarcato

Per quanto clamoroso, l'esito della sentenza *Dobbs* non giunge inaspettato. La polarizzazione su posizioni conservatrici e antiabortiste all'interno della Corte suprema era prevedibile dopo le ultime tre nomine dei giudici fatte da Trump ed era, di fatto, già emersa in altre pronunce recenti¹; ma, soprattutto, la sentenza appare come il punto di arrivo di almeno venticinque anni di politiche conservatrici e antiabortiste, frutto delle battaglie di organizzazioni religiose integraliste e reazionarie. Tali movimenti, dopo anni di contestazioni aperte contro l'aborto, anche molto violente², hanno intrapreso, negli ultimi anni, la via dell'attacco alla disciplina federale all'Ivg che utilizza l'azione del potere legislativo dei singoli Stati a maggioranza Repubblicana, al fine di rimettere in discussione modalità e tempi di accesso previsti a livello federale. A ben vedere *Dobbs* rappresenta l'aspetto più evidente di un fenomeno più complesso e radicato che non ha caratterizzato solo l'intero mandato di Trump – manifestandosi in maniera eclatante nella giurisprudenza della Corte Suprema –, ma che sta orientando e determinando, con intensità diversa, anche altre esperienze politiche accomunate da torsioni illiberali o autoritarie che mirano a colpire *in primis* la libertà delle donne: la persistenza del patriarcato³.

Molte delle vicende politiche più preoccupanti degli ultimi anni hanno la loro spiegazione più profonda nel radicamento sociale e culturale delle forze politiche che sostengono la persistenza del patriarcato. Le motivazioni del loro riemergere appare funzionale al rafforzamento della rigidità della struttura sociale che alimenta i processi di restaurazione di stampo conservatore e illiberale che attraversano, in più regioni del mondo, le esperienze politiche contemporanee di diversi paesi, anche di democrazia consolidata. Il patriarcato è fondato su un sistema antico la cui cultura, organizzata secondo una «struttura binaria e gerarchica di genere» – che «eleva alcuni uomini al di sopra di altri e tutti gli uomini al di sopra delle donne» –, si alimenta dell'azione «di regole, codici e valori che prescrivono dettagliati comportamenti e ruoli su come stare al mondo sia agli uomini che alle donne»⁴. La cogenza di tali regole deriva per lo più da convinzioni culturali e psicologiche interiorizzate così insidiose da influire sui giudizi, sui desideri e sulle relazioni che animano i singoli comportamenti e che si alimentano del valore dalla tradizione. Nei codici e nei modelli di mascolinità e di femminilità il patriarcato instaura un sistema di controllo anche sul corpo, ma si tratta di un sistema di disciplinamento estre-

¹ Sulla sentenza *Dobbs* e sui precedenti della Corte suprema: A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 1 ss.; A. RIDOLFI, «*Roe and Casey are overruled*». *Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte suprema nel Sistema costituzionale statunitense*, in corso di pubblicazione; L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 32 ss.; G. SORRENTI, *Corte Suprema, Dobbs v. Jackson: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 610 ss.; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2022, 23 ss.

² Sull'aborto come fattore altamente polarizzante della società e della politica americana e sul ruolo determinante, in quel contesto, dell'ascesa e della politicizzazione del fondamentalismo protestante di estrema destra, si rinvia all'illuminante ricostruzione di S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 257 ss.

³ Da ultimo, riflettono sulla persistenza del patriarcato C. GILLIGAN, N. SNIDER, *Perché il patriarcato persiste?*, 2018, Milano, 2021, passim, in relazione alla rielezione di Trump, 27 ss.

⁴ C. GILLIGAN, N. SNIDER, *Perché il patriarcato persiste?*, cit., 32.

mamente differenziato. Storicamente, infatti, il corpo maschile è un corpo attivo, attraverso il quale si manifesta la volontà quale libertà individuale; «per l'uomo l'autodeterminazione del corpo è il primo ambito di diritti, quello che permette di fronteggiare il potere, definendo una sfera di autonomia. Alle donne viceversa questa autonomia è negata, del tutto o in parte a causa della capacità procreativa propria del corpo femminile»⁵.

I modelli sono differenziati anche nei contesti politici, ma ogni esperienza di ordine patriarcale si fa custode o padrone del corpo della donna, al fine di controllarne *in primis* la sessualità; dai modelli più esasperati e feroci di controllo (si pensi all'Afghanistan e all'Iran) alle manifestazioni che si affidano a un più mite paternalismo, l'obiettivo del patriarcato è sempre quello di incidere, in maniera più o meno ampia, la sfera di autonomia della donna in modo da limitarne la libertà sul suo corpo.

Quanto detto trova conferma anche nel dibattito teorico sul principio di autodeterminazione e, in particolare, nelle «sfumature semantiche peculiari» che il concetto accoglie nel pensiero femminista rispetto, invece, al significato che esso assume nella filosofia politica moderna⁶. Nella dottrina liberale la parola libertà indica la situazione «di non-impedimento» e la «libertà» ricopre la stessa estensione del termine «liceità»; nella dottrina democratica libertà «significa "autonomia", ovvero il potere di dar norme a se stessi e di non ubbidire ed altre norme che a quelle date a se stessi»⁷. Nelle studiose femministe, invece, la critica «a queste ricostruzioni non riguarda tanto la libertà e l'autonomia come tali quanto piuttosto la soggettività da esse presupposta, una soggettività che tuttavia è tale da influire sulla loro definizione [...]. Il ricorso da parte delle donne al concetto di autodeterminazione da un lato recupera le istanze di libertà negativa e positiva [...], dall'altro però presenta una curvatura polemica rispetto all'esclusione delle donne perpetuata dalla tradizione. Tale specificità implica un aspetto individuale e uno sociale: il primo riguarda il nesso tra l'autorealizzazione e il controllo del proprio corpo, il secondo la liberazione da rapporti sociali oppressivi di tipo patriarcale»⁸.

L'obiettivo di tale premessa è di andare al centro delle problematiche che riguardano un tema complesso qual è l'aborto, configurabile come l'aspetto legato al processo procreativo «più marcatamente rivestit(o) da tratti di drammaticità»⁹ per le donne. Nella sua rappresentazione, tuttavia, ha prevalso una connotazione conflittuale, foriera di molte ambiguità e reticenze che hanno finito per restituire una narrazione (*rectius*: regolamentazione) sull'accesso all'ivg finalizzata a limitare l'autodeterminazione della donna in favore di interventi esterni alla sua volontà; la libertà di interrompere la gestazione risulta, infatti, spesso connessa a verifiche sulla gravidanza e all'esistenza di condizioni di fragilità della donna, che in alcuni casi legittimano anche interventi esterni quali aiuti occasionali di carattere economico, morale e psicologico che mirano esclusivamente ad interferire

⁵ M.L. BOCCIA, *Il corpo e la legge*, in Id., *Le parole e i corpi*, Roma, 2018, 218.

⁶ Lo sottolinea efficacemente A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive*, Milano-Udine, 2020, 25 ss.

⁷ N. BOBBIO *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, 228.

⁸ A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive*, cit., 27-28.

⁹ M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 115, ma nello stesso senso si veda anche P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 97. Da ultimo sulle problematiche legate alla garanzia dell'accesso all'aborto, in Italia e in altre regioni del mondo, si rinvia ai saggi contenuti nell'ampio focus dal titolo *L'interruzione volontaria della gravidanza: una prospettiva comparata*, in *Nomos*, 2, 2022, con saggi di F. ANGELINI, L. BUSATTA, M.P. IADICICCO, C. LUZZI, E. OLIVITO, E. PAPARELLA per l'Italia e di A. BARAGGIA, A. BRIGO, M SOUSA, A. DI MARTINO, J. SAWICKI per le esperienze comparate.

con la determinazione di abortire. Queste rappresentazioni evitano così di riconoscere la realtà della procreazione: quella biologica, e cioè che nessun bambino può nascere senza la volontà della madre, e quella giuridica, e cioè che l'aborto dovrebbe avere a che fare solo con la libertà della donna di autodeterminare le proprie scelte procreative, libertà che si lega al suo senso di responsabilità per sé e per il feto.

Per chiarire meglio quanto detto basta riferirsi alle esperienze di legalizzazione dell'aborto che risultano tutte più o meno accomunate da difficoltà attuative e da continui tentativi di messa in discussione delle discipline. Così anche l'esperienza italiana; la storia della l. 194 del 1978, a quasi mezzo secolo dalla sua entrata in vigore, continua infatti a rappresentare l'esempio di una legge dalla trama del tutto singolare¹⁰. Contrastata nella sua approvazione¹¹, essa ha seguito a incontrare forti ostacoli e contestazioni, anche in maniera indiretta e meno visibile, ma con strumenti molto efficaci nel ridurre gli spazi di decisione delle donne e nel tradursi in forme di vero e proprio sabotaggio alla loro libertà di scelta, come la dottrina ha più volte messo in evidenza¹². Gli strumenti, ben noti, sono ad esempio quelli della marginalizzazione silenziosa e della drastica diminuzione dei medici e del personale non obiettore, cui fa da contraltare la diffusione oramai gigantesca dell'obiezione di coscienza del personale medico e paramedico. Negli ultimi anni, inoltre, la strategia di attacco alla l. 194 si è evoluta anche sul piano politico; come del resto è avvenuto anche negli Stati Uniti, a modalità fondate su attacchi frontali a chi permette o fa ricorso all'aborto si sono aggiunte strategie più strutturate, basate sull'individuazione di vere e proprie forme di boicottaggio operativo all'attuazione della legge, che hanno quali protagonisti anche i livelli di governo sub statale¹³.

Eppure tali strategie, almeno nel nostro Paese, convivono anche con l'idea, che appartiene ai più, che sul tema aborto si sia raggiunta una sorta di pacificazione sociale, un punto di equilibrio posto dalla legge. In realtà, come è noto, la l. 194 presuppone una configurazione delle vicende riproduttive, con riguardo in particolare all'attuazione della disciplina dell'aborto, basata sulla contrapposizione fra interessi della madre e del concepito. La costruzione di questa rappresentazione, che ha radici profonde riconducibili alla penalizzazione dell'aborto, ha segnato un passaggio fondamentale nella storia della disciplina dell'IVG in Italia perché è stata il fondamento della *ratio* decisoria della sentenza n. 27 del 1975 in cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimità della «prevalenza totale e assoluta» degli interessi del concepito, su cui si basava il reato di aborto, aprendo, dunque, la strada all'argomentazione per cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione come persona ancora da diventare». Quell'importante bilanciamento – a sua volta influenzato dalla storica sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Roe* del 1973, che pur segnò la prevalenza del diritto alla salute della ge-

¹⁰ G. RODANO, *L'aborto e la scelta. L'offensiva alla 194 e l'esperienza che le donne hanno fatto*, in *Reti*, 2, 1989, 49.

¹¹ Come ricorda, da ultimo, F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, Napoli, 2022, 225, che definisce il percorso della legge «faticoso e irto di ostacoli».

¹² Si vedano, fra gli altri, G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in ID., A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 823 ss.; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, 44 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 141 ss.

¹³ Si veda in particolare F. ANGELINI, *Introduzione. Perché parlare di aborto?*, in *Nomos*, 2, 2022, 3 ss.

stante – poggia, dunque, sull’assunto che c’è un interesse del concepito separato dal diritto alla salute della madre e con il quale può entrare in conflitto. Questa contrapposizione ha poi informato gran parte della disciplina di decisa procedimentalizzazione e medicalizzazione della l. 194 e della sua attuazione, riuscendo ad alimentare, come segnalato ampiamente dalla dottrina¹⁴, nei dettagli e negli interstizi di quella procedimentalizzazione, misure che, in varie modalità, hanno mirato a svuotare la legge anche dei suoi contenuti più innovativi, quali, ad esempio, la promozione del ruolo dei consulenti, riuscendo ad aprire più di un varco a forme diversificate di indebolimento nella sua attuazione.

2. Nessun conflitto può esserci se c’è la responsabilità della madre

L’aspetto che va rimesso al centro delle questioni che attengono la procreazione è che «le donne possono scegliere per cosa sia opportuno partorire e per cosa rifiutarsi di farlo, e che queste opzioni caratterizzano la nascita umana»¹⁵; così una donna che si predispone alla «responsabilità per» la creatura che nasce riconosce sé stessa «come soggetto in relazione»¹⁶ e manifesta la piena cognizione della costruzione di una nuova relazione umana che dipende da lei. Questo dato palese è stato, invece, prima evitato nei percorsi che hanno portato alla legalizzazione dell’aborto, e poi mistificato dal dibattito successivo che lo ha considerato un elemento marginale o del tutto remissivo rispetto ad altri interessi. C’è un elemento, infatti, dal quale oggi non si può prescindere; dopo la stagione che ha portato alla legalizzazione dell’aborto, già a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso si sono aperte offensive contro la legge 194, inizialmente «definita “legge permissiva, permissivamente applicata”»¹⁷, finalizzate a rimettere in discussione la sua applicazione prima ancora della sua modifica o della sua abrogazione. Tutte le forme di attacco alla disciplina dell’aborto si sono tradotte in strategie mirate a negare o restringere la libertà di scelta della donna. Tali limitazioni si sono insinuate proprio nei margini di condizionamento di una disciplina che basava il riconoscimento dell’autodeterminazione della donna solo all’interno di un sistema procedimentalizzato e medicalizzato; ogni fase di quel procedimento e ogni aspetto di quella medicalizzazione si è così trasformato in uno spazio all’interno del quale il potere controllo sulle donne si è inserito in maniera più o meno soft, rafforzando la volontà di coercizione sulla loro autonomia. Così è stato anche nei casi in cui si è tentato di influenzare la decisione della donna attraverso interventi statali paternalistici finalizzati all’accentuazione della “solidarietà sociale” nella forma, ad esempio, dell’«istituzione di comitati etici

¹⁴ Con toni differenti, si vedano: G. BRUNELLI, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, cit., 824 ss.; C. LUZZI, *Dall’aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di “esproprio del corpo femminile”*, in *Ragion pratica*, 2, 2019, 375 ss.; S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l’eredità dell’aborto*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005, 3 ss.; M.P. IADICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 120 ss.; L. RONCHETTI, *Aborto e diritto: l’autodeterminazione sessuale e procreativa delle donne*, cit., 49 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 131 ss.

¹⁵V. HELD, *Etica femminista. Trasformazioni della coscienza e della famiglia post-patriarcale* (1993), Milano, 1997, 129.

¹⁶ E. PULCINI, *La cura del mondo*, Milano, 2002, 251.

¹⁷ G. ZUFFA, *L’autodeterminazione è un principio etico*, in *Reti*, 5, 1989, 3.

che permettono alla donna di incontrare qualcuno che le possa proporre soluzioni diverse rispetto all'aborto»¹⁸.

In definitiva, la retorica che è prevalsa nelle modalità di disciplinamento dell'accesso all'aborto ha permesso di mantenere scissi i due piani complementari che compongono il principio di autodeterminazione, quello giuridico, che formalmente ha attribuito alla sola donna la scelta di interrompere una gravidanza, e quello morale e personale, che invece ha lasciato spazi di intervento ad altri soggetti affermando, così, una soggettività debole della donna che necessita di aiuto e di guida nella decisione responsabile. Poco o nulla, nella disciplina richiamata, viene, dunque, lasciato all'autodeterminazione intesa come scelta responsabile verso la autorealizzazione dalla donna e che valorizza le sue potenzialità (anche quelle del corpo); a ben vedere anzi le soluzioni prospettate dalla l. 194 si basano su due vistose contraddizioni che in maniera altrettanto evidente si pongono in contrasto con la soggettività libera e responsabile della donna. Da una parte, infatti, appare chiaro che tutte le forme di sostegno alla donna sotto forma di solidarietà sociale mirano a rappresentare «interessi "altri da lei" (quelli appunto del nascituro)» che vengono esplicitamente pensati in contrapposizione a lei; dall'altra l'accesso all'lvg, la cui decisione ultima viene lasciata alla donna, finisce per consolidare, all'interno della disciplina, una visione debole della donna «sulle cui spalle sarebbe iniquo scaricare con divieti e sanzioni, il peso di una maternità indesiderata»¹⁹. In altre parole, la legge 194 si basa su una contrapposizione di interessi fra donna e concepito, formalizzata in una disciplina articolata, che finisce per essere essa stessa un ostacolo a riconoscere la libertà delle donne come premessa o condizione al desiderio di maternità, e che ha finito per accreditare la convinzione, come ha affermato Silvia Niccolai, «che nella "natura" femminile non vi era alcunché di buono»²⁰. Si sono, invece, del tutto tralasciate, nel prevalere di tale logica, quelle riflessioni proprie del pensiero femminista che basano il discorso sull'lvg sull'autonomia della donna e sull'affermazione del potere del suo corpo di dare la vita e dal quale nasce in positivo il desiderio di essere madre e di accogliere un bambino. Sulla base di tali premesse, negli anni, la portata dell'autonomia della donna ammessa dalla legge, come è ben noto, si è ritrovata sempre più imbrigliata dalla scelta fatta dal legislatore del 1978 di ampia procedimentalizzazione dell'accesso all'aborto che ha finito per prestare il fianco a plurime forme di complicazione e di non attuazione della stessa legge. Non solo, in più di quarant'anni molto poco si è fatto per superare le contraddizioni sociali ed economiche che rendono poco conciliabile la condizione di donna e di madre; molto limitate sono state in questi anni le azioni sistemiche di sostegno sociale alla maternità desiderata e quelle finalizzate a socializzare il lavoro di cura. In particolare, in relazione alla l. 194, è stata completamente eclissata quella parte della legge che prevedeva il potenziamento dei consultori quali presidi sociosanitari territoriali basati su una peculiare configurazione di organismi ibridi – caratterizzati dall'accesso diretto e dalla gratuità delle prestazioni – cui doveva essere affidato il compito fondamentale di creare le condizioni favorevoli all'accesso alla maternità (e alla paternità) libera e responsabile. All'interno di un sistema sociale, giuridico ed economico così estraneo all'esperienza della maternità e distante dai suoi bisogni, quell'obiettivo dichiarato fin dal primo articolo della l. 194 di tutela della vita umana «fin dal suo inizio» si è tradotto di fatto, a

¹⁸ G. ZUFFA, *L'autodeterminazione è un principio etico*, cit., 3.

¹⁹ G. ZUFFA, *L'autodeterminazione è un principio etico*, cit., 3.

²⁰ S. NICCOLAI, *L'ambigua liberazione dalla natura*, in *Medicina nei secoli*, 2016, 105.

fronte, lo si ripete, di una perdurante assenza di politiche finalizzate a monte a creare le condizioni favorevoli al sostegno della maternità, in mera azione di controllo e di persuasione della donna attraverso le quali si svela la persistenza delle forze patriarcali.

Appare fondamentale, a quant'anni dalla l. 194, rimettere al centro della riflessione il tema della libertà delle donne e tentare di «ripensare e risignificare il concetto di libertà che si associa all'aborto»²¹; si tratta di una libertà profondamente connessa al senso di responsabilità che interroga ogni donna che si confronta con la possibilità di diventare madre, permettendole di esplorare il suo desiderio di maternità e di decidere ciò che «risponde al bene e agli interessi suoi e del feto»²².

3. «Il personale è politico!». Ripartire dalla libertà delle donne conviene a tutti

È alla riflessione del pensiero femminista che si deve l'attenzione per la specificità sessuale e biologica del corpo femminile nella riproduzione e grazie al suo contributo che si è portato in evidenza con nettezza il principio in base al quale «a una donna non si può imporre di essere o non essere madre [...] di usare o non usare il suo corpo a fini riproduttivi»²³; si tratta di «un limite semplice ed essenziale. Ma assumerlo significa rivoluzionare l'intero impianto normativo delle relazioni procreative sessuali»²⁴. Quando le donne sono messe nelle condizioni di scegliere di avere o meno un figlio, «ogni donna può chiedersi: perché devo avere un bambino? [...] Il fatto che le donne possano procreare per dei motivi dovrebbe rendere chiaro quanto la nascita umana sia profondamente *diversa* da un evento biologico. L'aspetto su cui [è] opportuno aprire gli occhi è il fatto che le donne possono scegliere per cosa partorire o per cosa rifiutarsi di farlo, e che queste opzioni caratterizzano la nascita umana»²⁵.

L'insieme di queste riflessioni conduce a porre innanzitutto al centro del discorso il tema della responsabilità procreativa e a riconoscere al suo interno una centralità alla consapevolezza della scelta della madre. La percezione femminile della propria esperienza di madre diventa essenziale per valutare le condizioni per la nascita. È la donna *in primis* a confrontarsi con la nuova situazione e la nuova relazione che conseguono ad una nascita ed è quella valutazione che, nel riconoscimento del valore della scelta responsabile nella procreazione, porta alla maternità consapevole. Se è vero che «nella totale non-autosufficienza di ciò che è generato è per così dire ontologicamente programmato che i procreatori lo tutelino dal rischio di ricadere nel nulla e ne assistano il divenire ulteriore»²⁶, il percorso e l'atto della procreazione generano una responsabilità causale della madre verso il nuovo nato²⁷, che non dovrebbe essere dimenticata, né tanto meno sottovalutata soprattutto dal legislatore. Alla

²¹ E. OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. "Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?"*, in *Nomos*, 2, 2022, 8.

²² E. OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. "Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?"*, cit., 9.

²³ M.G. GIAMMARINARO, *Diritto leggero e autonomia procreativa. La maternità di sostituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1, 1996, 100.

²⁴ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L'eclissi della madre. Fecondazione artificiale tecniche, fantasie e norme*, Milano, 1998, 213.

²⁵ V. HELD, *Etica femminista. Trasformazioni della coscienza e della famiglia post-patriarcale*, cit., 129.

²⁶ H. JONAS, *Il principio responsabilità* (1979), Torino, 2002, 167.

²⁷ A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, cit., 59.

luce di tale premessa, occorre, dunque, prendere in considerazione che gli interessi della creatura che nascerà, non possono essere pensati in conflitto con quelli della madre perché è solo con la sua scelta, e con l'assunzione di responsabilità²⁸ che ne consegue, che quella creatura verrà al mondo.

La ricostruzione qui proposta mira chiaramente a superare e sconfessare quella basata sulla contrapposizione di interessi fra donna e concepito, per rimettere al centro la dimensione relazionale della gravidanza²⁹ e della maternità, muovendo dalla sua corporeità; l'obiettivo è quello di restituire valore alla posizione femminile e alla parola delle donne riconoscendo prima di tutto «una specifica competenza morale che le donne incinte sviluppano proprio a motivo del loro stesso stato»³⁰. L'assunzione di tale prospettiva porta a considerare la gravidanza come una condizione o, più precisamente, come un'esperienza peculiare che permette alla donna di percepire pienamente la concretezza dell'esistenza propria e del feto in un coinvolgimento unitario, psicologico e corporeo che la porta a riconoscere o non riconoscere quel feto come la propria creatura e, in nel primo caso, ad assumere la responsabilità per quella nuova creatura, accogliendo e valorizzando in quel preciso momento la potenza del proprio corpo di dare vita ad un altro corpo. Gli interessi che, dall'esterno di quell'esperienza, si vogliono contrapposti sono in realtà vissuti dalla donna «in una tensione interna, che non può che renderglieli entrambi presenti»; proprio quella tensione, infatti, fa sì che «la sua scelta, lungi dall'essere moralmente irrilevante, possa e debba considerarsi moralmente responsabile»³¹.

Il mondo femminista, negli anni Settanta, non fu unitario nel condividere la scelta di affidare la disciplina all'Ivg ad una legge che ne procedimentalizzava dettagliatamente l'accesso; per una parte importante di quel movimento erano evidenti, infatti, i rischi e le ambiguità che avrebbero potuto condizionare la libertà delle donne nella scelta procreativa, nell'affidarsi «alla misura esterna della legge»³², che poco lasciava alla libertà delle donne come premessa o preconditione al desiderio di maternità. In alternativa alla legalizzazione procedimentalizzata dell'aborto, una parte del mondo femminista aveva avanzato la proposta della semplice depenalizzazione dell'aborto³³.

Com'è noto, fra le diverse posizioni, la legalizzazione dell'aborto sulla base delle condizioni previste nella l. 194 si è affermata, in quel momento storico, come la scelta politica più efficace ad arginare il dramma dell'aborto clandestino e a dare risposte alle condizioni delle donne più svantaggiate. La rivendicazione dell'aborto legale si caricò, inoltre, anche di un forte valore simbolico di lotta per la li-

²⁸ Sul «principio di responsabilità» nei confronti di chi non è ancora nato, è d'obbligo il rinvio a H. JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., *passim*; in particolare Jonas, considera la responsabilità verso il neonato come «l'archetipo di ogni responsabilità», «l'essenza della responsabilità» (ivi, 168, 166).

²⁹ B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza* per altri, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 191 ss. che si sofferma sulla «complessità» della gravidanza come «esperienza relazionale» non «riducibile ad un processo biologico» e «profondamente segnata dalla condivisione corporea».

³⁰ C. BOTTI, *Aborto e morale: lo scandalo della soggettività femminile*, in I. BOIANO, C. BOTTI (a cura di), *Dai nostri corpi sotto attacco. Aborto e politica*, cit., 84.

³¹ C. BOTTI, *Aborto e morale: lo scandalo della soggettività femminile*, cit., 85.

³² S. NICCOLAI, *L'ambigua liberazione dalla natura*, cit., 105.

³³ «Chiediamo l'abrogazione di tutte le leggi punitive dell'aborto e la realizzazione di strutture dove sostenerlo in condizioni ottimali, ci rifiutiamo di considerare questo problema separatamente da tutti gli altri, sessualità, maternità, socializzazione dei bambini», cfr. *Libreria delle donne di Milano* (1977), Torino, 1987, 61 ss.

bertà delle donne cui veniva riconosciuta per la prima volta la «disponibilità del proprio corpo»³⁴. La l. 194 ha segnato, infatti, un passaggio di indubbio rilievo per tutto il mondo femminile, quello cioè di aver attribuito esclusivamente alla donna la scelta sulla procreazione riconoscendole la libertà di decidere sul proprio corpo fecondato³⁵. Ma il compromesso operato dalla legge è evidente nel bilanciamento fra quell'autonomia e l'affermazione di una logica paternalistica che la legittimava e che si poneva a difesa e protezione di soggetti considerati deboli: è debole l'embrione che va "protetto" dalla madre; è debole la madre che viene a trovarsi in posizione di difficoltà per la sua salute. Non solo, ma negli anni, la portata dell'autonomia della donna consentita dalla legge si è sempre più imbrigliata, complicata e, in alcune realtà, negata³⁶.

Appare fondamentale reinterpretare il compromesso posto alla base della l. 194 per rimettere al centro della riflessione il tema della libertà delle donne e ripensare quella libertà alla luce delle garanzie del principio personalista assunto dalla nostra Costituzione e che fa riferimento al libero sviluppo della personalità contenuto nell'articolo 2 e con il quale essa ha scelto di rivolgersi «non all'astratto individuo ma alla persona "sociale"» «immersa nel flusso delle relazioni»³⁷; si tratta di un principio che come sappiamo informa anche il diritto alla salute, ma che è configurato autonomamente nella Costituzione. Interpretare la l. 194 alla luce di quanto detto conduce a dismettere l'approccio paternalistico che guarda alla donna in gravidanza come un soggetto debole, e ad assumere invece la peculiarità e la unicità della condizione della donna incinta come una condizione relazionale che non può prescindere dalla sua volontà³⁸.

Il ruolo storico della l. 194 va, alla luce di quanto detto, riattualizzato, riconoscendo che quel compromesso «fra patriarcato e libertà femminile»³⁹, figlio degli anni Settanta, oggi è in gran parte fuori dalla storia e va liberato del tutto del primo per rendere effettiva la seconda. La l. 194, invece, negli anni ha continuato a essere considerata esclusivamente «come cornice di regolazione e limitazione degli aborti»⁴⁰. Recuperare le riflessioni del pensiero femminista appare ancor più importante non solo per arginare i tentativi di operazioni politiche mistificanti sulla l. 194, finalizzate a rilanciare i contenuti più paternalistici della legge⁴¹, ma, più in generale, a combattere ogni forma di patriarcato. Nell'esperienze degli ultimi anni, l'attacco all'accesso all'IVG negli ordinamenti anche a democrazia consolidata ha acquistato un valore simbolico, diventando la misura della capacità di comando di una parte di affermare orientamenti illiberali sull'intera società. Soprattutto nei paesi a democrazia consolidata, le spinte a rimettere in discussione l'accesso all'aborto, anche in maniera eclatante come

³⁴ *Libreria delle donne di Milano*, cit., 67.

³⁵ L. RONCHETTI, *Aborto e diritto: l'autodeterminazione sessuale e procreativa delle donne*, cit., 42.

³⁶ Un quadro molto sconsigliato sul funzionamento della l. 194 è quello che emerge dalla mappatura delle singole strutture realizzata da C. LALLI, S. MONTEGIOVE, *Mai dati. Dati aperti sulla 194*, Roma, 2022.

³⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 149 e 163.

³⁸ «Si tratta di riconoscere che siamo di fronte a una relazione e che la piena partecipazione della donna è fondamentale perché questa relazione si dia e si sviluppi, e che è questo il motivo per cui la sua parola conta in modo particolare», C. BOTTI, *Aborto e morale: lo scandalo della soggettività femminile*, cit., 84.

³⁹ I. DOMINIANNI, *A chi piace il diritto all'aborto?*, *il Manifesto*, 19 febbraio 2008.

⁴⁰ I. DOMINIANNI, *A chi piace il diritto all'aborto?*, cit.

⁴¹ Come l'art. 2 della l. 194 (cfr. da ultimo le dichiarazioni della Ministra Roccella a commento della decisione di non riconoscere il figlio di una giovane madre senza fissa dimora), tralasciando invece i contenuti più innovativi, quali, ad esempio, la promozione del ruolo dei consultori in connessione con la l. 405 del 1975.

nel caso degli Stati Uniti, hanno svolto una funzione politica e una funzione psicologica nei processi di restaurazione di stampo conservatore. La prima si è manifesta nel perpetuare e rinsaldare l'organizzazione rigidamente gerarchica di stampo patriarcale, la seconda ha la funzione di misurare il livello di assorbimento inconscio di quella gerarchia al fine di testare il livello di tollerabilità delle spinte illiberali basate sulla tradizione; l'insieme delle due azioni afferma una condizione che danneggia sia gli uomini che le donne. In altre parole, anche se abbiamo a che fare con ordinamenti diversi e con leggi più o meno permissive verso la libertà procreativa delle donne, il tema dell'aborto (ma direi, per altri versi e con sfumature diverse, ma ugualmente importanti, anche della maternità soprattutto della donna singola) pone ogni sistema sociale e giuridico di fronte al riconoscimento della responsabilità e dell'autonomia delle donne, lo pone di fronte alla scelta finalmente di affidare pienamente alla sua libertà la decisione di diventare madre⁴².

La sfera familiare è tradizionalmente l'ambito dove è nato il patriarcato; dalla famiglia il sistema patriarcale si è poi imposto come potere di controllo ponendo le basi per la costruzione di un ordine più generale fatto di regole e codici rigidi. Non è un caso, dunque, che ogni tentativo di restaurazione di quell'ordine si manifesti in primo luogo attraverso forme di limitazione all'autodeterminazione delle donne, a cominciare da quella procreativa. Chi oggi promette controllo e sicurezza sociale ha bisogno di ricostruire confini e gerarchie sociali e di genere, ha interesse, dunque, a mantenere in vita la persistenza del patriarcato.

Con lo slogan "il personale è politico"⁴³, già negli anni Settanta dello scorso secolo, il mondo femminista aveva richiamato l'attenzione sulla necessità di ripensare i confini fra sfera pubblica della politica e quella privata della famiglia e della sessualità, avvertendo quanto fosse determinante il dato politico che si celava dietro le pratiche private e mostrando, soprattutto, quanto fosse imprescindibile, nei percorsi di liberazione e di democratizzazione della società, muovere dall'affermazione della libertà delle donne. A distanza di decenni da quell'esperienza, nonostante il cammino fatto, le questioni urgenti poste a più latitudini nel mondo questo ancora ci dicono.

⁴² C. D'ELIA, *L'aborto e politica: cittadinanza delle donne*, in I. BOIANO, C. BOTTI (a cura di), *Dai nostri corpi sotto attacco. Aborto e politica*, cit., 18.

⁴³ Lo slogan è ripreso anche da A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti: sviluppi dell'ultimo triennio*, cit., 1.

Prima di *Dobbs*. La scure dell'*Original intent* su cinquant'anni di nodi irrisolti in materia di aborto

Valeria Marzocco*

BEFORE *DOBBS*. THE AXE OF *ORIGINAL INTENT* ON FIFTY YEARS OF UNRESOLVED ABORTION ISSUES

ABSTRACT: *Dobbs v. Jackson* marks an *Overruling* in Supreme Court jurisprudence of historic significance. By denying constitutional relevance to the right to abortion, the Court restores an originalist reading of the US Constitution and selectively operates on the subject of civil rights, arguably ushering in a season that could have repercussions for reproductive rights and women's freedom to exercise control over their own choices. The qualification of abortion, which had been consolidated with *Roe v. Wade* and later with *Planned Parenthood v. Casey*, had been far from without weaknesses. Both the Court's *dissenting opinions* and legal doctrine had addressed these aspects, focusing on the *Penumbra* of the Fourteenth Amendment of the US Constitution, reflecting on the appropriateness of anchoring abortion to the equality clause offered by the Thirteenth Amendment, and focusing on the limits of a construction based on the public/private dichotomy. Fifty years of unresolved issues, of which this essay attempts to summarise the main issues.

KEYWORDS: Originalism; abortion; privacy; equality; feminist jurisprudence

ABSTRACT: *Dobbs v. Jackson* segna un *Overruling* nella giurisprudenza della Corte Suprema dalla portata storica. Negando rilevanza costituzionale al diritto di aborto, la Corte restituisce una lettura originalista della Costituzione americana e opera selettivamente sulla materia dei diritti civili, probabilmente inaugurando una stagione che potrebbe avere ricadute sui diritti riproduttivi e sulla libertà delle donne a esercitare il controllo sulle proprie scelte. La qualificazione dell'aborto, che si era consolidata con *Roe v. Wade* e poi con *Planned Parenthood v. Casey*, era stata tutt'altro che priva di elementi di debolezza. Tanto le *dissenting opinion* della Corte, quanto i contributi della dottrina erano intervenuti su questi aspetti, focalizzandosi sulla *Penumbra* del XIV emendamento della Costituzione americana, riflettendo sull'opportunità di ancorare l'aborto alla clausola di uguaglianza posta dal XIV emendamento, e ponendo al centro i limiti di una costruzione fondata sulla dicotomia tra pubblico e privato. Cinquant'anni di nodi irrisolti, dei quali in questo saggio si prova a sintetizzare le principali questioni.

PAROLE CHIAVE: Originalismo; aborto; privacy; eguaglianza; giurisprudenza femminista

* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: valeria.marzocco@unina.it. Contributo sottoposto a referaggio.

SOMMARIO: 1. *Come ai tempi di Enrico IV*. Il culto ideologico del testo costituzionale – 2. *Dobbs* e la tesi dell'eccezionalità del diritto di abortire – 3. Un *overruling* non sorprendente – 4. Privacy e aborto. La dottrina delle «sfere separate» – 5. Considerazioni minime su un'occasione mancata.

1. *Come ai tempi di Enrico IV*. Il culto ideologico del testo costituzionale

A quasi cinquant'anni da *Roe v. Wade*¹, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconfigurato la qualificazione giuridica dell'aborto². Una decisione che lo espunge dall'ambito delle libertà fondamentali coperte dal XIV emendamento, affidando alla decisione politica la valutazione su un diritto che, pure consolidato nella sua costante giurisprudenza, era stato al centro di un dibattito dottrinale assai vasto e non necessariamente assorbito entro le prospettive ideologiche che sul tema riflettono visioni morali conflittuali e probabilmente difficili da comporre.

Le motivazioni del *reirement* deciso dai giudici costituzionali statunitensi sono già al vaglio della dottrina³, nei molteplici aspetti che l'impianto argomentativo del testo concede agli interpreti, come nelle conseguenze che esso potrà o meno avere entro il complesso assetto istituzionale americano in cui la sentenza produrrà i suoi effetti. Indubbio è che *Dobbs v. Jackson* sia un arresto dalla portata storica, che pone in azione una specifica tecnica di approccio al testo costituzionale non inedita nella giurisprudenza della Corte, quella dottrina dell'*Original intent* che si tende erroneamente ad ancorare a un'elaborazione teorica assai recente⁴, smarrendone così i legami con la più profonda e risalente tradizione del formalismo interpretativo⁵, per come esso si è prodotto in alcuni momenti emblematici della storia del più alto organo giurisdizionale americano⁶.

Già nel 1897, quando il testo della Costituzione degli Stati Uniti d'America ha poco più di 100 anni, e il XIV emendamento è stato ratificato da circa trenta, il cuore di questa tecnica era rappresentato in un testo classico del pensiero giuridico americano⁷. Nelle parole di Oliver Wendell Holmes Jr., che, della Corte Suprema sarebbe stato tra i più longevi e insigni componenti⁸, legando il suo nome a uno

¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Sulla giurisprudenza della Corte consolidatasi dopo la storica pronuncia del 1973: M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America. Roe v. Wade to the Present*, New York, 2020.

² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. No. 19-1392, (2022). Per la consultazione del testo della decisione della U.S. Supreme Court: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

³ Di un «territorio inesplorato» al quale l'*overruling* della Corte esporrebbe il futuro della qualificazione dell'aborto scrivono: D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *Rethinking Strategy after Dobbs*, in *Stanford Law Review Online*, 75, 1, 2022, 1.

⁴ La dottrina dell'*Original Intent* risale, come noto, agli anni Sessanta, legandosi a una forma di reazione rispetto alla giurisprudenza che vedeva la Corte Suprema guidata da Earl Warren, impegnata in una interpretazione estensiva dei diritti civili. Per una panoramica: S.G. CALABRESI (ed. by), *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Washington DC, 2007.

⁵ Sul rapporto tra originalismo e formalismo: T.B. NACHBAR, *Twenty-First Century Formalism*, in *University of Miami Law Review*, 75, 1, 2020, 113-189.

⁶ J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Baltimore-London, 2005.

⁷ O.W. HOMES JR., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 5, 1897, 991-1009.

⁸ Holmes fu giudice della Corte Suprema dal 1902 al 1932. Un periodo in cui, facendosi interprete di una visione progressista dell'interpretazione costituzionale, egli ispirò la sua attività presso la Corte a un'esigenza di armonizzazione o di mediazione dei confliggenti interessi che percorrevano la società americana dei primi decenni del Novecento: R. POUND, *Judges Holmes's Contribution to the Science of Law*, in *Harvard Law Review*, 34, 5, 1921, 449-453 (spec. 449-450).

degli arresti non a caso accostati a *Dobbs* da una parte della dottrina, *Lochner v. New York*⁹, c'era qualcosa di «rivoltante» nell'acquiescenza interpretativa a un modello di *Rule of Law* che si voglia rintracciare nella lettera di una regola scritta «ai tempi di Enrico IV». Ancor più, «se i fondamenti su cui (*il Rule of Law*) si istituì sono svaniti da tempo, e la regola persiste semplicemente per cieca imitazione del passato»¹⁰.

In quegli ultimi anni dell'Ottocento, di là dall'affermarsi è quella «rivolta contro il formalismo»¹¹ nel cui quadro si sarebbero inserite dottrine come quella della giurisprudenza sociologica e del realismo americano, delle quali Holmes è considerato uno dei principali ispiratori¹². Occorrerà, soprattutto, attendere qualche anno prima che l'accademico di Harvard firmi la sua *dissenting opinion* in *Lochner v. New York*. Una pagina della giurisprudenza americana, quest'ultima, celebre per molte ragioni, tra le quali vi è certamente il paradigma che *Lochner*, a suo modo, ancora è in grado di rappresentare rispetto al rapporto tra *formalismo* e *ideologia* nel ragionamento giuridico.

In un momento storico segnato da profondi e rapidi cambiamenti sociali, questo nodo teorico si misurava per la prima volta esplicitamente sul testo costituzionale e, nello specifico, sul concetto giuridico di *liberty* cristallizzato nel XIV emendamento. E di esso, così ad avviso di Holmes, offriva un'interpretazione in cui quel rapporto tra *forma* e *valore* si saldava, prestandosi a farsi funzione di una prospettiva normativa, alla quale Holmes si opponeva, rimarcando due elementi su cui non a caso si è tornato in questi mesi a riflettere.

Paradossalmente, in quella celeberrima *opinion* di minoranza, compariva un richiamo alla tradizione «del nostro popolo e del diritto». Essa, però, non era richiamo al culto letterale del testo costituzionale che, in quell'occasione, altro non appariva se non infingimento intriso di un'ideologia economica contraria ai principi di una razionalità derivante dalla storia e dal senso comune. La tradizione era *diritto vivente*, la cui funzione di adeguamento nell'ambito dell'attività interpretativa si consacrava in un aforisma ben presente a generazioni di giuristi: «general propositions do not decide concrete cases»¹³.

Era, in sintesi, un invito a riflettere sulle ipotesi in cui il privilegio accordato alla lettera della disposizione normativa – o, se si vuole, il suo *culto* – può farsi segno di una censura opposta al cambiamento dei costumi, delle opinioni sociali dominanti, irrigidendo il testo costituzionale nel punto di vista ideologico che si intende surrettiziamente far prevalere.

⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Interessante, a testimonianza del consolidarsi della rilevanza di questo arresto nella prospettiva originalista, ricordare quanto Justice Antonin Scalia afferma in un suo *dissenting* (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003]) a proposito dell'estensione interpretativa del XIV emendamento in relazione al reato di sodomia: una copertura che andrebbe apprezzata, ricordando *Lochner*, non diversamente da quanto, nel 1905, fu ritenuto di affermarla con riguardo al diritto di lavorare «per più di 60 ore alla settimana in un panificio» (*ivi*, 592).

¹⁰ O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, cit., 1001.

¹¹ Su ciò, M.G. WHITE, *The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century*, in *Journal of the History of Ideas*, 8, 2, 1947, 131-152.

¹² Per l'influenza di Holmes sull'antiformalismo americano: W.E. RUMBLE JR., *Legal Realism, Sociological Jurisprudence and Mr. Justice Holmes*, in *Journal of the History of Ideas*, 26, 4, 1965, 547-566. Su Holmes e il giusrealismo, mi sia consentito di rinviare a: V. MARZOCCO, *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino, 2018.

¹³ *Lochner v. New York* (Justice Holmes Jr., *Dissenting*), 76 e 75.

Rivolgersi a un passato così lontano, quando invece vicinissima è la decisione con cui *Dobbs* invalida cinquant'anni di dottrina costituzionale sull'aborto, non deve destare stupore. Di certo, perché qualche ipotesi di accostamento tra *Lochner* e *Dobbs* si è in questi mesi letta, e anche in considerazione del rinvio a *Lochner* operato dalla Corte, intendendo da esso marcare una distanza¹⁴.

Vi è però qualcosa di interessante che il *dissent* di Holmes consente di rilevare sul punto dell'uso che della tradizione e della lettera del testo costituzionale può farsi, lì dove esso contrastava l'esito di quella decisione *facendo leva* proprio su di una radice originaria della volontà costituente la quale, sul tema delle concezioni da privilegiare della libertà, era chiamata a fare da baluardo contro una concezione sclerotizzata e astratta del XIV emendamento e, per questo, funzionale a scopi di natura ideologica.

Quest'argomento – che affermava la volontà del costituente dentro la tradizione vivente del popolo, rendendola così argine rispetto al formalismo – declinava, di tutta evidenza, un modo di intendere la funzione dell'argomento originalista completamente opposto alla funzione che gli assegna la dottrina dell'*original intent*, poiché ne affermava in qualche modo la sua ritraduzione e vivificazione interpretativa attraverso un circuito di validazione sociale e storica.

Dinanzi all'impianto argomentativo di *Dobbs* si è nel quadro di un diverso paradigma, che vuole l'originalismo declinazione a tratti radicale del formalismo interpretativo: una dottrina che si è andata formalizzando negli ultimi trent'anni nella dottrina costituzionalistica americana, la quale, nel suo nucleo, può essere effettivamente rappresentata con l'immagine di una «mano morta», che dal passato si allunga e si estende sul presente, limitando l'attività delle Corti, e facendole custodi a salvaguardia di contenuti sostantivi irrigiditi per come essi furono posti in un lontano passato¹⁵.

Di questa tensione, è prova il largo impiego che *Dobbs* fa di argomentazioni di matrice storica, chiamate a perimetrare la corretta definizione di ciò che nel XIV emendamento non può farsi assorbire, al netto delle libertà che nel tempo in esso sono state consacrate sotto l'egida del diritto alla privacy¹⁶.

Un originalismo a tratti paradossale, dal quale conseguono due effetti: ricostruire un significato giuridico della disposizione sclerotizzata alla sua lettera, escludendo pertanto ogni approccio interpretativo di matrice storico-evolutiva, e, ridimensionare, indebolendolo di fatto, quel richiamo alla «tradizione del popolo» di cui il diritto costituzionale americano è pervaso, poiché la sua forza vitalizzante è ridotta allo specifico significato espresso dalle maggioranze attuali: la Corte sull'aborto non può che tacere, poiché esso è questione che appartiene e va restituita, nelle parole del Justice Alito, alla sua matrice politica, dunque agli Stati¹⁷.

¹⁴ Il passo in questione riguarda il concetto di liberty accolto nel XIV emendamento e il criterio dell'aderenza agli «insegnamenti della storia», voluto ad arginare il rischio che i giudici cadessero «a ruota libera dentro un esercizio del giudizio politico che caratterizzò decisioni screditate come *Lochner v. New York*» (*Dobbs v. Jackson*, p. 14). Su ciò: C.R. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of *Bolling v. Sharpe**, in *Harvard Public Law Working Paper*, 22-30 (last rev. 15 nov. 2022).

¹⁵ M.W. McDONNELL, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, in *George Washington Law Review*, 66, 1988, 1127-1140.

¹⁶ Sulla dottrina dell'*incorporation*: R.L. CORD, *The Incorporation Doctrine and Procedural Due Process Under the Fourteenth Amendment: An Overview*, in *Brigham Young University Law Review*, 3, 1987, 867-904.

¹⁷ In ciò vi è, secondo la Corte, l'esigenza di operare un *overruling* di *Roe* e di *Casey*, tornando a rimettere la questione «al popolo e ai loro rappresentanti eletti»: *Dobbs v. Jackson*, 68.

2. *Dobbs* e la tesi dell'eccezionalità del diritto di abortire

Negli Stati Uniti d'America, l'aborto è un tema da sempre fortemente esposto alle pressioni del potere politico e non vi è dubbio che *Dobbs* sia un arresto che è legittimo intendere in una prospettiva di questo tenore, senza tuttavia lasciarsi del tutto risolvere in essa. Pur non volendo sottostimare l'importanza, forse la decisività, del prodursi di una maggioranza in seno alla Corte, che ha certamente reso possibile quello che a tutti gli effetti è uno dei più significativi *overruling* della storia della giurisprudenza della Corte Suprema¹⁸, occorre anche considerare che la dottrina *Roe*, nonostante la polarizzazione dell'opinione pubblica americana in un dibattito ideologico a tratti veemente, si sia consolidata nella giurisprudenza della Corte suprema per quasi cinquant'anni. Com'è altrettanto evidente che a queste influenze la costruzione giuridica che ne affermava il rango di diritto costituzionalmente assorbito dalla tutela accordata dal XIV emendamento alla privacy abbia resistito, pure nel modificarsi e ridefinirsi degli equilibri politici che si sono avvicendati in seno alla Corte.

Se il tema della composizione politica è una questione da non eludersi, altrettanto evidentemente occorre riconoscere, senza infingimenti, che il paradigma che *Dobbs* invalida era ormai una costruzione indebolita. Un canone che restava inalterato, certo. Il quale però, da tempo, tanto i rilievi insinuati in alcune opinioni di minoranza, quanto le pagine di letteratura giuridica prodotte in materia avevano contribuito ad erodere.

Questi cinquant'anni di discussione, affacciatasi anche in seno alla Corte, erano state altrettante direttrici di indagine, nei cui sviluppi la questione sottoposta al vaglio era stata una, ed era la stessa su cui *Dobbs* ha scritto la fine del canone *Roe*: la fondatezza del profilo costituzionale del diritto di aborto riconosciuto come declinazione delle libertà tutelate dal concetto di privacy. Diversamente dall'interpretazione prevalsa in *Dobbs*, la dottrina e le opinioni di minoranza avevano argomentato però diversamente i punti di criticità che quella costruzione rivelava: talvolta, facendo leva sulle ragioni concettuali e dottrinarie che suggerivano di correggere l'ancoramento costituzionale del diritto ad abortire, in altri casi insediando i propri argomenti all'interno di teorie radicalmente critiche, che ricadevano sull'aborto muovendo dal significato e dai limiti del concetto giuridico di privacy accolto dai giudici costituzionali.

Conta forse rilevare che, soprattutto nell'ambito dei primi approcci, come anche negli altri, seppur più debolmente, si faceva spazio un argomento classico, ancora una volta già presente nel *dissent* di Holmes in *Lochner v. New York*, lì dove si alludeva al fatto che, dinanzi alla necessità di vagliare le condizioni che rendono libera la determinazione individuale, una parte dello scrutinio non potesse non riguardare il tema dell'uguaglianza¹⁹.

¹⁸ Su questi aspetti, non è irrilevante che la Corte, davanti alla quale il *Mississippi Gestional Age Act* pendeva dal dicembre del 2021, abbia dal 2020, con la contestata nomina di Amy Coney Barrett, una composizione politicamente orientata a posizioni conservatrici, consolidandosi in un equilibrio politico che neanche l'ingresso di Ketanji Brown Jackson, promosso da Biden nel febbraio del 2022, riesce a spostare. Di ciò il *Certiorari* reso al Quinto Circuito della Corte d'Appello dalla U.S. Supreme Court è in parte il prodotto. Per un'analisi di questi aspetti, anche riflettendo su *Dobbs*: J.S. SCHACTER, *Polarization, Nationalization, and the Constitutional Politics of Recent State Supreme Court Elections*, in *Wisconsin Law Review*, 5, 2022, 1311-1336.

¹⁹ *Lochner v. New York* (Justice Holmes Jr. *Dissenting*), 76.

È un aspetto, quest'ultimo, che *Dobbs* elude del tutto, rivelando quale sia la tesi normativa (della quale l'argomentazione giuridica è funzione) che si intendesse far prevalere: cancellare, non riformulandola, una garanzia costituzionale che è un fondamentale diritto delle donne, e che oggi è restituita al fragile e instabile terreno delle maggioranze politiche espresse nel quadro di un modello democratico in profonda crisi di rappresentatività e partecipazione in molte realtà istituzionali, compresi gli Stati Uniti²⁰.

Dobbs v. Jackson è, anche da questo punto di vista, una pronuncia che pone al centro il problema del rapporto tra *formalismo* e *ideologia*, riversando nel canone dell'*Original intent* le tensioni che esso ha sovente assecondato nella storia della giurisprudenza della Corte Suprema²¹. In questo senso, è però anche, più specificamente, un testo esemplare che condensa alcuni tratti paradigmatici di una specifica vocazione della dottrina originalista, tra i quali vi è la tendenza a leggere nel senso di una specularità performativa il rapporto tra la volontà delle maggioranze, per come essa si pone storicamente nel presente, e quella che può ricostruirsi al tempo in cui la Costituzione fu posta nel passato.

Proviene da ciò lo spiccato *favor* per un argomento «della sovranità popolare», che si afferma saldandosi nel rinvio all'originario significato della volontà costituente, la quale giustifica il vincolo a cui deve attenersi il lavoro delle Corti, restringendone il perimetro di esercizio dell'attività interpretativa e, con essa, offrendo un'interpretazione circa la forma di una politicità che ne è un aspetto decisivo nell'assetto istituzionale americano²².

Questi elementi sono esplicitamente richiamati da *Dobbs*, che costruisce le sue argomentazioni su un impianto che veicola un'interpretazione del XIV emendamento aderente a standard di affidabilità letterali²³, afferma come indebita l'estensione della sua garanzia al caso dell'aborto, e lo restituisce ai canoni di ammissibilità di ordine politico rappresentativo, come già illustrati da Antonin Scalia, nella sua *dissenting opinion* di *Casey*²⁴.

Anche per queste ragioni, l'accostamento tra *Dobbs* e *Lochner* è tutt'altro che privo di interesse.

Detto ciò, occorre tuttavia non smarrire il senso della storia, e con essa, quello della storia della giurisprudenza della Corte, su almeno alcuni punti essenziali.

Il primo è certamente quello della costruzione per via giurisprudenziale e dottrinale del concetto di libertà come posto dal XIV emendamento: un percorso che si è riannodato nel tempo, e in termini

²⁰ Su ciò, occorre certamente considerare come, da *Roe v. Wade*, si instauri un processo di sostanziale inibizione del potere regolatorio degli Stati sulla materia dell'aborto e ciò, di tutta evidenza, è una questione che tocca il rapporto tra giudice e legislatore: M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law. American Failures and European Challenges*, Cambridge-London, 1987, 30 ss.

²¹ J.S. SCHACTER, *The Confounding Common Law Originalism in Recent Supreme Court Statutory Interpretation: Implication for the Legislative History Debate and Beyond*, in *Stanford Law Review*, 1, 51, 1998, 1-71. Su questi aspetti, *amplius*, M. N. BERMAN, *Originalism is Bunk*, in *New York Law Review*, 1, 84, 2009, 1-96.

²² Su questi temi, resta classico: G. BOGNETTI, *Malapportionment: ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Milano, 1966, spec. 269 ss.

²³ Per questo standard, la Corte rinvia addirittura alla tesi dell'analisi linguistica («the language of the instrument»), intesa come origine di ogni approccio corretto al testo costituzionale affermata nel 1824 (*Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 [1824], 189).

²⁴ Nelle parole affidate all'*opinion* parzialmente dissenziente di Scalia, «l'ammissibilità dell'aborto e le limitazioni su di esso devono essere risolte come lo sono la gran parte delle questioni importanti della nostra democrazia: dai cittadini che provano a persuadersi a vicenda e poi votano»: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (Justice Scalia, *Dissenting*), 979.

saldi, al concetto di privacy e al complesso di diritti che da esso ne sono stati via via enucleati²⁵. L'altro è che la Corte, in *Dobbs*, opera in qualche modo chirurgicamente su questo impianto, sezionando da esso la materia dell'aborto da un complesso più ampio di libertà, relative alla vita sessuale, personale, riproduttiva, fondate anch'esse nello stesso quadro.

In *Roe v. Wade*, il fondamento costituzionale del diritto all'aborto era stato una costruzione interpretativa operata nella *penumbra* del XIV emendamento²⁶. Un'operazione interpretativa che, sulla materia dell'aborto, si riallacciava alla qualificazione della privacy in termini di principio anch'esso non esplicitamente previsto, ma desumibile da un novero di diverse previsioni costituzionali: il primo, quarto, quinto e quattordicesimo emendamento²⁷.

Al cospetto del canone introdotto dalla Corte nel 1973, che aveva trovato continuità e specificazione in pronunce successive²⁸, l'impianto originalista adottato da *Dobbs* fa leva però su di un argomento principe, e questo riguarda l'*eccezionalità* del diritto di aborto nel novero dei diritti che hanno trovato garanzia di tutela costituzionale entro il XIV emendamento e delle clausole costituzionali a fondamento della privacy, in ragione del dilemma morale – l'aborto è una «critical moral question» – a cui esso espone la coscienza dei singoli. L'aborto è tema che chiama in causa le «opinioni appassionate e ampiamente divergenti» dei cittadini, e tale considerazione è proposta come un dato che sarebbe banale da considerare, se non fosse, nell'*opinion* di maggioranza estesa dal Justice Alito, saldato come un fatto, cristallizzato e non controvertibile, alla prova storica che specularmente lo traduce nella ragione a sostegno della sua mancata previsione da parte dei Costituenti²⁹, oltre che della sua criminalizzazione diffusa nelle legislazioni statali prima di *Roe*³⁰.

Pur non spingendosi a riconoscere personalità giuridica al feto, la Corte trae dalla sua personalità morale – implicita nella definizione del prodotto del concepimento in termini di «unborn human being»³¹ – ragioni sufficienti a costringere entro un significato letterale (e originario) la rilevanza da

²⁵ Sulla costruzione giuridica del concetto di privacy nella giurisprudenza della Corte: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Per un'analisi, in rapporto alla *Penumbra* del *Bill of Rights*: H.T. GREELY, *A Footnote to «Penumbra» in Griswold v. Connecticut*, in *Constitutional Commentary*, 6, 2, 1989, 251-266.

²⁶ Per l'impiego della metafora della "penumbra" nel pensiero di Holmes (come esercizio proprio e necessario dell'attività interpretativa del giudice dinanzi a casi dubbi, «una linea tracciata in qualche luogo della penumbra tra il buio e la luce, altrimenti destinati a restare nell'incertezza»: O.W. HOLMES, JR., *The Theory of Torts*, in *American Law Review*, 7, 1873, 652-670 [654]).

²⁷ *Griswold v. Connecticut*, cit., 481-486.

²⁸ Su ciò, per una recente e ampia analisi: G. VIGGIANI, *La questione giuridica dell'aborto negli Stati Uniti*, in *AG About Gender*, 3, 5, 2014, 108-138.

²⁹ *Dobbs v. Jackson*: per la definizione dell'aborto come dilemma morale (32); sulla sua divisività (4); per l'argomento storico (23 ss.).

³⁰ Può non essere irrilevante, in chiave ricostruttiva, sottolineare le ampie convergenze che l'impianto argomentativo proposto da Samuel Alito in *Dobbs* mostra con un suo *dissent* (al quale aderivano i Justices Thomas e Scalia) in tema di matrimonio omosessuale del 2015: *Obergefell et al. v. Hodges*, U.S. 2584 (2015) (Justice Alito, *Dissenting*), il quale esordiva in questi termini: «La Costituzione non dice nulla sul matrimonio omosessuale, ma la Corte sostiene che il termine "libertà" nel Due Process Clause del XIV emendamento ricomprenda questo diritto».

³¹ Il mutamento di paradigma posto da *Dobbs* sulla materia dell'aborto passa anche attraverso una scelta linguistica e concettuale, la quale, sulla definizione del feto, supera il concetto di «vita in potenza», di per sé già

accordarsi a una concezione della libertà, che, nella qualificazione costituzionale, non può confondersi con le opinioni soggettive³².

La Costituzione non fa alcun espresso riferimento all'aborto, e non avrebbe potuto, secondo la Corte, non già per ragioni storiche di carattere culturale, né tanto meno perché potrebbe intendersi in ciò una pagina di quella dicotomia tra *pubblico* e *privato* che ha costretto la condizione femminile per secoli³³. La non previsione dell'aborto è un *fatto* dal quale si desume un *valore*: il primo rivela non già un dato, ma indica ciò che *deve essere* nell'attualità del perimetro in cui può definirsi legittima l'interpretazione del testo.

3. Un *overruling* non sorprendente

Roe v. Wade non è solo una sentenza sull'aborto, è anche una decisione che segna un passaggio decisivo nella dottrina della Corte Suprema in materia di *privacy*³⁴. Un aspetto, quest'ultimo, niente affatto marginale, se si valuta che è nel perimetro coperto dal concetto di *privacy* che *Roe* si afferma come un arresto osservabile da un punto di vista sociologico-giuridico, poiché si fa tappa di un percorso di emancipazione femminile del Novecento, al quale offre uno strumento di qualificazione attraverso un'interpretazione storico-evolutiva del testo costituzionale. Tuttavia, occorre considerare che, negli anni successivi, sarebbe stato proprio il connubio tra *privacy* e *aborto* a essere revocato in dubbio da una parte del pensiero femminista, all'esterno e all'interno del pensiero giuridico.

Va detto che, nel corso degli anni Sessanta, la battaglia per la legalizzazione dell'aborto, nella sensibilità del pensiero femminista³⁵, si esplicita nel quadro della rivendicazione dei diritti civili. Un obiettivo, al quale la Corte, nel 1973, con il concetto di *privacy*, offre una copertura giuridica capace di porsi in paradossale sintonia con l'idea, propria del femminismo degli anni Settanta, eliminare alla rivendicazione di una proprietà del proprio corpo intesa come controllo delle scelte sessuali, che si è creduto di riconoscere nell'affermazione di un'intangibilità dello spazio identitario (*privato*) separato dalla funzione procreativa (*pubblica*)³⁶.

Andavano in questa direzione almeno due arresti che preparavano *Roe*, nei quali le vicende da cui originavano i casi giunti alla Corte riguardavano proprio il tema della divaricazione tra *sessualità* e *procreazione*, giungendo, nelle sue cure, a delineare la rilevanza costituzionale al diritto alla *privacy*,

ambiguo, affermato in *Roe v. Casey*, per aderire senza discuterne affatto alla lettera del *Mississippi Gestional Age Act*: su ciò, *Dobbs v. Jackson*, 31.

³² Diversamente da altre ipotesi, la protezione dell'aborto non può ritenersi in alcun modo implicita nel testo, poiché occorre non confondere il riferimento alla libertà previsto dal XIV emendamento con quella «naturale tendenza umana a confondere ciò che l'emendamento protegge con le nostre opinioni sulla libertà cui tutti gli americani dovrebbero godere»: *Dobbs v. Jackson*, 2.

³³ Cfr., § 4.

³⁴ D. GARROW, *Liberty and Sexuality. The right to privacy and the making of Roe v. Wade*, Berkely-Los Angeles-London, II edition, 1998.

³⁵ Su questi aspetti: R.B. SIEGEL, *Roe's Roots: The Women's Rights Claims That Engendered Roe*, in *Boston University Law Review*, 90, 2010, 1875-1907 (spec. 1896 ss.).

³⁶ Argomenti interessanti sul tema della *ownership* si ritrovavano in: J.J. THOMSON, *A defense of Abortion*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1, 1971, 47-66.

sebbene non espressamente sancito nella Carta costituzionale³⁷. Si inaugurava così una stagione in cui la dottrina degli «implied rights» avrebbe segnato la strategia principale di un'interpretazione estensiva del XIV emendamento, esponendosi altresì all'obiezione di un abuso di discrezionalità politica nella selezione degli interessi da tutelare che, in fondo, è la principale criticità su cui *Dobbs* costruirà il proprio ritorno all'*Original intent* del Costituente in materia di aborto³⁸.

Interpretando il clima dell'epoca e iscrivendosi all'origine di un processo di estensione delle libertà civili che avrebbe visto la Corte suprema impegnata ad assottigliare il diaframma che segna le diverse declinazioni *politiche* sedimentatesi nel rapporto tra giudici e legislatore nel sistema americano, *Roe v. Wade* è stato soprattutto un arresto innovativo: ha definito uno standard per l'epoca assai avanzato in un paese in cui, ancora negli anni Settanta, l'aborto era un reato, e su di esso aveva legiferato solo un numero assai esiguo di Stati; e non vi è dubbio che sia stata una sentenza che ha, in qualche modo, dato origine a una stagione di legalizzazione dell'aborto che altri ordinamenti hanno sperimentato dopo quella decisione. Una fase di cui essa è stata antesignana e ispiratrice³⁹.

Oltre a ciò, *Roe* è altresì stato anche, nelle cure della dottrina, uno degli arresti più studiati, discussi, e a tratti contestati, tra quelli che hanno scritto la storia della giurisprudenza Corte Suprema⁴⁰.

Si è trattato di un dibattito scientifico, ma non privo di una sponda esterna, a tratti del tutto convergente, nella sensibilità di quei componenti della Corte che hanno provato a costruire un consenso intorno alle questioni che andavano emergendo tra gli studiosi e le studiose negli anni in cui pure quel paradigma si rivelava tutt'altro che sotto attacco.

³⁷ Occorre ricordare che prima di *Roe* vi fosse stato un unico precedente in materia di aborto: *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971). Pur considerando come una pronuncia dell'anno prima avesse offerto, in una materia che riguardava ancora la contraccezione, un'interpretazione estensiva del concetto di privacy sul tema della sessualità, affermandone la portata discriminatoria di una sua limitazione alle sole coppie unite nel vincolo matrimoniale (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 [1972]), resta che sia stata *Griswold* (cfr. *supra*, nota 27), a tutti gli effetti il precedente senza il quale *Roe* non sarebbe stato ipotizzabile. Ciò, oltre che per il ragionamento sulla *Penumbra* del XIV emendamento, che dà origine alla dottrina progressista sui diritti civili (cfr. *supra*, nota 25), anche per l'affermazione della rilevanza del *Due Process Clause* come criterio di riconoscimento di diritti non espressamente sanciti entro il *Bill of Rights*, grazie al quale si impone il divieto dei legislatori statali di intervenire in termini restrittivi su tale spazio di autonomia delineato dalla privacy, per come ricavata dal I, IV, V, e XIV emendamento.

³⁸ Una posizione che emergeva nei *dissenting* di Hugo Black e Potter Stewart la critica contro l'abuso di politica della Corte, la quale attraverso la dottrina degli «implied rights» concentra su di sé una discrezionalità di ordine politico nella selezione di quali posizioni e interessi tutelare, sottraendolo, di fatto al legislatore: *Griswold v. Connecticut*, cit. (Justices Black and Stewart, *Dissenting*), 508 ss.

³⁹ Su ciò, la prospettiva giuridica inaugurata da *Roe*, avrebbe avuto diverse ricadute in Europa, delle quali il caso dell'Italia e della Germania federale è emblematico. Se, in Germania, il *BundesVerfassungsgericht* si pronunciava nel senso della criminalizzazione della pratica abortiva (BVerfG, sez. I, 25 apr. 1975), la Corte Costituzionale italiana, nello stesso anno emanava un arresto importante sul tema (C.C. 27/1975), dichiarando la parziale illegittimità del reato di aborto previsto dall'art. 546 c.p., e preparando la strada alla legge 194/1978. Una riflessione in chiave di raffronto si trova in: A. BARAGGIA, *Il complesso bilanciamento nelle leggi sull'aborto: una prospettiva comparata*, in *Notizie di Politeia*, 35, 2019, 7-15.

⁴⁰ Per uno sguardo complessivo: L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *Before (and After) Roe v. Wade: New Questions about Backlash*, in *Yale Law Journal*, 8, 120, 2011, 2028-2087.

A chi ha seguito le vicende della giurisprudenza della Corte sull'aborto successiva a *Roe*, non è oscura la circostanza per cui, nelle posizioni di minoranza di quegli arresti, non vi è solo la possibilità di osservare l'affinarsi di una posizione originalista la cui parabola si è oggi consolidata in *Dobbs*.

Sebbene in un quadro che si ritrovava a ribadire il canone dell'aborto come diritto che trovava riconoscimento nella privacy, ipotesi di una diversa prospettazione emergevano, e se queste, talvolta, si limitavano all'avvertimento a prestare adeguata protezione sotto il profilo della rilevanza costituzionale dell'aborto nella garanzia all'uguale possibilità delle donne di esercitare la propria libertà di scelta⁴¹, in altri casi, quel quadro lo ponevano in dubbio⁴², assorbendo più generalmente la critica al nesso tra privacy e aborto per come prospettato da una parte della dottrina giuridica e per come era stato consolidato dalla Corte⁴³.

Questa discussione aveva avuto uno dei suoi punti di caduta più autorevoli nell'esigenza di inaugurare una nuova stagione di difesa dell'aborto, basata sulla copertura offerta dalla clausola di uguaglianza⁴⁴. Una tesi che si sviluppava in dottrina muovendo da distinti approcci, e che, nella cornice degli orientamenti della Corte suprema, trovava una prospettazione cristallina nella posizione di Ruth Bader Ginsburg, la quale riusciva a cogliere, e ad anticipare, un approccio al canone *Roe* fondato su di una concezione dell'autonomia e della libertà di autodeterminazione delle donne che si sarebbe dovuta liberare dal principale limite che ad essa conferiva il loro assorbimento nella mera privacy. Occorreva sollevare il velo sul rapporto tra scelte procreative, libertà sessuale e condizioni di accesso alla cittadinanza democratica. E si apriva così una strada che non poteva non avere ricadute su *Roe* e sulla pretesa che esso era andato affermando, circa il fatto che l'esercizio dell'aborto fosse una mera questione di astratta libertà di scelta sulle vicende della propria vita privata. L'aborto, come la maternità, erano un tema politico e strutturalmente non separabile né dalla cittadinanza democratica, né dalle condizioni del suo uguale esercizio⁴⁵.

In realtà erano state questioni che si erano fatte palesi già nel corso degli anni Settanta, sviluppandosi dentro il dibattito filosofico e scientifico degli anni successivi⁴⁶. Esse, tuttavia, avrebbero fatto il lo-

⁴¹ Nel 1983, era stato di questo segno un *dissent* di Justice O'Connor, lì dove si era evidenziata come, più ancora della copertura offerta dal XIV emendamento, garantire il diritto all'aborto alla donna ricadesse nella protezione di un uguale diritto a sancire la sua libertà di scelta (*City of Akron Ctr. For Reproductive Health Inc.*, 462 U.S. 416 [1983] (Justice O'Connor, *Dissenting*), 452 ss. Si veda, su ciò, altresì: *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

⁴² «Questa Corte creò il diritto all'aborto fondato su di (un concetto) amorfo, un diritto alla privacy non scritto, il quale è basato sulla *finzione giuridica* del substantive due process»: *June Medical Services, L.L.C. et al. V. Russo*, 18-1323, 591 U.S. (2020) (Justice Thomas, *Dissenting*), 14 ss.

⁴³ Nella mole della letteratura, si veda, almeno: G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse-New York, 1985; C.R. SUNSTEIN, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, in *Columbia Law Review*, 1, 92, 1992, 1-52.

⁴⁴ A. KOPPELMAN, *Forced Labor: A Thirteenth Amendment Defense of Abortion*, in *Northwestern University Law Review*, 2, 84, 1989, 480-535.

⁴⁵ Sebbene questo fosse un argomento presente (*Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 [1986]), la questione dell'inquadramento giuridico dei diritti civili in una prospettiva implicitamente di genere – quella del «woman's role» – aveva già trovato più ampio su altre tematiche, come per esempio in materia di mescolanza etnica: (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, [1967]).

⁴⁶ R.B. SIEGEL, *Abortion and the Woman Question: Forty Years of Debate*, in *Indiana Law Journal*, 4, 89, 2014, 1365-1380.

ro ingresso nelle opinioni dei giudici solo molto dopo, certamente già in *Casey*⁴⁷ e poi, in special modo, in *Carhart*⁴⁸. Un arresto, quest'ultimo, in cui al vaglio della Corte è sottoposto il *Partial-Birth Abortion Ban Act* e che però non invalidava il quadro di quella dottrina della non interferenza, confermata dalla Corte quale principale baluardo a garanzia del modo in cui una donna dovesse e potesse affermare il proprio ruolo sociale.

Sebbene *Carhart* resti un passaggio che ancora restava nel solco di *Roe* e di *Casey*, è in quella decisione che la questione giuridica dell'aborto registra, nel *dissent* di Justice Ginsburg, il primo e chiaro tentativo di erosione della dottrina *Roe*, a tutela di una più adeguata e salda sua protezione costituzionale dentro gli equilibri della Corte.

È un passaggio importante, in cui si afferma che debba considerarsi illegittima ogni restrizione della libertà riproduttiva della donna non già e solo perché essa sia una forma di lesione del suo diritto alla privacy, essendo la rilevanza costituzionale del diritto ad abortire da rintracciarsi nel suo diritto all'uguale partecipazione alla società democratica⁴⁹.

La prospettiva indicata da Ginsburg⁵⁰, alla quale faceva intanto eco una sempre più forte critica avanzata dalla *feminist jurisprudence* in parte convergente su questi aspetti, sarebbe rimasta al di fuori della giurisprudenza consolidatasi nelle maggioranze della Corte⁵¹.

In termini teorici, la pervicace resistenza che porta la Corte Suprema a non riformare la propria costruzione interpretativa è la tenuta di una specifica connotazione liberale di approccio all'aborto che i giudici adottano e non abbandonano negli anni. Un canone che, inaspettatamente, ritrovava una sponda esterna nella serie di argomenti che portano una parte del pensiero femminista a cristallizzare il proprio sguardo sull'aborto dentro un argomento obliquo, quello di un differenzialismo del cor-

⁴⁷ Nell'arresto (cfr. *supra*, nt. 24), che negava che il diritto d'aborto potesse essere impedito dal parere contrario del padre, Calabresi legge una traccia, sebbene involuta, che poteva riconoscersi nella giurisprudenza della Corte Suprema sviluppatasi da *Roe*, la garanzia di un'uguale libertà sessuale tra i sessi e, da ciò, del controllo dei propri diritti riproduttivi da parte della donna: G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law*, cit., 11 ss. Ciò è forse evidente soprattutto lì dove la Corte, nelle parole dei *Justices* Kennedy, O'Connor e Souter, afferma che «la libertà della donna è in gioco in un significato unico rispetto (a quello che esso assume nella) condizione umana e unico per il diritto»: *Planned Parenthood v. Casey*, cit., 852.

⁴⁸ Il tema su cui la Corte si esprime è quello del *Partial Birth Abortion*, tecnica consistente nell'estrazione del feto dall'utero nel secondo trimestre di gravidanza, vietata con legge dallo stato del Nebraska. La pratica, al tempo oggetto di divieto in 30 Stati, sebbene sospesa in quattordici di questi per la pendenza del giudizio innanzi alla Corte, è dichiarata incostituzionale ad esito di riarticolazione degli orientamenti politici dei *Justices*. Alla pronuncia, infatti, aderiscono in cinque, mentre *Justice* Kennedy, il cui voto era stato decisivo in *Casey*, si schierava con il blocco conservatore rappresentato da Rehnquist, Scalia e Thomas: *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

⁴⁹ Ribadendo la propria tesi circa il fatto che la giurisprudenza della Corte sull'aborto strutturatosi in *Roe* e in *Casey* non avesse fondamento nella Costituzione, Ginsburg richiamava proprio un passo di quest'ultimo arresto, lì dove esso affermava, nel diritto di aborto, il riconoscimento della capacità delle donne «a controllare la propria vita riproduttiva». Si ricavava da ciò che i giudici, in questo modo, si fossero ritrovati, sebbene inconsapevolmente, non certo a richiamare una generica nozione di privacy, quanto piuttosto a porre al centro «l'autonomia delle donne a determinare il corso della propria esistenza, e così a partecipare con uguaglianza di opportunità ai diritti di cittadinanza»: *Gonzales v. Carhart* (Justice Ginsburg, *Dissenting*), 172.

⁵⁰ Occorre rilevare che si trattasse di una tesi precocemente affermata da Ruth Bader Ginsburg: R.B. GINSBURG, *Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, 63, 2, 1985, 375-386.

⁵¹ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), 1996, 98.

po, il quale non solo non riesce a far penetrare nella giurisprudenza della Corte la divaricazione concettuale tra *maternità* e *gestazione*, ma finisce per aderire implicitamente a quella separazione tra sfera pubblica e sfera privata che ne faceva da cornice.

4. Privacy e aborto. La dottrina delle «sfere separate»

Nella tradizione del diritto inglese, la questione dell'inizio della vita si definisce in base al criterio del *quickening*, ovvero del movimento del feto all'interno del grembo materno⁵². Si tratta del principio alla luce del quale molte legislazioni sull'aborto, compresa quella italiana, bilanciano due diversi interessi oggetto di tutela, la vita prenatale e la salute della gestante, periodizzando nel primo trimestre la fase in cui l'aborto è da ritenersi praticabile⁵³.

In paradossale sintonia con un paradigma che si ritrovava evocato dalla tesi della *ownership* del proprio corpo affermata da una parte del femminismo, soprattutto nel corso degli anni Settanta, che faceva dell'aborto una questione affidata a una pretesa di non interferenza dello Stato sull'aborto, *Roe*, ancorando alla privacy il diritto di abortire, manteneva la dicotomia concettualmente alla base di questo bilanciamento. Si tratta di una polarizzazione tra la *gestante* e il *feto*, la quale, guardata sotto il profilo giuridico, pone in una dinamica di opposizione l'esistenza di un interesse pubblico alla vita, di cui lo stato è titolare, alla qualificazione di un diritto ad autodeterminarsi nelle proprie scelte.

È una cornice concettuale che segna un significativo contrasto rispetto a una prospettiva di genere all'aborto, ed è il punto focale su cui si delineava, nel femminismo giuridico, la critica alla «dottrina delle sfere separate», della quale si rintracciava in *Roe* un paradigma esemplare da aggredire. Internamente alla *feminist jurisprudence*, tali obiezioni erano, così, inevitabilmente rivolte a parte del femminismo che ora aveva scelto consapevolmente di tenere attiva tale distinzione, aderendo esplicitamente a una concezione della privacy intesa come spazio di autonomia decisionale da tenersi immune dall'ingerenza istituzionale⁵⁴, in altri casi se ne era ritrovata implicitamente in sintonia, reiterando un'idea di intangibilità delle scelte sul proprio corpo alla quale il concetto della privacy rinvia senz'altro, proprio nella tradizione di *common law*⁵⁵.

Va detto che sulla critica a *Roe*, da questo punto di vista, le classiche contrapposizioni che hanno segnato gli sviluppi del femminismo sono una cornice in fondo non adeguata⁵⁶.

⁵² Per una ricostruzione, utili sono i vari saggi che si trovano in: W.B. BONDESON, H.T. ENGELHARDT JR., ET AL. (ed. by), *Abortion and the Status of the Fetus*, New York, 1983.

⁵³ Per una lettura critica su questi aspetti, specialmente in *Roe*, in cui il criterio è impiegato in una logica di bilanciamento tra interesse pubblico e autodeterminazione sulle scelte, sotto l'egida della privacy: N.K. RHODEN, *Trimester and Technology: Revamping Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 95, 4, 1986, 639-697.

⁵⁴ In questi termini, della privacy si declina un significato del tutto in linea con la definizione offerta da Dworkin, che la intende come «autonomia deliberativa»: la privacy indica un'area d'intangibilità da parte del potere pubblico rispetto alla sfera dell'autonomia decisionale dei propri cittadini riguardante questioni politiche, morali o etiche (R. Dworkin, *Freedom's Law*, cit.).

⁵⁵ M.A. FINEMAN, *The Neutered Mother, The Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*, London, 1995, spec. 186-189.

⁵⁶ Su questi aspetti, in chiave ricostruttiva sulle posizioni espresse dalla *feminist jurisprudence* con riguardo al confine pubblico/privato: R. GAVISON, *Feminism and the Public/Private Distinction*, in *Stanford Law Review*, 45, 1, 1992, 1-46.

Nella sua declinazione giuridica, mentre certamente era tenuta per ferma dalle studiose che lavoravano criticamente sul canone liberale, mantenendo la tutela offerta dalla privacy all'aborto per come indicata dalla giurisprudenza della Corte⁵⁷, più articolato era il punto di vista emergente nella componente più radicale del movimento, anche e soprattutto quando essa si ritrovava a discutere il fondamento culturale implicito nella separazione tra pubblico e privato su cui la Corte aveva costruito il fondamento costituzionale all'aborto, ragionando sui problemi e sui rischi da essa derivanti⁵⁸.

Nel lavoro di studiose come Martha Fineman, la protezione offerta dalla privacy ai diritti delle donne finisce per accettare implicitamente lo schema di una dicotomia tra pubblico e privato⁵⁹, che porta con sé il peso dell'ideologia del patriarcato, e che pretende l'abdicazione dello Stato⁶⁰ da una dimensione privata in cui le condizioni dell'esercizio della libertà sono tutt'altro che neutre, come il caso dell'aborto testimonia⁶¹. Contro la fittizia universalità di un soggetto liberale atomizzato nella sua astrattezza e nella sua invece evidente mascolinizzazione, vi è così da misurarsi su di una diversa concezione della soggettività, la quale si apprezza e si struttura nel contesto delle asimmetrie storiche e culturali⁶². Un quadro che non è nient'affatto tutelato dall'assenza dello Stato, ma dalla penetrazione della sua azione perequativa⁶³.

Se, come si è rilevato, su questi temi, non poteva che prodursi una distanza con le posizioni assunte dal femminismo liberale, più sottile si poneva la divergenza con prospettive le quali, muovendo da analoga critica ai dispositivi giuridici facenti leva sulla medesima ideologia, indicavano un diverso approccio alla dottrina delle «sfere separate». Preservare il concetto della privacy come centrale nel

⁵⁷ Su ciò, si veda: L.C. McCLAIN, *Reconstructive Tasks for a Liberal Feminist Conception of Privacy*, in *William & Mary Law Review*, 40, 3, 1999, 759-794; A.L. ALLEN, *Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society*, Washington, 1988.

⁵⁸ In questa direzione d'indagine, la critica rivolta da questa parte del pensiero femminista si trova a focalizzarsi sul XIV emendamento, mettendo in luce il carattere performativo derivante dalla sua interpretazione liberale. Un canone cristallizzato nella giurisprudenza della Corte, che «nel nome della garanzia costituzionale a protezione della libertà individuale protegge anche *aggressivamente* le profonde gerarchie che si producono in materia di salute, status, razza, orientamenti sessuali, e genere, agevolando quelle pratiche di discriminazione»: R. WEST, *Progressive Constitutionalism: Reconstructing the Fourteenth Amendment*, Durham (NC), 1994, 164-165.

⁵⁹ In questi termini, *Roe v. Wade* non solo sarebbe stato un compromesso, ma avrebbe agevolato la perdurante tenuta dell'aborto nel perimetro dei confini tra pubblico e privato: F. OLSEN, *Unraveling Compromise*, in *Harvard Law Review*, 103, 1, 105-135.

⁶⁰ C.A. MACKINNON, *Toward a Femist Theory of the State*, Cambridge-London, 1989, 191, ss.

⁶¹ C.A. MACKINNON, *op. cit.*, 189-194.

⁶² D'altra parte, è anche vero che in qualche caso gli argomenti prodotti da quello stesso femminismo che più fortemente ha attaccato la dicotomia pubblico/privato, talvolta siano caduti in contraddizione. È il caso della critica rivolta da Fineman alla privacy, che è intesa come strumento di protezione ancora valido per la tutela della famiglia: M.A. FINEMAN, *Societal Factors Affecting the Creation of Legal Rules for Distribution of Property at Divorce*, in *Family Law Quarterly*, 23, 2, 1989, 279-299.

⁶³ Quando si considera la privacy in termini di autodeterminazione o autonomia decisionale, per questo, si finisce con il condensare in un unico concetto sommario due opposte questioni che, se non adeguatamente vagliate, rischiano di avere conseguenze non marginali con riguardo a tutte le forme di esercizio della determinazione individuale, nascondendone il punto più problematico per soggetti, come le donne, per le quali il riconoscimento della norma patriarcale è talvolta difficile da rilevare, in ragione degli elementi di interiorizzazione inconscia che essa ha prodotto: K. ABRAMS, *Sex Wars Redux: Agency and Coercition in Feminist Theory*, in *COLUMBIA LAW REVIEW*, 95, 2, 1995, 304-376.

contrasto alle discriminazioni di genere⁶⁴ sarebbe stato possibile, purché in un'ottica di rivendicazione ad una pretesa di regolazione del privato; la privacy, detto altrimenti, avrebbe dovuto consolidarsi come concetto giuridico da declinarsi in contesto, nel vaglio che alla libertà di autodeterminazione individuale offrono le condizioni dei casi apprezzabili in concreto, e nella pretesa che l'ingerenza pubblica possa e debba darsi lì dove essa sia effettivamente in grado di garantire condizioni di uguaglianza⁶⁵.

Muovendo uno sguardo più complesso alla giurisprudenza della Corte, e uscendo dalla centralità del paradigma *Roe*⁶⁶, si costruiva così un approccio certamente critico nei riguardi della privacy come categoria performativa della dottrina delle «sfere separate», ma non rivolto a teorizzare il suo radicale superamento. Nella prospettiva di Catharine MacKinnon, la privacy, come categoria, suggella certamente l'area di una intangibilità protetta della riservatezza, che intesa nel suo significato tradizionale e canonico, implica un retrocedere del potere statale dall'obbligo di protezione e tutela di una sfera in cui le donne, per retaggi culturali e assetto della vita familiare, finivano per essere ricondotte ed esposte⁶⁷. E, altrettanto indubbiamente, si tratta di riconoscere in ciò una tradizione dottrinale responsabile di aver ottenebrato le condizioni dell'ineguaglianza di genere che corrono all'interno delle relazioni tra uomo e donna, lasciandola totalmente priva di ogni adeguata attenzione sotto il profilo della dottrina costituzionale⁶⁸.

Tenendosi esteri agli approcci radicali prodotti da una parte del femminismo, piuttosto che abbandonare la privacy, si affermava però un'esigenza diversa, al cui cuore vi era un'opera di risemantizzazione del concetto, possibile alla luce dell'opportunità di aprire i significati giuridici che in esso si sono consacrati nella tradizione alle forme di un esercizio dell'autodeterminazione individuale che chiedono di essere riconosciute e tutelate dentro un quadro che tenga conto, e non occulti, le pretese di uguaglianza scaturenti dalle ineguaglianze materiali.

⁶⁴ Cfr., *supra*, nota 57.

⁶⁵ C. McCLAIN, *Inviolability and Privacy: The Castle, the Sanctuary, and the Body*, in *Yale Journal of Law and Humanities*, 7, 1, 1995, 195-242.

⁶⁶ In alcuni casi, (*Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 [1980]), sostiene la studiosa, si rivela la questione centrale che l'aborto pone, che è quella dell'eguaglianza di accesso nelle condizioni di diseguaglianza materiale che intervengono e orientano il processo di autodeterminazione delle donne circa le proprie scelte procreative: nessun obiettivo che miri all'emancipazione della soggettività femminile può non tener conto della ricaduta identitaria e stereotipizzante che fattori come la classe, l'etnia, le condizioni economiche impongono alle donne: C.A. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality Under Law*, in *Yale Law Journal*, 100, 5, 1991, 1281-1328. Ed è per questo che una parte delle studiose avanzavano la necessità di evidenziare una traccia capace di mostrare come, anche in assenza di livelli di discriminazione formale, queste diseguaglianze permanessero, non solo nella giurisprudenza della Corte, ma anche entro una legislazione restrittiva che continuava a respingere le donne sul piano della sfera domestica: R.B. SIEGEL, *The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy*, in *Yale Law Journal*, 105, 8, 1996, 2117-2208 (spec. 2154-2174).

⁶⁷ Sul piano delle costrizioni non sociali, ma culturali, meno visibili e interiorizzate dalle stesse donne: T.E. HIGINS, *Democracy and Feminism*, in *Harvard Law Review*, 110, 8, 1997, 1657-1703.

⁶⁸ C.A. MACKINNON, *Towards a Feminist Theory*, cit., 190-192.

5. Considerazioni minime su un'occasione mancata

La soglia che distingue la sfera pubblica da quella privata, anche e perché tradizionalmente coincidente con un'idea di famiglia, o di luogo domestico, è percorsa, nella storia politica e giuridica della modernità, da una prospettiva di genere⁶⁹. In quest'ottica, non si tratta di dimenticare o negare che la gravidanza sia esperienza del corpo, quanto piuttosto di affermare come questo, il corpo, sia sempre *segno* che sostiene e promuove *significati*⁷⁰.

È un profilo che le studiose e attiviste femministe mettevano in luce nel corso degli anni Settanta, lì dove *maternità* e *gestazione* erano pensate all'interno di un discorso sull'aborto che si focalizzava sulla scelta a essere madri, ovvero su qualcosa che si proiettava ben al di là del corpo gestante, e il divieto di aborto ne veniva rappresentato come un'indebita costrizione rispetto alla propria libertà di autodeterminazione sociale e pubblica: una forzatura, imposta alle donne *ad essere madri contro la loro volontà*⁷¹. Del tutto evidentemente, l'argomento della proprietà del corpo, pure sostenuto da una parte del femminismo, si è mostrato tutt'altro che idoneo a far luce su questo aspetto, che invece, come si è rappresentato in precedenza, era stato ben delineato nell'accento posto sulla questione che davvero l'aborto pone: quella della maternità e dell'uguale accesso alla cittadinanza.

Nella tradizione del pensiero americano, la riflessione del femminismo, toccando il più ampio tema della distinzione tra poteri pubblici e privati, non percorre di certo itinerari inesplorati⁷². Di essi, piuttosto, essa recepisce il principale punto di caduta, lì dove riflette sul carattere ideologico che sta implicito in una concezione dell'autonomia, la quale si esprimerebbe per definizione in atti necessariamente ricadenti in quadro di libera determinazione, tornando a concentrarsi sulla dinamica di tipo cogente che percorre la sfera del privato.

Di questo impianto, il femminismo, in fondo, si limita a trarre le conseguenze, lì dove considera come il pericolo maggiore che minaccia l'autonomia decisionale delle donne non venga dalla sfera pubblica, ma da quella privata.

Nelle diverse declinazioni che se ne sono date, è certamente in questa critica all'*ideologia delle due sfere* che si incardina la discussione che più generalmente ha messo a fuoco i limiti della dottrina *Roe*: piuttosto che ritrovare il fondamento costituzionale del diritto all'aborto nella intangibilità delle scelte intime e personali, si sarebbe dovuto evidenziarne una sua più diretta derivazione dalla clausola d'uguaglianza. Ciò, dacché, proprio il caso dell'aborto, consente di comprendere fino a che punto

⁶⁹ T.E. HIGGINS, *By reason of their sex: Feminist Theory, Postmodernism, and Justice*, in *Cornell Law Review*, 80, 6, 1995, 1536-1594.

⁷⁰ Judith Butler ha scritto che il genere ha a che fare con una sorta di performance richieste dal costruito culturale in cui si sviluppa, con le relative sanzioni e *taboo*. In questo senso, il genere si esplica sul piano sociale, ma anche su quello dei diritti che si rivendicano nel suo nome. Riflettendo su Antigone, il genere rivela così sempre per Butler delle conseguenze in qualche modo *punitive*, poiché coloro i quali falliscono nel compiere ciò che rientra nelle pretese che originano da quella forma identitaria che si cristallizza in esso sono regolarmente esposti alla ritorsione della società: J. BUTLER, *Undoing Gender*, New York, 2004, spec. 170 ss.

⁷¹ D.E.H. RUSSELL, N. VAN DE VEN (ed. by), *Crimes against Women: The Proceedings of the International Tribunal*, Palo Alto (CA), 1976.

⁷² L. FULLER, *American Legal Realism*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 82, 5, 1934, 429-462 (spec. 435-438).

possano e debbano spingersi le battaglie per il riconoscimento di diritti basati sull'uguaglianza nella loro viva portata⁷³.

Il contributo che il femminismo ha offerto dal perimetro esterno del pensiero liberale è stato sostanzialmente questo: la questione dell'aborto, se tenuta nella sola cornice di tutela offerta dalla privacy, manca di esser colta come un tema che ha a che fare con il *dominio* sulle donne e con la dinamica di *oppressione* che ricade sulle loro scelte.

Non si tratta di una questione che riguarda astrattamente come e quando bilanciare il rapporto tra l'autonomia delle scelte in materia riproduttiva ("il privato") e interesse dello stato a proteggere la vita ("pubblico"), ma di garantire uguaglianza di accesso, e dunque effettività, a quelle scelte. D'altra parte, è proprio nel radicamento entro la privacy del riconoscimento giuridico dell'aborto che si è ritrovato l'argomento principale a giustificazione dell'assenza di un obbligo statale a coprire attraverso il bilancio della spesa pubblica le spese sanitarie delle donne che decidano di praticare l'interruzione di gravidanza. Ed è questo, certamente, un punto che riguarda l'accesso alla cittadinanza e le condizioni del suo concreto esercizio, se è vero che scegliere o meno di essere madri è qualcosa che non si consuma nel rapporto identitario con il proprio corpo, ma che riguarda il proprio progetto esistenziale, e che dipende dai fattori di contesto, come quello economico, sociale, culturale.

È, per molti versi, il limite concettuale della tutela che la dottrina *Roe* riconosceva all'aborto, ancora radicata in una concezione formale della libertà (e dell'uguaglianza), che accettava in termini surrettizi il maschile come *norma*. La funzione che soprattutto la rivendicazione dell'uguaglianza formale – incardinata nella lotta per il riconoscimento dei diritti civili e politici – ha avuto, nel contrastare quelle forme di oppressione che riguardano l'esclusione delle donne dalla dinamica della vita pubblica è indubbia. E tuttavia, il caso dell'aborto ne rivela le aporie, ponendo in primo piano il tema delle differenze materiali, di cui il dato biologico è in qualche modo una delle forme, ed esigendo che siano concettualizzate, anche in ragione di ciò, le forme di soggettivazione che rendono effettivi i processi di accesso alla cittadinanza democratica.

Occorre certamente rilevare che, nonostante vi sia ampio consenso nel dibattito femminista sull'inadeguatezza tanto del concetto di privacy, tanto di quello dell'uguaglianza formale a garantire un'autentica strategia giuridicamente solida per consentire la liberazione delle donne, soprattutto gli approcci riformatori del femminismo non sempre hanno indicato adeguatamente in merito al superamento di queste criticità⁷⁴. Se proficuo è il discorso che il femminismo conduce sull'uguaglianza, più opaca è la prospettiva che si delinea nell'approccio critico rivolto al concetto della privacy, del quale non sono in fondo ben chiare le concezioni che si intende promuovere, una volta formulate le obiezioni del caso. È una questione che forse solo la Corte suprema, riformando *Roe*, avrebbe potuto affrontare.

Eppure, prima di *Dobbs*, era rimasto sostanzialmente immutato ciò che in *Casey* si consolidava nelle parole dei *Justices* O'Connor, Kennedy e Souter, in *Casey*: «al cuore della libertà vi è il diritto di definire il proprio concetto di esistenza, di senso, di universo e del mistero della vita umana. Le credenze

⁷³ R. COLKER, *Feminist litigation: An Oxymoron? – A study of the Briefs Filed in William L. Webster v. Reproductive Health Services*, in *Harvard Women's Law Journal*, 13, 1990, 137-188.

⁷⁴ R.B. SIEGEL, *Abortion and the Woman Question*, cit.

riguardanti questi temi non sono in grado di definire la personalità se sono formate sotto costrizione dello Stato»⁷⁵.

Special issue

⁷⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*, cit., 851.



“¡Abajo el patriarcado, se va a caer, se va a caer!”. La recente disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza in Argentina ed il ruolo dei movimenti femministi

Carla Maria Reale*

“¡ABAJO EL PATRIARCADO, SE VA A CAER!”. THE RECENT REGULATION ON VOLUNTARY TERMINATION OF PREGNANCY IN ARGENTINA AND THE ROLE OF FEMINIST MOVEMENTS

ABSTRACT: The contribution aims at analysing the regulation of abortion in Argentina (Ley 27610/2021), tracing the path that led to the approval of the law. In particular, it will focus on the various steps that, from a jurisprudential and administrative point of view, have accompanied the country from the end of the military dictatorship to the present day. The paper will show the fundamental and transversal role that women's and feminist movements have played in Argentina within this trajectory, providing an opportunity to reflect on the relationship between law, rights and social components.

KEYWORDS: Abortion; Constitutional law and Feminist movements; Argentina; Sexual and reproductive health

ABSTRACT: Il contributo ha lo scopo di analizzare la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza in Argentina (Ley 27610/2021), ricostruendo il tortuoso percorso che ha portato all'approvazione della legge. In particolare, ci si soffermerà sulle varie tappe che da un punto di vista giurisprudenziale e amministrativo, hanno accompagnato il Paese a partire dalla fine della dittatura militare, fino ai giorni nostri. Dall'intero elaborato emergerà il ruolo fondamentale e trasversale che i movimenti delle donne e femministi hanno svolto in Argentina all'interno di questo percorso, fornendo un'occasione di riflessione sui rapporti fra diritto, diritti e componenti sociali.

PAROLE CHIAVE: Aborto; diritto costituzionale e movimenti femministi; Argentina; salute sessuale e riproduttiva

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'attuale disciplina giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza in Argentina: la Ley 27610/2021– 3. Il reato di aborto nel Codice Penale del 1921 e l'affermazione di una piena crimina-

* *Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Genova. Mail: carlamaria.reale@edu.unige.it. Il lavoro di Carla Maria Reale è stato supportato dal progetto Horizon 2020 GENDEREX (Agreement No. 952432). Le opinioni espresse dall'autrice rispecchiano esclusivamente le visioni personali della stessa e non quelle della Commissione europea. La Commissione europea non è responsabile degli usi che possono essere fatti delle informazioni contenute nell'articolo. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

lizzazione de facto – 4. Due binari paralleli: il ritorno all’articolo 86 del Codice Penale e le istanze per la depenalizzazione dell’aborto – 5. La sentenza F.A.L della Corte costituzionale Argentina – 6. L’interruzione legale di gravidanza: L’applicazione dei principi di F.A.L. tramite l’elaborazione del Protocollo del 2015 – 7. Riflessioni conclusive: il ruolo dei movimenti sociali nel lungo iter per l’effettività del diritto di aborto in Argentina.

1. Introduzione

Il dibattito attorno ai diritti riproduttivi, in particolare il diritto all’aborto, rappresenta nella prospettiva costituzionale un importante banco di prova del meccanismo del bilanciamento dei diritti e della garanzia dell’effettività degli stessi. Da un punto di vista politico e sociale il tema chiama in causa non solo l’etica e le posizioni filosofiche e morali delle singole persone, ma mobilita fortemente forze politiche e sociali, dando vita ad un dibattito ancora oggi molto vivace ma spesso estremamente polarizzato. Nell’epoca contemporanea assistiamo, con uno sguardo ampio agli ordinamenti giuridici globali, alla parabola di due spinte socio-giuridiche con traiettorie molto differenti. Da una parte in alcuni Paesi della c.d. *Western legal tradition*, che avevano visto l’affermarsi di questo diritto a cavallo fra gli anni ‘70-’80 tramite l’intervento delle Corti costituzionali o supreme e l’approvazione di leggi *ad hoc*, sono forti le spinte regressive, anche a causa dell’operato coeso di forze conservatrici e anti-choice¹. Dall’altra, gli ordinamenti dell’America latina, si affacciano invece oggi ad una nuova stagione di decriminalizzazione e maggiore liberalizzazione dell’aborto. Il caso dell’Argentina, di cui si tratterà, si pone infatti in dialogo rispetto alle evoluzioni costituzionali e il dibattito che stanno coinvolgendo, su questo e altri temi l’America Latina. Insieme alla Bolivia², alla Colombia³ e al Messico⁴ – tutti accomunati dall’iniziale esistenza di leggi particolarmente restrittive in

¹ Il riferimento chiaro è ad esempio alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Dobbs v. Jackson*, ampiamente trattata in questo stesso fascicolo, ma non solo. Ad esempio, tornando al contesto nazionale italiano, al momento della scrittura di questo articolo sono due le proposte di legge presentate da inizio legislatura (ottobre 2022) volte alla modifica del Codice civile per l’attribuzione di capacità giuridica al concepito, al chiaro fine di limitare l’applicazione della legge 194/1978. La prima, a firma di Gasparri (FI) “Modifica dell’articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito” presentata ad ottobre 2022, la seconda a firma di Menia (Fdi) “Modifica dell’articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica ad ogni essere umano”.

² Si veda la sentenza Bolivia – Tribunal Constitucional Plurinacional – sent. 0206/2014 con cui la Corte ha accolto la questione di legittimità costituzionale sugli articoli del codice penale colombiano che puniscono l’aborto. Nella sentenza si evidenzia come la scelta intorno all’aborto debba essere della donna poiché, in virtù del principio pluralista della Costituzione, non è possibile imporre una determinata visione della moralità o una concezione di bene o male. La Corte richiama la necessità di intervento del Parlamento, nel mentre dichiara incostituzionale l’articolo del Codice sulle cause di non punibilità dell’aborto nella parte in cui lo subordina ad autorizzazione giudiziale.

³ Ci si riferisce in particolare alla sentenza della Corte costituzionale colombiana C-055 del 21 febbraio 2022, con la quale la Corte ha depenalizzato l’aborto fino alla ventiquattresima settimana, inquadrando la questione all’interno del diritto alla salute e all’autodeterminazione. Si rinvia a: M. BARLETTA, *La scelta della Corte costituzionale colombiana di depenalizzare l’aborto entro la ventiquattresima settimana e la sua rilevanza rispetto ai diritti sessuali e riproduttivi delle donne*, in questa rivista, 2, 2022, 437-448.

⁴ Ancora in un significativo numero di Stati l’aborto in Messico è punito con pene severe. Nonostante questo, diverse sono state le sentenze della Corte Suprema al riguardo. Si veda la più recente relativa alla disciplina nello stato di Coahuila ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 148/2017 e prima ancora le sentenze 146/2007 and 147/2007.

materia di aborto – l'Argentina vede l'emergere di approcci costituzionalmente orientati alla questione. Si fa strada dunque l'idea che la protezione della vita non nata deve trovare necessario bilanciamento con la protezione della dignità, il diritto all'autodeterminazione e alla salute, il rispetto del principio di non discriminazione di chi richiede servizi abortivi⁵. In tutti questi paesi le Corti costituzionali stanno agendo con un ruolo contro-maggioritario⁶, al fine di aprire maggiori spazi di garanzia attorno all'aborto, grazie anche al ruolo giocato dal diritto internazionale. Il presente contributo, che mira a ricostruire la disciplina legislativa in materia vigente in Argentina, ma soprattutto le tappe che hanno portato all'approvazione della stessa, è attraversato dal desiderio di evidenziare il ruolo fondamentale del dialogo costante fra legislatore, Corti, autorità pubbliche e istanze sociali. In particolare, si procederà dapprima approfondendo i contenuti e le previsioni della Ley 27610/2021, per poi volgersi, con uno sguardo al passato, alle fasi che hanno caratterizzato l'attuazione del diritto di aborto in Argentina dagli anni '80 in poi. Si mostrerà come fino ai primi anni 2000, forze maggioritarie di carattere conservatore, erano riuscite a imporre un'interpretazione restrittiva delle norme che di fatto impediva l'applicazione delle cause di non punibilità dell'aborto previste all'art. 86 del Codice penale. Si tratterà di come, a partire dagli anni 2000, con la costituzionalizzazione del diritto internazionale e tramite la *strategic litigation* dei movimenti femministi, le Corti abbiano a più livelli sollecitato una piena attuazione e garanzia di accesso all'aborto non punibile nel territorio argentino. Questo fino a giungere all'importante pronuncia della Corte Suprema nel 2012, e all'elaborazione concettuale di un Protocollo Ministeriale sull'Interruzione legale di gravidanza con un sostanziale ampliamento delle cause di accesso alla stessa. La conquista del 30 dicembre 2020, con l'approvazione della legge, rappresenta dunque l'apice di un processo di depenalizzazione sociale⁷, già reso evidente dalle partecipatissime manifestazioni pubbliche in favore del diritto all'aborto c.d. *pañuelazos*⁸ del 2018, attuato dai movimenti femministi, in dialogo con diversi attori giuridici e istituzionali.

⁵ P. BARGALLO, A. R. MICHEL, *Constitutional developments in Latin American abortion law*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 135, 2016, 228–231

⁶ *Per una prospettiva più ampia sul ruolo delle Corti costituzionali nelle attuali democrazie si veda*: L. R. BARROSO, *Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies*, in *The American Journal of Comparative Law*, 67, 1, March 2019, 109-143

⁷ Come definita da S. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, *Los antecedentes de una conquista: transformaciones políticas y normativas en el proceso de legalización del aborto en Argentina*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, Noviembre 2021-Abril 2022, 2.

⁸ Sono conosciuti come *pañuelazos* i grandi raduni convocati durante il dibattito al congresso nel 2018 della proposta di regolamentazione dell'aborto. Ci si riferisce infatti al *pañuelo*, una sorta di bandana, verde, simbolo della depenalizzazione dell'aborto, divenuti identificativi del movimento per l'aborto legale gratuito e sicuro. Queste sciarpe verdi sono state scelte anche per riecheggiare il velo bianco utilizzato dalle Madres de Plaza de Mayo alla fine della dittatura militare.

2. L'attuale disciplina giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza in Argentina: la Ley 27610/2021

L'interruzione volontaria di gravidanza è ad oggi disciplinata in Argentina dalla legge 27610/2021 "Acceso a la interrupcion voluntaria de embarazo"⁹ approvata al Senato a dicembre del 2020, dopo vicende sociali giuridiche e giudiziarie molto complesse, di cui si darà conto nei paragrafi successivi.

La nuova legge disciplina l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza e le cure post-abortive, definendole questioni di salute e pubblica e di diritti umani, nel quadro di diversi trattati internazionali¹⁰, come la Dichiarazione universale dei Diritti Umani, la Convenzione Americana sui diritti umani, la CEDAW, Il Patto per i diritti economici sociali e culturali, la Convenzione Interamericana per Prevenire, Sanzionare ed Eradicare la violenza contro le donne ("Convencion de Belèm do Parà").

In maniera significativa, la legge si rivolge, già dal primo articolo, alle donne, ma anche alle persone che abbiano altre identità di genere ma capacità di gestare¹¹. Si stabilisce poi che tutte queste persone hanno il diritto a decidere se interrompere la gravidanza in conformità alle disposizioni dettate dalla legge, richiedere l'assistenza post-abortiva ai servizi pubblici a prescindere dal fatto che l'aborto sia stato eseguito in conformità o meno ai requisiti dettati dalla legge, prevenire gravidanze indesiderate tramite l'accesso all'informazione, all'educazione sessuale e a metodi contraccettivi efficaci.

La legge stabilisce e garantisce il diritto a scegliere di interrompere la gravidanza fino alla quattordicesima settimana (Interruzione volontaria di gravidanza). Fuori da questo arco temporale è possibile procedere solamente nel caso in cui la persona gestante abbia subito una violenza, da attestare tramite dichiarazione giurata della persona interessata davanti al personale sanitario, o nel caso di pericolo per la vita o la salute della persona (Interruzione legale di gravidanza).

Sulla base dell'art. 5 della legge, la procedura di interruzione volontaria di gravidanza deve essere garantita all'interno del sistema sanitario pubblico in maniera gratuita e integrale nel termine massimo di 10 giorni della richiesta. Sempre nel medesimo articolo il legislatore ha posto una serie di condizioni minime che devono essere garantite da parte del personale sanitario a chi effettua la richiesta: a) trattamento dignitoso che rispetti le convinzioni personali e morali della/del paziente; b) privacy in

⁹ Non pare che la legge abbia ricevuto molti commenti da parte della dottrina argentina, tuttavia si rimanda a questo scritto per un'analisi puntuale delle disposizioni: J. N. LAFFERRIERE, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610*, Centro de Bioética, Persona y Familia, 2021. Disponibile al seguente link: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/11182/1/ley-aborto-comentada-ley-27610.pdf>.

¹⁰ Questi hanno infatti un valore superiore alla legge ordinaria in base all'articolo 75 co. 22 della Costituzione argentina, che è infatti richiamato alla presente legge art.3. Per approfondire la questione della "costituzionalizzazione" del diritto internazionale pubblico in Argentina si rimanda a: J. K. LEVIT, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 37, 281, 1999, 281-355.

¹¹ Ci si riferisce in particolare a tutte quelle persone che, pur non identificandosi nel genere femminile, abbiano la capacità di portare a termine una gravidanza. Nello specifico uomini trans e/o persone non binarie. La questione è di particolare rilevanza in Argentina, Paese che per primo ha adottato in materia il principio di autodeterminazione di genere (Ley 26.743/2012) pertanto non vi è alcun particolare requisito per l'ottenimento del cambio di genere anagrafico, che si configura al contrario come una mera procedura amministrativa. Su questo aspetto ci si soffermerà successivamente. Per avere una panoramica del principio di autodeterminazione di genere in Argentina si rimanda a: F. J. MENIN, *La identidad de género como derecho humano: la legislación argentina*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 2015, 627-641.

merito alla procedura nel rispetto dell'intimità, dignità e autonomia della persona richiedente con il relativo divieto di condividere informazioni con parenti o accompagnatori/accompagnatrici senza il consenso della diretta interessata (fatto salvo l'obbligo di denunciare violenze sessuali commesse a danno di persone minori di 13 anni); c) confidenzialità e rispetto del segreto medico durante e dopo il procedimento; d) rispetto della volontà autonoma della/del paziente e delle sue decisioni, senza giudizi di ordine personale, religioso, valoriale da parte del personale sanitario; e) accesso all'informazione aggiornata, comprensibile, veritiera e accessibile circa la pratica, i metodi correlati e le conseguenze, fermo l'ascolto attivo e rispettoso della/del paziente e delle sue necessità e preferenze; f) qualità dell'intervento medico, conforme allo standard dell'OMS in termini di competenza tecnica, accessibilità, opzioni disponibili e conoscenze scientifiche aggiornate. In maniera esplicita, in linea con quanto già detto, la legge stabilisce la necessità di acquisire per iscritto il consenso informato della persona richiedente prima della procedura. Tale attenzione alla persona che è paziente non termina con l'effettuazione dell'interruzione della gravidanza; al contrario, la legge si sofferma ulteriormente sui doveri di informazione in senso ampio anche nelle fasi successive, disponendo la necessità di prestare notizie sulle cure da adottare dopo il procedimento, ma anche in merito ai metodi contraccettivi disponibili.

Se la disciplina pone dunque al centro la persona richiedente e i suoi diritti, ciò non di meno dedica spazio al personale sanitario, prevedendo la possibilità che lo stesso presti, nei modi ed entro i limiti esplicitati dalla legge, obiezione di coscienza per l'intervento diretto all'interruzione di gravidanza¹². Il personale potrà prestare obiezione mantenendo tale scelta sia nell'ambito pubblico che in quello privato, indirizzando la persona richiedente in maniera tempestiva ad altro/a professionista, dovendo tuttavia rispettare il resto dei propri doveri professionali e obblighi giuridici. In questo senso, si rende esplicito che non è mai possibile negare assistenza sanitaria post-aborto e si dovrà procedere in ogni caso all'interruzione della gravidanza qualora la vita o la salute della persona sia in pericolo o richieda immediata e non prorogabile attenzione (art. 10). L'articolo 11 stabilisce inoltre che le strutture private o pubbliche che non abbiano personale medico disposto ad effettuare interruzione volontaria di gravidanza dovranno predisporre il rinvio ad una struttura con caratteristiche simili che effettui la pratica in conformità alla legge. La gestione ed i costi del rinvio a tale struttura sono a carico di quella remittente.

L'approccio legislativo, inoltre, contiene anche disposizioni a portata generale, come quelle che, rivolgendosi a tutta la popolazione, affermano la necessità di implementare la legge sull'educazione sessuale integrale (ley 26.150), aggiungendo in particolare la necessità di formare sulla prospettiva di genere e sulla diversità sessuale le e i docenti e le/i professioniste/i della salute come anche le funzionarie ed i funzionari pubblici per garantire una piena attuazione della legge sull'interruzione di gravidanza (art. 13).

¹² L'obiezione di coscienza, come di seguito delineata non è stata esente da critiche da parte di una certa dottrina argentina, che ne lamenta la portata eccessivamente restrittiva. Si veda: A. DE CECHINI, S. CALDERONE, *La objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el aborto legal en Argentina*, in *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 12, 1 (enero-junio), 2022.

La legge procede infine alla modifica degli articoli del Codice penale interessati, al fine di conformarli alle nuove disposizioni, in particolare artt. 85, 86 e 87¹³.

Per proseguire nell'analisi si partirà proprio della disciplina penalistica vigente prima dell'introduzione della legge, al fine di comprendere come questa sia stata interpretata e attuata nel corso degli anni e come sia stata spesso oggetto del contendere davanti alle corti argentine, fino a giungere ad importanti approdi costituzionali ed amministrativi, nel quadro delle lotte sociali per la garanzia di un aborto sicuro e gratuito.

3. Il reato di aborto nel Codice Penale del 1921 e l'affermazione di una piena criminalizzazione de facto

Il Codice penale argentino del 1921 prevede all'interno del Titolo I sui delitti contro la persona, il Capitolo I, delitti contro la vita, con le fattispecie previste dagli articoli 85, 86, 87 e 88. Tali norme penali sono volte alla protezione della vita umana in formazione e del nascituro, stabilendo la pena della reclusione per chi provochi l'aborto sia in presenza che in assenza del consenso della donna (art. 85), ma anche per la donna stessa che presti il consenso all'interruzione della gravidanza o se ne auto-induca una (art. 87). Allo stesso tempo, l'art. 86, nel suo secondo comma, traccia il perimetro di alcune cause di non punibilità relative al delitto sopra menzionato, quando effettuato da personale medico su una donna consenziente: l'una derivante da un pericolo inevitabile per la vita o la salute della madre, l'altra invece nel caso di violenza o di attentato al pudore commesso nei confronti di una donna con disabilità psicosociale-intellettuale. L'interpretazione di tali cause di non punibilità e della loro formulazione letterale (in particolare della seconda menzionata) sarà, come vedremo, al centro di diversi dibattiti all'interno della società civile, degli ambulatori medici e delle aule giudiziarie a partire dagli anni 2000.

Nel 1987, con la fine della dittatura militare e l'avvio di una transizione democratica, l'Argentina avvia un periodo di vivacità politica e sociale, che riporta fortemente al centro della *polis* la questione di genere, influenzando l'agenda pubblica e istituzionale con tematiche quali il divorzio, la rappresentanza politica, la violenza domestica e la salute sessuale e riproduttiva. Proprio quest'ultima diviene un fulcro dei movimenti femministi e femminili argentini, che portano le proprie rivendicazioni attorno a tematiche quali la legalizzazione dell'aborto, l'accessibilità sicura e gratuita ai servizi di interruzione della gravidanza, la possibilità di decidere autonomamente sul proprio corpo¹⁴. Tali rivendicazioni saranno capaci di fare da collante fra l'ampio spettro dei femminismi e conseguire, nell'arco di un trentennio, innegabili avanzamenti a livello sociale, istituzionale e legislativo¹⁵. Questo anche perché, se il clima politico-istituzionale si è dimostrato ricettivo nei confronti di tutta una serie di istanze

¹³ Su questo punto si rimanda a: M. ROMERO, *The Shift From Criminalization to Legalization of Abortion in Argentina*, in *JAMA*, 1, 2022, 1699-1700.

¹⁴ Si veda: D. A. ARANGUE, M. A. JARA, *El Movimiento Por El Aborto Legal Y Gratuito En Argentina. Un Problema Social En Clave Histórica*, in *Revista Educação em Foco – Universidade Federal de Juiz de Fora*, 26, 2021.

¹⁵ D. BARRANCOS, *Los caminos del feminismo en la argentina: historia y derivas*, 2014, 13. Disponibile al seguente link: <https://www.apdh-argentina.org.ar/sites/default/files/u62/feminismos%20dora%20barrancos.pdf>.

connesse, approvando numerose riforme e nuove leggi¹⁶, la questione della legalizzazione dell'aborto e l'accesso alla pratica dell'interruzione volontaria di gravidanza, come noto, segue una parabola maggiormente complessa.

Già durante i primi anni Novanta giungono dinnanzi alle Corti i primi casi di donne impossibilitate ad accedere all'aborto non punibile previsto dal codice penale; contemporaneamente una serie di attori sociali iniziava a reclamare la necessità di proteggere la vita sin dal concepimento, richiamando a fondamento delle proprie l'art. 4.1 della Convenzione americana dei diritti umani¹⁷. Partire dagli anni '80, infatti, in luogo di implementare linee guida o interventi legislativi che potessero garantire l'accesso all'interruzione di gravidanza nei casi di non punibilità previsti dall'art. 86 del Codice Penale, una serie di attori iniziò a porre in essere diverse strategie al fine di limitare l'applicazione di questo stesso articolo. Le argomentazioni e l'influenza sociale di questi gruppi diedero vita ad una norma informale che per lungo tempo impedì l'attuazione della norma prevista al Codice penale, creando una criminalizzazione ampia in via fattuale di ogni forma di aborto¹⁸. Questo meccanismo è stato definito come esplicazione di una cittadinanza a "bassa intensità", in cui portatori di istanze non si confrontano con le istituzioni e le forze parlamentari e di governo e attuano strategie collaterali per perseguire i propri scopi. Il risultato di ciò, nel contesto argentino, fu il rafforzamento delle disegualianze a causa della perdurante l'ineffettività della legge e della sua applicazione discrezionale da parte di funzionari pubblici¹⁹.

Un tale meccanismo può essere spiegato alla luce dell'assenza di norme complete e attuabili in materia, unito ad un sistema che non ne sanziona la disapplicazione e alla presenza di attori sociali che perseguono i propri obiettivi non tramite la via istituzionale del cambiamento legislativo, reputato difficoltoso, ma tramite vie brevi²⁰. Ad esempio, l'art. 86 non chiariva quale tipo di pericolo fosse idoneo a integrare la non punibilità dell'aborto o ancora un punto molto incerto riguardava la seconda previsione di non punibilità, con il contrapporsi di un'interpretazione restrittiva che la contemplava solamente per donne con disabilità psichiche che avessero subito violenza e quella più ampia che invece sosteneva la necessaria applicazione in ogni caso di violenza. Tali dispute a livello giuridico resero ancora più incerto l'agire di professionisti/e della salute. Queste norme informali riuscirono a permeare in maniera significativa il tessuto sociale al punto da convincere, come emerso da alcune ricerche sull'opinione del personale sanitario argentino, una buona parte di mediche e medici che, a prescindere dall'art. 86 del Codice penale, l'aborto fosse del tutto proibito nel Paese²¹. Nel 1994, in

¹⁶ Fra questi cambiamenti possono ad esempio menzionare la legge sul divorzio nel 1987, quella sulle quote di genere 1901, il Programma di salute sessuale e riproduttiva del 2002, la legge per contrastare la violenza sulle donne del 1994, poi modificata nel 2009, la modifica del Codice Penale per includere il delitto di femminicidio come forma aggravata di omicidio nel 2012.

¹⁷ L'articolo riguarda il diritto alla vita.

¹⁸ P. BERGALLO, *The struggle against informal rules on abortion in Argentine*, in R. COOK, J. ERDMAN, B. DICKENS (eds.), *Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and Controversies*, Philadelphia, 2014.

¹⁹ G. O'DONNELL, *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America: A Partial Conclusion*, in J. MENDEZ, P. PINHEIRO, G. O'DONNELL (eds.), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, 1999, 303-338.

²⁰ G. HELMKE, S. LEVITSKY, *Informal Institutions And Democracy: Lessons From Latin America*, Baltimore, 2006.

²¹ M. GOGNA ET AL, *Abortion In A Restrictive Legal Context: The Views Of Obstetrician-Gynaecologists In Buenos Aires, Argentina*, in *Reproductive Health Matters*, 10, 19, 128-137.

occasione della *Convención Constituyente*, vi fu il tentativo – da parte di alcuni gruppi conservatori all'interno delle forze governative di Menem – di approvare una clausola per proteggere la vita fin dal concepimento, clausola che tuttavia non giunse poi nei lavori per la nuova costituzione²². Nonostante questo fallimento, negli anni successivi l'interpretazione restrittiva dell'art. 86 Codice penale si consolidò e con questa l'impossibilità effettiva di ottenere la procedura di interruzione di gravidanza nei casi di non punibilità. In seguito alla riforma costituzionale, inoltre, che sancì il valore costituzionale del diritto internazionale, si iniziò a sostenere che l'articolo 86 del Codice Penale fosse incostituzionale sulla base della Convenzione interamericana dei diritti umani e della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo. Simili argomenti furono avanzati in casi giudiziari²³ volti ad affermare la punibilità di interruzioni di gravidanza in presenza di gravi malformazioni del feto²⁴, ma anche durante *strategic litigation* atte a limitare l'accesso alla contraccezione d'emergenza²⁵.

4. Due binari paralleli: il ritorno all'articolo 86 del Codice Penale e le istanze per la depenalizzazione dell'aborto

Intorno ai primi anni 2000 tuttavia, l'interpretazione prevalente della norma iniziò a mutare nuovamente, grazie al contributo dei movimenti sociali, al dibattito legislativo e giurisprudenziale a livello provinciale, nazionale ed internazionale e le azioni istituzionali.

All'attenzione dell'opinione pubblica arrivarono notizie circa il numero di vittime dell'aborto clandestino, stimate dagli anni '80 fino al 2018 attorno alle 3000 persone. In connessione a ciò, nel quadro della Legge Nazionale di salute sessuale e riproduttiva e del relativo Programma Nazionale creato nel 2004, il Consiglio Federale della Salute (COFESA), dichiarò pubblicamente la necessità di mobilitare il sistema sanitario nazionale al fine di abbassare il tasso di mortalità materna, un terzo del quale era dovuto proprio ad aborti clandestini²⁶. Nel 2005 il Ministero della Salute reclamò la competenza sull'interruzione volontaria di gravidanza al fine di avviare un programma che potesse gestire le complicanze post abortive.

Questi approdi istituzionali sono connessi a quanto già a partire dagli anni '80 il movimento femminista aveva iniziato a costruire, creando la propria strategia interna e pubblica in materia di aborto. Questa fu scandita da alcune importanti tappe, come la creazione nel 1988 della Commissione per il Diritto all'Aborto nella città di Buenos Aires e poi nel 1991 il Forum per i Diritti riproduttivi. Nel corso di questi anni, i movimenti portarono alla luce la tematica dell'aborto non come un fatto privato, ma alla stregua di un problema socialmente rilevante e controverso da ricondurre alla salute pubblica, ai

²² M. A. GUTIÉRREZ, *Mujeres Autoconvocadas Para Decidir En Libertad (Madel)*, in M. ABREGÚ, S. RAMOS (eds.), *La Sociedad Civil Frente A Las Nuevas Formas De Institucionalidad Democrática*, Buenos Aires, 2000, 83-106.

²³ Sul rapporto fra argomenti di stampo conservatore e giurisprudenza in Argentina si veda: M. E. MONTE, J. M. VAGGIONE, *Cortes irrumpidas. La judicialización conservadora del aborto en Argentina*, in *Rev. Rupturas*, 9, 1, Ene-Jun 2019, 107-125.

²⁴ Si veda: R. COOK AT. AL., *Prenatal Management Of Anencephaly*, in *International Journal Of Gynecology And Obstetrics*, 102, 2008, 304-308.

²⁵ Si veda: M. HEVIA, *The Legal Status Of Emergency Contraception In Latin America*, in *International Journal Of Gynecology And Obstetrics*, 2012, 87-90.

²⁶ Consejo Federal De Salud, *Compromiso para la reducción de la mortalidad materna en la Argentina*, 6 ottobre 2004.

diritti di cittadinanza, all'autonomia delle donne sul proprio corpo e soprattutto come diritto umano²⁷. Una tappa fondamentale fu la Campagna per l'Aborto legale, gratuito e sicuro (2005) che riuscì a creare un'alleanza trasversale a diversi attori sociali fra cui i collettivi studenteschi, i partiti politici, varie figure di intellettuali e di spicco pubblico, i giornali ed i quartieri più poveri nelle città. Tale mobilitazione ebbe l'effetto di canalizzare gli sforzi per la garanzia della previsione dell'art. 86 Codice penale, da una parte, ma anche per nuove iniziative che potessero puntare a più ambiziosi progetti di riforma. Per quanto riguarda il secondo punto, ad esempio, nel 2006 fu presentato al Congresso Nazionale un primo progetto di legge per depenalizzare e regolamentare l'aborto²⁸, che sebbene non venne mai discusso ebbe il merito di garantire visibilità nel dibattito pubblico al tema dell'interruzione di gravidanza e le conseguenze della sua criminalizzazione per molte donne.

La strategia che verteva invece sul superamento della criminalizzazione *de facto*, puntò su due distinti livelli, da una parte quello giurisdizionale, dall'altro quello rivolto a professioniste/i della salute con l'elaborazione di protocolli che, a livello provinciale, formalizzassero le procedure per l'applicazione dell'art. 86 del Codice penale.

Tra il 2005 e il 2012 giunsero infatti moltissime richieste al sistema sanitario pubblico da parte di donne per l'attuazione dell'aborto non punibile previsto dall'art. 86; le professioniste ed i professionisti della salute – in risposta a ciò – adirono le Corti locali al fine di praticare procedure che reputavano proibite o impossibili senza una previa autorizzazione giudiziale.

Nella ricca giurisprudenza presente in materia²⁹, possiamo individuare un primo gruppo di casi generati da istanze avanzate agli ospedali da parte di donne con malattie gravi ed un secondo gruppo di casi provenienti da rappresentanti di donne con disabilità psico-sociali intellettive che avevano subito violenza sessuale. Ad esempio, nel caso *C.P. de P.A.K.*³⁰ una donna con una malattia cardiaca cronica chiese di poter abortire presso una clinica nella città di Buenos Aires. Il personale medico adì pertanto il tribunale di prima istanza per ottenere l'autorizzazione: questa fu negata sia in primo che in secondo grado dalla Cámara de Apelaciones provincial. Solo quando il caso giunse alla *Corte Suprema de la Provincia di Buenos Aires*, la donna ebbe la possibilità di interrompere la gravidanza: in quell'occasione la Corte affermò come, nei casi coperti dall'art. 86 Codice penale, non fosse necessario adire l'autorità giudiziaria³¹.

²⁷ J. BURTON, *De la Comisión al Socorro: trazos de militancia feminista por el derecho al aborto en Argentina*, in *Revista: Descentrada*, 2017.

²⁸ Testo disponibile: <http://www.abortolegal.com.ar/wp-content/uploads/2011/08/Fundamentos-y-Proyecto-Ley-IVE.pdf>.

²⁹ Si veda il rapporto di READAAS: C. GEBRUARS, N. GHERARDI, *El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso "F.A.L."*, 2, 2015. Disponibile online al seguente link: <https://repositorio.cedes.org/handle/123456789/3836>.

³⁰ Suprema Corte De La Provincia De Buenos Aires, Argentina. C.P. D. P., A.K. S/Autorización, Lba. 27 De Junio De 2005.

³¹ M. AVALLO, *La falta de enforcement del aborto no punible en Argentina*, in *Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial*, 1 de junio de 2011. Si vedano ulteriori casi simili, ad esempio: TSJBA, Causa 715/00 "T., S. C/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CCBA); Causa Ac. 95.464, "C. P. d. P., A. K. Autorización", sentencia del TSJ Pcia. de Buenos Aires, 27 de junio de 2005; Causa Ac. 98.830, "R., L.M., 'NN Persona por nacer, Protección. Denuncia'", sentencia del 31 de julio de 2006, TSJ Pcia. de Buenos Aires; Causa. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1a, "C., S. M. y otros. v. sin demandado p/ac. de amparo s/per saltum", sen-

Un caso differente è invece quello che vedeva protagonista Ana Maria Acevedo, già madre di tre figli, malata di tumore allo stadio terminale e alla quale fu negato accesso alle procedure abortive, all'uso di analgesici e la prosecuzione della chemioterapia per potenziali al feto. La morte della donna diede avvio ad un caso giudiziario nel quale i medici e il direttore dell'ospedale furono chiamati a rispondere penalmente per il mancato aborto della signora³².

Un caso successivo che accese similmente l'opinione pubblica fu quello verificatosi nel medesimo territorio in cui la richiesta di interruzione di gravidanza proveniva da una minore con disabilità intellettiva vittima di violenza, rappresentata in giudizio dalla madre. Anche qui fu solo la Corte Suprema della Provincia di Buenos Aires dopo lungo tempo a riconoscere il diritto all'ottenimento dell'interruzione di gravidanza, ma nonostante ciò la famiglia ebbe notevoli difficoltà ad attuare l'ordine giudiziale che disponeva la procedura³³. Il caso giunse anche innanzi alle Corti internazionali: nel 2011, con il caso *L.M.R c. Argentina*³⁴, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite condannò il Paese per la violazione degli artt. 7 (divieto di trattamenti inumani e degradanti), 17 (diritto alla vita privata e familiare) e 2.3 (diritto ad un rimedio effettivo) oltre all'art. 3 (divieto di discriminazioni fra uomini e donne) del Patto internazionale per i Diritti civili e politici. La giovane donna fu infatti costretta a ricorrere ad un aborto clandestino data l'impossibilità di vedersi garantita la procedura da due ospedali pubblici, pur in seguito ad una sentenza della Corte Suprema della Provincia di Buenos Aires. Il Comitato delle Nazioni Unite ha inquadrato il mancato accesso alle procedure sicure di aborto nel giusto tempo fosse un trattamento inumano e degradante nei confronti di LMR, in particolare considerata la sofferenza psicologica causata nella giovane donna. Secondo il Comitato, inoltre, l'Argentina è responsabile anche per la violazione dell'art. 2.3 del Patto perché assente un meccanismo atto a garantire tempestivamente l'effettivo accesso all'interruzione della gravidanza, tanto che la ricorrente era dovuta comparire davanti a tre distinti tribunali/corti prolungando l'attesa di diverse settimane, al punto da dover poi ricorrere a procedure illegali.

Come menzionato, l'altro punto importante fu l'elaborazione, indubbiamente trainata anche dai sopracitati casi, di norme procedimentali, nello specifico protocolli, per l'attuazione dell'art. 86 del Codice Penale da parte di Ministeri per la salute a livello provinciale. In un primo momento si trattò di protocolli essenziali scarsamente applicati, per poi approdare a documenti più complessi in cui l'interruzione di gravidanza veniva inquadrata all'interno di un discorso sui diritti umani e si garantiva una maggiore attuazione delle regole procedimentali all'interno del sistema sanitario nazionale.

Nel 2007 l'Istituto nazionale contro la Xenofobia ed il Razzismo (INADI), inquadrato il tema dell'accesso all'aborto come una questione di non-discriminazione, pubblicò delle raccomandazioni in materia, accompagnate da un primo modello di protocollo per l'aborto non punibile³⁵. Nel mede-

tencia del 22 de agosto de 2006; Causa 5236. Supremo Tribunal de Entre Ríos "Defensora de P.Y.M No (en repr. de persona por nacer) s/ medida cautelar de protección de persona", sentencia del 20 de septiembre de 2007.

³² Tribunal de Santa fe, sentencia n. 2165/07, 2008.

³³ SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. ARGENTINA. Causa Ac. 98.830, "R., L.M., 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia'". 31 de julio de 2006.

³⁴ United Nations Human Rights Committee. *LMR v. Argentina*. Communication UNDoc. CCPR/C/101/D/1608/2007; April 28, 2011.

³⁵ Instituto Nacional Contra La Discriminación Y La Xenofobia, *Recomendación General No 2. Atención Sanitaria de Abortos Legales y Tratamiento Post-aborto*, Buenos Aires, 23 maggio 2007.

simo anno alcune Province e città approvarono delle guide per l'aborto non punibile, facendo chiarezza sull'illegittimità di requisiti come l'autorizzazione giudiziale previa ma prevedendo anche indicazioni positive per il personale medico, ad esempio con riguardo al consenso informato ed il coinvolgimento di persone minori o con disabilità intellettiva³⁶. Nel medesimo anno, all'interno del quadro Programma Nazionale di Salute sessuale e Procreazione Responsabile (PNSSPR), il Ministero della Salute elaborò un protocollo nazionale per l'attuazione degli standard dell'OMS sull'aborto, con il documento *Guida per l'Attuazione integrale dell'aborto non punibile*, che aveva tuttavia una mera valenza informativa per ospedali e giudici. In questo documento, non vincolante, l'intervento di Comitati etici e autorità sanitarie nelle procedure abortive insieme l'autorizzazione giudiziale venivano qualificate esplicitamente – in linea con la giurisprudenza sopra menzionata – come barriere amministrative ostative al conseguimento del diritto previsto all'art. 86 del Codice penale, supportato dalla Costituzione argentina³⁷. Inoltre, si affermava la necessità di abbracciare una lettura dell'art. 86 tale da comprendere come causa di non punibilità la violenza sessuale in ogni caso, non solo nel caso in cui coinvolgesse donne con disabilità³⁸.

Nonostante questa importante presa di posizione su base federale, i protocolli attuativi non ebbero una grande diffusione a livello provinciale³⁹ e l'accesso effettivo all'aborto continuò a rivelarsi difficile e l'uso di richiedere autorizzazione giudiziale persistente. Il risultato fu un'ulteriore frammentazione del diritto di accesso all'aborto nei casi non punibili ex lege, con l'aggravarsi di sostanziali discriminazioni su base territoriale.

5. La sentenza F.A.L della Corte costituzionale Argentina

In questo panorama altamente frammentario, dirimente è stato l'intervento della *Corte Suprema de Justicia*, che nella sentenza *F.A.L* si pronunciò sull'articolo 86 del Codice Penale⁴⁰ chiarendone la portata applicativa e tracciando alcuni obblighi positivi dello Stato nei casi di aborto non punibile.

Il caso vide protagonista una giovane donna di 15 anni, rimasta incinta dopo una violenza sessuale nella provincia di Chubut; la madre in quanto rappresentante legale e la ragazza dovettero affrontare diversi dinieghi, il primo da parte del personale medico, poi dal giudice penale dichiaratosi incompetente, poi dalla Corte competente che rigettava il *petitum*, sia in prima che in seconda istanza. Le Corti di merito rigettarono infatti la richiesta di autorizzazione nonostante la gravidanza fosse frutto di una violenza e cospicua documentazione medica documentasse sintomi depressivi e idee suicide

³⁶ Si tratta, ad esempio delle città di Buenos Aires e Rosario accanto alle province di Buenos Aires e Neuquén. Si veda: S. RAMOS et al., *El aborto no punible: Una cuestión de derechos humanos*, CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. Informe Anual 2008, Buenos Aires, 2009.

³⁷ *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*, 2007, 9. Il testo è disponibile al seguente link: <https://repositorio.cedes.org/handle/123456789/4073>.

³⁸ *Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles*, 2007, 15. Il testo è disponibile al seguente link: <https://repositorio.cedes.org/handle/123456789/4073>.

³⁹ La questione è ben articolata e argomentata in: P. BERGALLO, *The struggle against informal rules on abortion in Argentina*, in R. COOK, J. ERDMAN, B. DICKENS (eds.), *Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and Controversies*, Philadelphia, 2014.

⁴⁰ Corte Suprema De Justicia De La Nación. Argentina. F., A.L., *Medida Autosatisfactiva*, Expediente Letra "F", No 259, Libro XLVI. 13 de marzo de 2012.

nella ragazza, pertanto la presenza di rischi importanti per la salute psicofisica e la vita della stessa. Fu poi il Superiore Tribunal de Justicia della Provincia di Chubut a dichiarare che il caso rientrava nella fattispecie di aborto non punibile *ex art. 86* Codice Penale, nuovamente ribadendo che l'autorizzazione giudiziaria non fosse necessaria in questi casi. Due mesi dopo la prima richiesta dunque, la ragazza riuscì ad accedere alla prestazione richiesta. L'Asesor General Subrogante della Provincia presentò tuttavia un ricorso federale in rappresentanza del nascituro. La Corte Suprema inquadrò il caso alla stregua di un problema di interpretazione di norme di diritto federale (diritto internazionale dei diritti umani), che avevano portato il Tribunale di Chubut a dare una interpretazione ampia delle cause di non punibilità previste dell'art. 86 del Codice Penale. Attraverso degli argomenti di ordine costituzionale la Corte supportava l'interpretazione fatta dal Tribunale di Chubut, chiarendo ulteriormente la portata applicativa dell'art. 86 e dettando alcuni obblighi positivi e negativi per lo stato e le autorità provinciali e municipali in materia. In particolare, in questa sentenza la Corte affermò due importanti punti:

a) Lo stato, le province e le municipalità hanno l'obbligo di praticare l'aborto richiesto da una donna che ha subito violenza sessuale, senza alcuna previa autorizzazione giudiziale e senza richiedere la denuncia dell'accaduto. Deve reputarsi sufficiente la dichiarazione della persona interessata al medico;

b) Lo stato, le province e le municipalità devono garantire l'accesso alla pratica di interruzioni e condizioni mediche e igieniche necessarie perché si fatta in maniera rapida accessibile e sicura.

Nel giungere a queste due conclusioni la Corte traccia un iter argomentativo di matrice costituzionale, i cui punti reputati salienti verranno riportati di seguito.

A supporto dell'interpretazione ampia dell'art. 86 del Codice Penale, la Corte menzionava le disposizioni costituzionali sull'autodeterminazione (art. 19) e sull'eguaglianza (art. 16). In particolare, su questo punto sottolineava come consentire l'aborto in seguito a violenze sessuali solo per donne con disabilità intellettive avrebbe costituito una discriminazione irragionevole, poiché in entrambi casi le interessate si trovano in stato di gravidanza senza aver prestato il proprio consenso e avendo subito una forma di violenza di genere. Se il dettato strettamente costituzionale non può essere usato al fine di supportare una interpretazione restrittiva dell'art. 86, tantomeno può essere fatto un simile uso del diritto internazionale dei diritti umani. In virtù del principio di inviolabilità della persona e del principio della dignità non è possibile costringere una donna che ha subito una violazione dei diritti fondamentali a portare a termine una gravidanza: questo sarebbe infatti un onere sproporzionato⁴¹. Di fronte alle varie interpretazioni possibili della legge in questione, l'art. 86 del Codice penale, era necessario infatti – secondo la Corte – privilegiare quella che offre maggiori tutele alla persona dinanzi al potere Statale e alla sua ingerenza. Inoltre, un'interpretazione restrittiva di tale articolo, avrebbe ampliato in maniera sostanziale lo spettro delle condotte punibili, andando contro al principio di legalità e al principio di ultima ratio del diritto penale.

⁴¹ È stato osservato come questo argomento dell'onere sproporzionato possa essere utilizzato per interpretare l'intero articolo 86 del Codice penale, ma più in generale per supportare la decriminalizzazione dell'aborto. Ogni persona che non desideri portare a termine la gravidanza infatti, vede il proprio diritto all'invulnerabilità e all'autodeterminazione fortemente compromesso. Si veda: L. CLÈERICO, L. RONCONI, *Impacto Del Bloque De Constitucionalidad En La Interpretación Del Derecho Común. La Interpretación Amplia De Los Abortos Permitidos En Argentina*, in *Estudios Constitucionales*, 10, 2, 2012, 193-230.

La Corte richiamava poi esplicitamente molti documenti internazionali come la CEDAW, la Convenzione Interamericana Belém do Pará, ma anche la condanna ricevuta in sede internazionale sopra menzionata, al fine di tracciare degli obblighi per lo Stato, con il fine ultimo di garantire il diritto alla salute sessuale e riproduttiva delle donne e discutere delle barriere amministrative che illegittimamente erano state poste all'interno del territorio argentino. Queste infatti dovevano essere rimosse insieme alle proibizioni implicite, che costituivano una minaccia per la salute delle donne.

In particolare, la Corte ribadiva la natura *contra legem* della richiesta di autorizzazione giudiziale da parte del personale medico, qualificata come una pratica non necessaria e indebita. Allo stesso modo veniva considerata la richiesta di denuncia di violenza sessuale: l'aborto deve essere praticato in seguito ad una dichiarazione giurata prestata davanti al medico/alla medica della persona interessata o del suo rappresentante legale nel caso di minori. Sebbene la Corte riconobbe che in piccola parte questa pratica potesse aprire ad un potenziale abuso dell'aborto non punibile per via di false dichiarazioni, questo pericolo non fu considerato sufficiente per porre in essere un'ulteriore violazione dei diritti di donne che hanno subito violenza e richiedere loro una forma di prova dell'abuso subito. Ulteriori requisiti indebiti e *contra legem* furono considerati tutti quelli che, all'interno delle strutture ospedaliere, erano legati alla valutazione di questioni etiche o morali (es: valutazioni di Comitati etici). Queste erano da qualificarsi alla stregua di trattamenti crudeli e disumani poiché violano l'autonomia e la dignità delle donne. Tutte queste barriere ritardavano e rendevano meno accessibili le procedure, con sostanziale aggravio della posizione soprattutto di tutte quelle donne che vivono situazioni di maggiore povertà o vulnerabilità e hanno più difficilmente accesso alla giustizia.

Nella sentenza la Corte trattava anche il tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario: sebbene questa fosse da considerarsi legittima, il suo esercizio non poteva tradursi nella negazione fattuale del diritto ad accedere all'aborto e doveva essere garantito lo svolgimento effettivo della procedura. Il diritto all'obiezione di coscienza cede infatti dinnanzi al diritto di realizzare un aborto conforme a quanto disposto dalla sentenza medesima. Da ultimo, sebbene l'art. 86 del Codice penale fosse da considerarsi una norma operativa, la Corte sottolineava come Protocolli e regolamenti per l'accesso al servizio potessero aiutare a garantire l'esercizio del diritto, dettando informazioni chiare e univoche in favore di personale medico-sanitario. In questo senso, si esortava il Governo all'approvazione di simili documenti, ma anche all'organizzazione di campagne di informazione pubblica sull'interruzione di gravidanza non punibile. Sebbene il caso F.A.L. traeva origine da una vicenda riguardante l'aborto nei casi di violenza sessuale, è stato affermato tuttavia che le argomentazioni della Corte per come sviluppate, fossero da applicare a tutti i casi contemplati dall'art. 86, ponendo dunque alcuni standard da rispettare in maniera trasversale⁴². Effettivamente il caso ebbe una forte risonanza, diede vita a profondi mutamenti a livello sociale e istituzionale e determinò significative innovazioni nelle prassi medico-sanitarie.

⁴² L. CLÈERICO, L. RONCONI, *Impacto Del Bloque De Constitucionalidad En La Interpretación Del Derecho Común. La Interpretación Amplia De Los Abortos Permitidos En Argentina*, in *Estudios Constitucionales*, 10, 2, 2012, 193-230.

6. L'applicazione dei principi di F.A.L. ed il "Protocollo per l'attenzione integrale della persona con diritto ad interrompere la gravidanza"

In seguito a questa sentenza della Corte e al monito per legislatore e Governo, nel 2015 il Ministero della Salute pubblicò il documento "Protocollo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo (ILE)". Sebbene questo fosse presentato come un aggiornamento della guida tecnica precedentemente menzionata, in verità era qualcosa di più di un mero rendere le informazioni mediche, bioetiche e giuridiche in linea con gli ultimi approdi in materia. Si trattava infatti di un'operazione volta a legittimare e rafforzare l'esigibilità dell'aborto non punibile e risignificarlo all'interno dell'ordinamento, ma soprattutto nella pratica medica. In questo protocollo infatti non si parlava più meramente di cause di non punibilità dell'aborto, ma di interruzione legale di gravidanza: questo implicava che in talune circostanze non solo l'aborto non fosse un delitto, ma anche che questo dovesse essere garantito dallo Stato. Il protocollo infatti legò l'attuazione dell'interruzione legale di gravidanza a tutta una serie di diritti fondamentali, fra cui il diritto all'autodeterminazione, alla privacy, alla salute, alla vita, all'informazione. Il protocollo chiarì poi la portata applicativa del diritto all'interruzione legale di gravidanza contemplata all'art. 86 del Codice penale. In maniera interessante, abbracciava un concetto di salute olistico comprendendo anche la salute psichica e sociale, in linea con quanto affermato dall'OMS. Questo determinò inoltre che per integrare il concetto di pericolo per la salute menzionato nel Codice penale non doveva necessariamente configurarsi un danno concreto, ma bastava la mera possibilità che questo si verificasse. In questo senso il Protocollo reputava che la decisione della donna/persona gestante sul potenziale pericolo correlato alla prosecuzione di gravidanza fosse un fattore determinante per accedere all'interruzione legale della stessa⁴³. La combinazione del concetto olistico di salute, tale da ricomprendere anche fattori sociali, e della nozione di danno sopramenzionata, fornirono uno strumento concreto al personale sanitario per allargare le maglie dell'accesso alla procedura, rendendo questi "guardiani sanitari del diritto di aborto"⁴⁴. Per quanto riguarda invece la seconda causa di interruzione legale di gravidanza, la violenza sessuale, il protocollo riprendeva quanto affermato dalla Corte suprema nella sentenza F.A.L., sottolineando la matrice di genere di simili violenze che possono avvenire anche all'interno della coppia. Si ribadì infatti l'illegittimità di ogni richiesta che andasse oltre la dichiarazione giurata della persona coinvolta: questa sarebbe stata infatti un'illegittima negazione dell'accesso all'aborto⁴⁵.

Il protocollo ebbe indubbiamente il ruolo, come menzionato prima, di dare impulso ad un mutamento delle strutture sanitarie e del ruolo del personale sanitario nell'attuazione dell'interruzione legale di gravidanza, lasciando tuttavia interamente in mano a questi la possibilità di definire cosa potesse

⁴³ Ministerio de Salud de la Nación, *Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo (ILE)*, 2015, 15. La versione del 2015 (è stato poi infatti emendato nel 2019) è disponibile al seguente link: http://www.legisalud.gov.ar/pdf/protocolo_web_2015.pdf.

⁴⁴ A. RAMÓN MICHEL, M. CAVALLO, *El principio de legalidad y las regulaciones de aborto basadas en los médicos*, in P. BERGALLO, I. C. JARAMILLO SIERRA, J. M. VAGGIONE (EDS.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Buenos Aires, 2018, 41.

⁴⁵ Ministerio de Salud de la Nación, *Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo (ILE)*, 2015, 18.

rientrare all'interno della legge e cosa no. In assenza infatti di una legge, il rischio di discrezionalità rimaneva forte e la garanzia della pratica abortiva lasciata alla buona volontà del personale sanitario. Questo è mostrato ad esempio dal fatto che l'attuazione di questi protocolli fosse stata discontinua su base territoriale e non solo⁴⁶, similmente a quanto accaduto con le precedenti guide. I movimenti femministi segnalavano, ad esempio, la scarsa diffusione e pubblicità del Protocollo da parte del Ministero della Salute, spendendosi in prima linea per divulgarlo e implementarlo⁴⁷. In alcuni casi, inoltre, l'implementazione del Protocollo poté godere di un maggiore appoggio istituzionale, come per esempio nella Città Autonoma di Buenos Aires, dove l'attuazione dello stesso venne inserita all'interno del programma distrettuale di Salute sessuale e riproduttiva⁴⁸. Oltre alla discrezionalità del personale sanitario e delle disparità su base territoriale, il persistente stigma sociale nelle sue varie forme non sempre consentiva anche a chi avrebbe avuto diritto ad una interruzione legale di gravidanza di farne richiesta⁴⁹.

La necessità di una legge che potesse superare queste criticità rimaneva dunque attuale. Nel 2018 la proposta di legge – rinnovata rispetto alla precedente del 2006⁵⁰ – avanzata dalla Campagna nazionale per il diritto all'aborto legale, sicuro e gratuito riuscì a raggiungere, proprio per la forte pressione della “marea verde”⁵¹ il dibattito Parlamentare, ove tuttavia fu respinta dal Senato. Nel 2021 si riuscì infine ad approvare il progetto di legge descritto nel secondo paragrafo, dal contenuto pressoché analogo a quello del 2018, presentato dal Governo peronista di centro-sinistra, che nel corso della campagna elettorale si era impegnato in tal senso con il proprio elettorato.

7. Riflessioni conclusive sul ruolo dei movimenti sociali nel lungo iter per l'effettività del diritto di aborto in Argentina

L'approvazione della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza può essere vista come un significativo approdo all'interno di un processo graduale, scandito dalle tappe descritte e commentate nei

⁴⁶ P. BERGALLO, *The struggle against informal rules on abortion in Argentine*, in R. COOK, J. ERDMAN, B. DICKENS (eds.), *Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and Controversies*, Philadelphia, 2014. P. BERGALLO, *Del fracaso del giro procedimental a la inviabilidad del modelo de causales*, in P. BERGALLO, I. C. JARAMILLO SIERRA, J. M. VAGGIONE (eds.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Buenos Aires, 2018.

⁴⁷ Casa FUSA e la rete di professioniste/i *Red de Profesionales por el Derecho a Decidir* ebbero infatti un ruolo chiave per la diffusione e implementazione del protocollo da parte del personale medico. Ad esempio, le prime 1500 copie del Protocollo furono inizialmente stampate da FUSA, che aveva preso parte all'elaborazione del documento. S. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, *Los antecedentes de una conquista: transformaciones políticas y normativas en el proceso de legalización del aborto en Argentina*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, Novembre 2021-Abril 2022.

⁴⁸ S. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, *Los antecedentes de una conquista: transformaciones políticas y normativas en el proceso de legalización del aborto en Argentina*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, Novembre 2021-Abril 2022.

⁴⁹ J. BURTON, G. PERALTA, *Redes en torno al aborto clandestino: vínculos de socorristas y sistema de salud en Neuquén, Argentina*, in *Clivajes Revista de Ciencias Sociales*, 6, 2016, 158-181.

⁵⁰ Con la menzione di donne e di altre identità gestanti e l'estensione dell'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza fino alla quattordicesima settimana.

⁵¹ Come si accennava in apertura, ci si riferisce alle manifestazioni organizzate dalla Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito durante la discussione del progetto di legge nel 2018 in cui venivano levati in aria le bandane verdi per mostrare l'appoggio alla causa.

precedenti paragrafi, di risignificazione dell'aborto come un diritto all'interno di un contesto giuridico e sociale restrittivo e conservatore. All'interno di questo processo, come accennato in apertura, un ruolo fondamentale e trasversale a diversi livelli e in diversi ambiti è stato rivestito dai movimenti delle donne e dai movimenti femministi⁵². Questi sono riusciti infatti ad ottenere visibilità sia nello spazio pubblico tramite manifestazioni, proteste e assemblee con associazioni e collettivi, ma anche all'interno delle istituzioni per influenzare le norme giuridiche e la loro applicazione, le pratiche burocratiche in ambito medico e da ultimo il circuito della decisione politica. In questi tre ambiti infatti i mutamenti si sono intrecciati in modo sinergico, determinando un'interpretazione maggiormente estensiva delle cause di aborto non punibile, attraverso le pronunce degli organi giudiziari, ma anche attraverso l'elaborazione di protocolli medici sempre più garantisti nei confronti della posizione delle donne e persone gestanti, che hanno poi spinto in direzione di un più profondo cambiamento nel quadro giuridico, sollecitando l'azione del potere esecutivo⁵³.

La strategia dei femminismi è stata dunque articolata su più livelli, istituzionale e non: dalle innumerevoli manifestazioni e dimostrazioni nelle piazze, alla raccolta firme per la presentazione di leggi nel Congresso, dalla *strategic litigation* fino all'elaborazione di politiche pubbliche per l'attuazione dell'aborto non punibile, passando per la diffusione di informazioni sui servizi a tutte le persone che necessitavano procedere all'aborto⁵⁴. La *Campagna Nazionale per l'aborto legale, sicuro e gratuito*, che ha agito sul livello nazionale, ha avuto per esempio un ruolo di peso, da una parte nel muovere l'opinione pubblica, dall'altra anche nel processo di mutamento profondo del quadro giuridico: ogni anno le associazioni ed i collettivi che ne facevano parte si incontravano per discutere lo stato dell'arte sulla riforma dell'aborto e proponevano revisioni e modifiche alla proposta di legge. Un attore importante è stato ad esempio il *Centro de Estudios de Estado y Sociedad*, in particolare la divisione per la salute economia e società che ha concretamente contribuito alla stesura dei più volte menzionati Protocolli, alla formazione delle e dei giudici sulla protezione dei diritti delle donne e ad una rete di avvocate attive sul tema dei diritti riproduttivi⁵⁵.

Questa strategia, che pone maggiormente l'accento sugli aspetti tecnici e professionali, appoggiandosi alla collaborazione di *femocrats* e *insider activist* all'interno delle istituzioni⁵⁶, creando agganci con le agenzie governative, i tribunali e gli ospedali, è stata implementata sia a livello nazionale che provinciale, sulla base – come già evidenziato – della disponibilità delle autorità di governo locale.

Per quanto riguarda invece le azioni più dirette a garantire degli aborti sicuri a chi ne avesse bisogno, a prescindere dal quadro giuridico, di fondamentale importanza è stato da una parte il lavoro di in-

⁵² Si veda: M TARDUCCI, *Escenas claves de la lucha por el derecho al aborto en Argentina*, in *Salud Colectiva*, 14, 3, 2018, 425-432.

⁵³ S. S. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, *Los antecedentes de una conquista: transformaciones políticas y normativas en el proceso de legalización del aborto en Argentina*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, Noviembre 2021- Abril 2022. No 26.

⁵⁴ Una parte di questa strategia, soprattutto negli ultimi anni passa dall'online, si veda: M. ACOSTA, *Ciberactivismo feminista. La lucha de las mujeres por la despenalización del aborto en Argentina*, in *Sphera Publica. Revista de Ciencias Sociales y Comunicación*, 18, 2, 2018, 2-20.

⁵⁵ Si veda: A. RUIBAL, C. FERNANDEZ ANDERSON, *Legal obstacles and social change: strategies of the abortion rights movement in Argentina*, in *Politics, Groups, and Identities*, 2018.

⁵⁶ J. McREYNOLDS-PÉREZ, *Abortion as empowerment: reproductive rights activism in a legally restricted context*, in *BMC pregnancy and childbirth*, 17, 2, 2017, 350.

formazione tramite hotlines e siti web che diffondevano notizie sull'aborto farmacologico⁵⁷, dall'altra la presenza di gruppi come *Profesionales de la Salud por el Derecho a Decidir* che offrivano aborto farmacologico e non solo in cliniche private o pubbliche in forma gratuita⁵⁸.

Ciò che è interessante constatare, dalla prospettiva di chi scrive, è come i femminismi abbiano fatto dell'uso del linguaggio dei diritti una parte fondamentale della propria strategia, impegnandosi attivamente nella *strategic litigation* fino ad avere, poi, a detta di studiose argentine, assunto un ruolo jurgenerativo, contribuendo all'interpretazione e alla concettualizzazione del diritto di aborto all'interno dell'ordinamento argentino⁵⁹. Nelle proprie rivendicazioni, infatti, i movimenti fanno riferimento all'aborto come a un diritto, ancorandolo fortemente alla Costituzione e al diritto internazionale, parlando di eguaglianza, non discriminazione, autodeterminazione e diritto alla salute. Il superamento dell'interpretazione restrittiva che aveva de facto criminalizzato l'aborto e la piena attuazione delle cause di non punibilità previste all'art. 86 del Codice penale passa attraverso il processo di giuridicizzazione di queste istanze⁶⁰. Lo scenario giurisdizionale è divenuto qui arena di negoziazione politica, particolarmente efficace nel caso dell'aborto da una parte per via della costituzionalizzazione del diritto internazionale dall'altra per la creazione di una "struttura di sostegno della mobilitazione legale"⁶¹ capace di mettere in rete avvocate/i, varie figure professionali, mobilitare persone all'interno delle istituzioni e garantire i fondi per procedere con la *strategic litigation*. Parte di questo medesimo processo è invece quello che è stato definito come una "procedimentalizzazione" degli standard tecnici medici, che hanno contribuito, come argomentato in precedenza, ad attuare pienamente e allargare le maglie delle cause di non punibilità previste dalla legge⁶².

Con riguardo invece al processo jurgenerativo, un esempio potrebbe essere quello legato al passaggio, descritto nei paragrafi precedenti, che ha visto le cause di non punibilità dell'aborto dell'art. 86 cp diventare – nel Protocollo approvato nel 2015 – motivi legittimi/requisiti per l'Interruzione di gravidanza.

⁵⁷ Si trattava di dare informazioni e supportare chi volesse accedere in autonomia all'aborto farmacologico, senza rivolgersi alle strutture ospedaliere, dando informazioni su come eseguirlo in maniera sicura. L'iniziativa era inizialmente stata portata avanti a partire dal 2009 dal gruppo *Lesbianas y Feministas por el Derecho al Aborto*. Successivamente da altri gruppi come *Socorro Rosa (Pink Rescue)* ed anche movimenti o partiti politici come *Movimiento Evita* e *Nuevo Encuentro*. A. RUIBAL, C. FERNANDEZ ANDERSON, *Legal obstacles and social change: strategies of the abortion rights movement in Argentina*, in *Politics, Groups, and Identities*, 2018.

⁵⁸ A. RUIBAL, C. FERNANDEZ ANDERSON, *Legal obstacles and social change: strategies of the abortion rights movement in Argentina*, in *Politics, Groups, and Identities*, 2018.

⁵⁹ A. RUIBAL, *Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para su análisis en América Latina*, in *Política y gobierno*, 22, 1, 175-198, 180.

⁶⁰ Si tratta di un fenomeno molto noto in cui le corti ed il potere giudiziario intervengono nella ridefinizione di politiche pubbliche. Si assiste infatti in contemporanea all'aumento dei ricorsi alle autorità giudicanti al fine ultimo di risolvere questioni di ordine sociale e politico. Per un focus sull'Argentina: C. MULOVITZ, *La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina*, in *Desarrollo Económico*, 48(190/191), 2008, pp. 287-305.

⁶¹ C. EPP, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires, 2013.

⁶² P. BERGALLO, Del fracaso del giro procedimental a la inviabilidad del modelo de causales, in P. BERGALLO, I. C. JARAMILLO SIERRA, J. M. VAGGIONE (eds.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Buenos Aires, 2018.

Un aspetto cruciale inoltre, nel raggiungimento dell'obiettivo è stata la forte coesione dei femminismi nell'elaborazione e nell'attuazione, già a partire dagli anni '80, di una strategia sul breve ma anche sul lungo periodo che potesse valorizzare ogni anima del movimento, da quelle maggiormente istituzionali e riformiste, alle fazioni antagoniste. Una traccia di ciò è ravvisabile nel linguaggio adottato a partire dal protocollo del 2015, poi contenuto nella modifica del 2018 alla proposta di legge, in cui i soggetti di diritto interessati all'aborto non sono più solamente le donne, ma anche persone con altre identità di genere ma capacità di gestare. Ciò testimonia l'intenso dialogo su questi temi con il transfemminismo ed i movimenti LGBTI+, in particolare quello trans, su questioni che ad oggi in molti paesi europei risultano invece altamente divisive all'interno dei femminismi⁶³.

In definitiva, il percorso di approvazione della legge argentina sull'interruzione volontaria di gravidanza evidenzia il rapporto dinamico fra componente sociale e diritto. Ci mostra come ad oggi i movimenti sociali, anche minoritari, possano avere, nel confronto con le corti, l'occasione di portare e negoziare le proprie istanze – rafforzate dagli organi costituzionali e dal ruolo del diritto internazionale – ma come anche queste, possano riuscire poi ad incidere sui processi legislativi e sulla formazione del consenso a livello Parlamentare.

⁶³ Il riferimento è a quella corrente femminista trans-escludente, che si oppone fortemente all'avanzamento dei diritti delle persone trans, a principi quali l'autodeterminazione di genere e spesso talvolta al concetto di identità di genere stesso. Tali conflitti sono molto aspri in Europa in paesi come il Regno Unito e la Spagna. Un esempio di ciò tuttavia può essere trovato in Italia del dibattito pubblico e parlamentare in occasione del c.d. DDL Zan "Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità", arenatosi attorno al concetto di identità di genere, reputato controverso. Sul punto si permette il rinvio al breve pezzo dell'autrice stessa: C. M. REALE, Ddl Zan: alcune note su un dibattito aperto, in www.orizzontideldirittopub.com, 13 luglio 2021.

Libere davvero? L'effettività della legge n. 194/1978 alla prova: un caso studio nel veronese

*Bruna Mura, Lorenza Perini**

FREE INDEED? THE EFFECTIVENESS OF LAW NO. 194/1978 ON TRIAL: A CASE STUDY IN THE VERONA AREA

ABSTRACT: Starting with a reconstruction of the socio-political context that led to the enactment of the Law n.194 in 1978 and outlining the international landscape in which it fits today, the research presents some considerations on its action to guarantee women's health and reproductive rights. Indeed, there is not only conscientious objection that influences its effectiveness: even more so in pandemic and post-pandemic times, limitations on access to IVG have to do with a much broader dimension of systematic and structural deficiencies. In addition to the analysis of the processes that are maintaining, when not exacerbating, the dyscrasia between formal and substantive right to abortion, it is crucial to observe what this entails in the concrete experience of a woman who wants to access the service, and for this reason the research roots the analysis in the territory by focusing in the last part on a case study in the Verona area using a qualitative ethnographic methodology (shadowing).

KEYWORDS: Abortion; self-determination; civil rights; conscientious objection; health-care system

ABSTRACT: A partire dalla ricostruzione del contesto socio-politico che ha portato all'approvazione e successivamente alla promulgazione della Legge 194/78 e delineando il panorama internazionale in cui si inserisce oggi, la ricerca presenta alcune considerazioni sulla sua azione a garanzia della salute delle donne e dei diritti riproduttivi. Non vi è infatti solo l'obiezione di coscienza a condizionarne l'efficacia: ancor più in tempi pandemici e post-pandemici le limitazioni all'accesso all'IVG hanno a che fare con una dimensione di carenze sistematiche e strutturali molto più ampia. Oltre all'analisi dei processi che stanno mantenendo, quando non esacerbando, la discrasia tra diritto formale e sostanziale all'aborto, è fondamentale osservare cosa ciò comporti nella concreta esperienza di una donna che voglia accedere al servizio e per questa ragione la ricerca affonda l'analisi sul territorio concentrando nell'ultima parte uno studio di caso nel territorio veronese utilizzando una metodologia di tipo qualitativo etnografico (shadowing).

*Bruna Mura: Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Urbino. Mail: bruna.mura@uniurb.it; Lorenza Perini: Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Padova. Mail: lorenza.perini@unipd.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: Aborto, autodeterminazione; diritti civili; obiezione di coscienza, sistema sanitario

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Dal dibattito del 1978 al contesto internazionale – 3. Il caso italiano: una legge e un’obiezione tra sanità aziendalizzata e pandemia – 4. Il diritto all’interruzione volontaria di gravidanza alla prova della pandemia – 5. “Voglio abortire”: alla ricerca di informazioni sul campo – 5.1. Contraccezione d’emergenza per una minore: le risposte dei consultori – 5.2 Accesso alla contraccezione d’emergenza: il farmacista obiettore – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Sul “diritto d’aborto”¹ in Italia molte cose sono state scritte, con le prospettive più diverse: giuridiche, politologiche, sociologiche, storiche, bioetiche, mediche. Potrebbe dunque apparire superfluo un approfondimento ulteriore su questo tema, tanto più che la legge cardine cui si fa riferimento risale a più di quarant’anni fa e mai è stata modificata nella sua formulazione. Ciò che però richiede attenzione oggi è l’effettività sostanziale della sua applicazione, la sua ricezione nel contesto socio-culturale, come questa è cambiata nel tempo, e dunque qual è la possibilità concreta di ottenimento del diritto individuale, delle donne, da essa sancito.

Alla pratica dell’obiezione di coscienza, massicciamente registrata nelle strutture pubbliche di molte regioni², si accompagnano le resistenze all’utilizzo di farmaci abortivi (in particolare la pillola RU486) ed entrambe queste decisioni insistono su un sistema sanitario significativamente trasformato e con risorse ridotte rispetto al quadro esistente nei primi anni di applicazione della legge 194³.

Considerando la legge 194 dal punto di vista della sua applicazione pratica, ci siamo chieste che cosa avviene nell’esperienza materiale delle donne che si trovano a cercare informazioni relative ai «mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile» (art. 2)⁴ oppure di fronte alla necessità di accedere alle procedure previste per l’interruzione volontaria di gravidanza (artt. 4 e seguenti). Ciò che emerge attraverso l’analisi del caso da noi esaminato è una complessiva difficoltà d’accesso che si manifesta in modi variegati e che ha trovato ulteriori ostacoli

¹ La scelta di utilizzare questa locuzione, con accezione che non rinvia al linguaggio giuridico, quanto a quello politico, è radicata nell’uso che un’ampia tradizione femminista ne ha fatto negli anni. Si vedano, tra le altre T. PITCH, *Un diritto per due*, Milano, 1998 («diritto di scelta delle donne»); M. MORI, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Torino, 2008 («Se il controllo della propria fertilità è un diritto civile, allora si deve riconoscere che anche l’aborto è un diritto e non una concessione accordata alle donne per rimediare a presunte intemperanze sessuali [...] Psicologicamente esso può essere anche una tragedia o comportare gravi sofferenze, ma ciò non toglie che, se scelto dall’interessata, esso sia un diritto»); M. D’AMICO, *Una discussione “maschile” che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, luglio 2022 («diritto costituzionalmente coperto»); I. DOMINJANNI, in A. FARINELLI, *Ecco perché l’aborto è un diritto inalienabile*, in *La Repubblica*, 24.10.2022 («si tratta di più di un diritto. Si tratta di una libertà insindacabile di ogni donna»).

² Relazione del Ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l’interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78) – dati definitivi 2020, 8 giugno 2022, 56.

³ Legge 194/78 “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza” – 194/78 Gazzetta Ufficiale: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1978/05/22/078U0194/sg>.

⁴ Con riferimento all’articolo 2 della legge 194/78, si rinvia agli scopi per cui sono istituiti i consultori familiari indicati all’articolo 1 della legge 405/75 “Istituzione dei consultori familiari”.

durante il periodo pandemico. Come riporta il rapporto sull'Italia presentato dallo *Human Rights Watch* al Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne: «L'inazione del governo ha lasciato che donne e ragazze affrontassero ostacoli evitabili per accedere all'aborto legale in Italia durante la pandemia di Covid-19, mettendo a rischio la loro salute e le loro vite»⁵.

L'ipotesi da cui prende le mosse questo contributo è dunque che all'applicazione del "diritto d'aborto" sia stato sferrato non solo un attacco a tutto campo, ma che tale attacco sia aggravato in modo sostanziale dalle modifiche strutturali intervenute nell'organizzazione sanitaria nel corso degli ultimi decenni sia in ordine alla ristrutturazione in chiave aziendalistica avviata negli anni Novanta e al trasferimento alle Regioni delle competenze relative alla sanità, sia a causa delle politiche di taglio alla spesa pubblica che hanno fatto seguito alla crisi economica degli anni Dieci⁶.

2. Dal dibattito del 1978 al contesto internazionale

Nella prima metà degli anni Settanta, se una spinta vi fu in Italia verso una diversa considerazione dei rapporti sociali tra i sessi, essa è da ricondursi a ciò che stava accadendo fuori dai confini nazionali, in contesti in cui la rivoluzione culturale⁷ stava dando già da tempo i suoi frutti e il corpo riproduttivo delle donne era argomento di interesse collettivo e di rilevanza per l'agenda sia pubblica che istituzionale⁸. Mentre in America, in Francia, in Germania la stampa e i media riconoscevano le questioni collegate al corpo come uno dei nodi fondamentali del dibattito, in Italia solo poche riviste e di nicchia – Noi Donne⁹, Effe¹⁰, Sottosopra¹¹, per dirne alcune – vi dedicavano uno spazio¹². Il dibattito e l'analisi apparivano vivi e fertili solo all'interno dei gruppi e collettivi: Anabasi a Milano andava ri-elaborando il filone del femminismo americano¹³; Lotta femminista a Padova "traduceva" invece il punto di vista anglosassone¹⁴. Si trattava di segnali ancora molto marginali, ma comunque importanti, che dimostravano il germogliare anche in Italia di un dibattito in linea con il discorso femminista dei

⁵ *Human Rights Watch Report*, Italy: Covid-19 exacerbates obstacles to legal abortion – Inadequate measures heighten existing risks for health, lives, July 30, 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/07/30/italy-covid-19-exacerbates-obstacles-legal-abortion>. (Traduzione delle autrici).

⁶ P. MLADOVSKY *et al.*, *Health policy responses to the financial crisis in Europe*, World Health Organization 2012 and World Health Organization, on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies 2012, 15.

⁷ G. MARRAMAO, *et al.*, *Culture, nuovi soggetti, identità*. Milano, 2003; AA. Vv., *A Cinquant'anni dalla rivoluzione culturale. Antologia di documenti*, Milano, 2016.

⁸ M.L. BOCCIA, *L'io in rivolta. Vissuto e pensiero di Carla Lonzi*, Milano, 1990.

⁹ Tra il febbraio e il marzo del 1961 uscì sul settimanale Noi Donne, divisa in tre parti e a firma di Milla Pastorino, la prima inchiesta giornalistica che ritraeva con precisione le modalità, l'estensione e i numeri relativi al fenomeno degli aborti clandestini in Italia (M. PASTORINO, *I figli che non nascono*, Noidonne, 6, febbraio 1961 (<https://www.noidonnearchivistorico.org/>; <http://www.herstory.it/noi-donne>).

¹⁰ *Aborto: tre giorni a Londra. Storia di Anna*, "Effe", marzo 1975: <https://efferivistafemminista.it/2014/07/tre-giorni-a-londra/>.

¹¹ *Sessualità, procreazione, maternità, aborto*, "Sottosopra", 2, 1975: <https://bit.ly/3DWD8v6>.

¹² A.M. ZANETTI, *Una ferma utopia sta per fiorire, del movimento femminista nel Veneto degli anni Settanta*, Venezia, 1998.

¹³ Gruppo Anabasi, *Donne è bello*, Milano, 1972: <https://bibliotecadelledonne.women.it/libro/donne-e-bello/>.

¹⁴ Biblioteca Civica di Padova, *Archivio di Lotta Femminista per il salario al lavoro domestico Donazione Mariarosa Dalla Costa*: <https://bit.ly/3HPMo5v>.

paesi occidentali. Importanti nel panorama internazionale apparivano le azioni plateali, che si susseguivano quasi identiche da un territorio all'altro, a partire dall'autodenuncia di più di 300 donne in Germania che dichiarano alla rivista «Stern di aver abortito, cui seguiranno altrettante denunce su giornale francese “Le Nouvel Observateur”»¹⁵. Vicende che costituiscono il punto di partenza per aprire una vertenza a favore di un radicale cambiamento non solo di indirizzo legislativo, ma di orizzonte culturale in Europa.

L'Italia non era del tutto fuori dai giochi: anche qui si segue la strada dell'“uscita dal silenzio”, e nel 1973, scrive Adele Cambria «quando il movimento delle donne già da qualche tempo era accusato di disturbare la quiete pubblica [...] cominciammo a raccogliere firme a sottoscrizione della seguente dichiarazione: “ho abortito e/o ho aiutato un'altra donna ad abortire” per poi consegnarle al settimanale *L'Espresso*»¹⁶. Le firme, tuttavia, non giunsero mai al giornale e l'azione si concluse con un nulla di fatto rispetto all'obbiettivo iniziale di raggiungere un pubblico più vasto. Tuttavia, una campagna di solidarietà alla causa portò il giornale ad uscire nel gennaio 1975 con la celebre copertina che rappresentava una donna incinta crocifissa, copertina che fu subito sottoposta a sequestro da parte della magistratura¹⁷. Il senso di queste azioni collettive fu molto importante, andando ben oltre il gesto momentaneo. I processi che in diversi paesi d'Europa si celebravano in questo scorcio di decennio per il reato di aborto clandestino e che videro schierarsi, a fianco delle imputate, centinaia di donne che si autoaccusavano pubblicamente sulle pagine dei giornali, ponevano tutti un problema molto serio al legislatore in termini di effettività e di adeguatezza di norme penali rispetto alle quali non sembrava vi fosse riconoscimento sul piano sociale del disvalore della condotta criminalizzata. In altre parole, ci si chiedeva se una legge trasgredita in un modo così plateale da una massa così consistente di persone potesse dirsi ancora una “legge giusta” e soprattutto se rispetto al bene tutelato giuridicamente da queste norme vi fosse davvero una condivisione di obiettivi e di visioni sociali oltre che un interesse collettivo. Le 343 donne che firmarono il manifesto francese e le 375 che adottarono lo stesso tipo di autodenuncia in Germania ponevano seriamente la questione della legittimità di questi dispositivi regolativi e la loro funzione rispetto al controllo (normato) del corpo delle donne. In questo scenario, e tenendo presente l'esito del processo celebrato a Padova nel 1973 – imputata Gigliola Pierobon rea di aver abortito cinque anni prima, non assolta ma “perdonata”¹⁸, ecco che quindi la mancata “uscita” sulla stampa del messaggio di autodenuncia in Italia si configurava come un fatto determinante, che impediva al caso giudiziario in questione di dare finalmente un inizio concreto alla messa in pratica del discorso femminista in Italia¹⁹.

Solo nel 1975 comincia a crearsi uno “spazio politico” intorno al tema dell'interruzione volontaria di gravidanza, quando cioè una sentenza della Corte costituzionale prende in considerazione la legittimità dell'art. 546 del Codice penale allora vigente. A termine di questa analisi l'organo si pronuncia ponendo in essere alcune definizioni fondamentali. In quegli anni infatti, il dibattito si concentrava in

¹⁵ C. LALLI, *aborto: un peccato imperdonabile?*, in *Medicina nei secoli arte e scienza*, 28, 1, 2016, 7-11.

¹⁶ A. CAMBRIA, *Nove dimissioni e mezzo – Le guerre quotidiane di una giornalista ribelle*, Roma, 2010.

¹⁷ *Aborto, quella copertina de L'Espresso*, in *L'Espresso*, 21 dicembre 2011: <https://espresso.repubblica.it/archivio/appoggio/2011/12/27/news/quella-copertina-dell-espresso-1.38784/>.

¹⁸ L. PERINI, *Il corpo del reato. Parigi 1972-Padova 1973: storia di due processi per aborto*, Bologna, 2014.

¹⁹ E. GUERRA, *Una nuova soggettività: femminismo e femminismi nel passaggio degli anni Settanta*, Roma, 2010.

particolar modo sul concetto di vita e se questo riguardasse anche il feto in via di sviluppo. La Corte, con la sua pronuncia, tenta di fare finalmente chiarezza:

«La condizione della donna gestante è del tutto particolare e non trova adeguata tutela in una norma di carattere generale come l'art. 54 c. che esige non soltanto la gravità e l'assoluta inevitabilità del danno o del pericolo, ma anche la sua attualità, mentre il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato. Di più. La scriminante dell'art. 54 c. p. si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare. Ora non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»²⁰.

Con questi presupposti, la sentenza della Corte costituisce una svolta decisiva nel dibattito italiano sull'aborto, fino a quel momento arenato su dispute etico-filosofico-giuridiche e bloccato di fronte alla previsione di un reato per la donna che interrompesse la gravidanza e per chiunque la aiutasse.²¹ Grazie a quel "di più" di attenzione posta sulla figura di colei *che è già persona* piuttosto che su *ciò che persona non è*, recependo evidentemente in questa formulazione gli echi della sentenza della Corte Suprema americana che si era pronunciata nel 1973 nel caso *Roe contro Wade*²², la discussione viene sospinta verso un ambito più dialetticamente aperto rispetto agli stretti confini della giurisprudenza, in una direzione più politica e improntata all'ascolto del *sentire sociale*, e che mostra da parte dei giudici della Corte il riconoscimento di quella voragine che nel corso del tempo si era creata tra il *materiale* delle condizioni di vita delle donne e l'*immaginario* della legge allora vigente²³.

Legittimando di fatto l'aborto terapeutico, la sentenza produce un vuoto normativo a partire dal quale ogni partito viene chiamato a presentare una proposta di legge. Nel 1978, dopo un lunghissimo e difficile dibattito parlamentare²⁴, una nuova legge viene approvata con il seguente titolo "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"²⁵. Una volta varata però, la legge non smorza il dibattito, né da parte dei movimenti più radicali, né da parte dei gruppi femministi: se i primi contestavano in generale l'oggetto della legge ritenendo dovesse rimanere una pratica illegale, i secondi ritenevano che la sua formulazione non corrispondesse al riconoscimento di uno spazio di diritto di scelta per le donne, ma piuttosto ad un divieto accompagnato da alcune concessioni, venendo meno in questo al pieno riconoscimento del diritto all'autodeterminazione indivi-

²⁰ Corte cost., sent. n. 27/1975.

²¹ M. MORI, *Aborto e morale*, cit., 19-20: <https://bit.ly/3RJUAxd>.

²² J. KINGSTON, A. WHELAN, I. BACIK, *Abortion and the law*, Dublin, 1997; B.C. BURRELL, *Roe V. Wade: The Abortion Rights Controversy in American History*, in *Rhetoric & Public Affairs*, 5, 3, 2002, 546-48.

²³ G. TEDESCO, *Il conflitto è sulla decisione della donna. Un confronto tra uomini e donne del PCI sull'aborto*, in *Reti. Pratiche e saperi di donne*, 3-4, 1988, 82; L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile: principi formali ed effettività*, in F. BIMBI, A. DEL RE (a cura di), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Torino, 1997, 81-92; *Ibidem*, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 2002.

²⁴ L. PERINI, *Dopo la 194. Un tempo storico, un dibattito culturale, la geografia di un territorio*, Roma, 2014.

²⁵ La legge n.194/1978 consente alle donne di ricorrere all'IVG in una struttura pubblica nei primi 90 giorni di gestazione, mentre tra il quarto e il quinto mese è possibile ricorrervi solo per motivi di natura terapeutica.

duale²⁶. Proprio per questo motivo tre anni dopo l'approvazione della legge, nel 1981, ebbe luogo il referendum abrogativo, nel quale vinse il no con il 68% dei voti²⁷, frutto evidente di un sentire sociale ormai molto più avanti della politica²⁸.

Un sistema di monitoraggio periodico fu affiancato fin da subito alla legge, attraverso una Relazione annuale del Ministero della Salute, prevista dall'art. 16 della legge. Strumento apparentemente interessante e utile, in realtà i dati territoriali raccolti in questo modo si sono rivelati fin da subito di difficile interpretazione: pur essendo pubblici, essi vengono presentati e analizzati in modo accorpato, senza alcuna possibilità di accesso alle informazioni relative alle singole unità territoriali e ospedaliere, dove possibili criticità è assai facile che si verifichino²⁹. Un nodo, quello del monitoraggio, che resta infatti ancora oggi problematico e noto anche a livello internazionale³⁰, se è vero che, nel 2017³¹, sia il Comitato per i diritti umani dell'ONU³² che il Comitato CEDAW³³, si sono dichiarati preoccupati per la limitazione all'accesso ai servizi abortivi riscontrata nel nostro Paese a causa dell'elevato numero di personale sanitario che si dichiara obiettore di coscienza oltre che per i tempi di attesa obbligatori che ostacolano significativamente la possibilità di accedere al servizio. Ciò che rilevano i due Comitati è il rischio che questa situazione porti ad un nuovo incremento degli aborti clandestini e dunque meno sicuri per le donne³⁴.

A conferma del fatto che il problema nell'accesso all'aborto non sia esclusivamente una questione formale, ma piuttosto una situazione radicata nell'inaccessibilità concreta, pratica, ai servizi, troviamo

²⁶ C. D'ELIA, *L'aborto e la responsabilità. Le donne la legge e il contrattacco maschile*, Roma, 2008; B. CASALINI, *Libere di scegliere? Patriarcato, libertà e autonomia in una prospettiva di genere*, in *Etica & Politica*, XII, 2011, 329-364;

²⁷ Dei due referendum riguardanti la legge 194 su cui le cittadine e i cittadini italiani furono chiamati ad esprimere il proprio parere il 17 maggio 1981, il primo, avanzato dai radicali, mirava ad ampliare ancora di più le possibilità di ricorso all'aborto da parte delle donne in un'ottica di liberalizzazione. Viceversa, il secondo, promosso dal Movimento per la vita, raccoglieva quasi la totalità delle forze cattoliche, con l'obiettivo dell'abrogazione completa del nuovo istituto. Al termine della consultazione, a favore dell'abrogazione della legge si schierano 10.119.797 votanti, mentre una maggioranza di due volte superiore si schiera per la non abrogazione della norma vigente (68%). Piuttosto elevate le astensioni. Si veda P. FELTRIN, *Referendum sull'aborto. Tendenze di lungo periodo nei comportamenti di voto e culture locali: il caso del Veneto*, Venezia – Mestre, 1989, 8.

²⁸ A. BALZANO, *Per farla finita con la famiglia*, Milano, 2021.

²⁹ Si veda l'iniziativa di raccolta autonoma di tali informazioni avviata dall'Associazione Luca Coscioni da cui è nato il testo di C. LALLI, S. MONTEGIOVE, *Mai dati. Dati aperti (sulla 194). Perché sono nostri e perché ci servono per scegliere*, Milano, 2022.

³⁰ M. PUSIOL, *Italy: where legal abortion does not necessarily mean accessible abortion*, in *The new Federalist*, 9 March 2021: <http://bit.ly/3lZjoc>.

³¹ Appare utile in questo senso menzionare anche due decisioni precedenti, del Comitato Europeo dei diritti sociali, *International Planned Parenthood Federation – European Network ("IPPF EN") v. Italy* (2014) e *CGIL v. Italy* (2016) (L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro*, in *DPCE Online*, [S.l.], 26, 2, may 2017: [Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro | DPCE Online](http://bit.ly/3I7RMCh)).

³² INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*, CCPR/C/ITA/CO/6, 17 may 2017: <https://bit.ly/3lZLCU>.

³³ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *Concluding observations on the seventh periodic report of Italy*, CEDAW/C/ITA/CO/7, 24 July 2017: <https://bit.ly/3I7RMCh>.

³⁴ HUMAN RIGHTS WATCH REPORT, *Italy: Covid-19 Exacerbates Obstacles to Legal Abortion Inadequate Measures Heighten Existing Risks for Health, Lives*, 30 July 2020: <http://bit.ly/3HNaQEF>.

la ricostruzione internazionale dei processi di conquista del diritto di abortire in modo libero e sicuro proposta da Jacqueline Heinen. La sociologa restituisce un'immagine netta di come tali processi siano caratterizzati da un andamento a singhiozzo che disvela la grande fragilità di questo diritto non solo, o non tanto, a livello di giurisdizioni, quanto piuttosto di prassi: «Evocare le molteplici battute d'arresto del diritto all'aborto dopo due decenni da quando è stato legalizzato (soprattutto nei paesi occidentali e nell'Europa orientale) dà la sensazione di balbettare, fa persino temere di cadere»³⁵. E ripercorrendo quanto recentemente avvenuto in Polonia e in Ungheria e poi attraverso il quadro allarmante delle azioni intraprese da un'ampia varietà di soggetti di matrice religiosa e non solo³⁶ sia in Slovacchia, Croazia, Russia, Romania, Svizzera, Cina, la sensazione di pericolo, come ribadisce Heinen, si fa molto concreta.

In controtendenza rispetto a questa situazione vi sono le imponenti mobilitazioni dei movimenti femministi e in generale delle donne che hanno contribuito all'ottenimento formale del diritto in Irlanda (2018), Argentina (2020) e Colombia (2022).

E tuttavia, come dimostra la sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti che nel giugno 2022 è intervenuta sull'emendamento costituzionale su cui si era retto fino a quel momento il diritto delle donne americane all'interruzione volontaria di gravidanza³⁷, quello di abortire in sicurezza non può essere considerato un diritto acquisito una volta per tutte, quanto piuttosto una conquista da presidiare con grande attenzione e capacità di lettura delle fasi nazionali e internazionali.

3. Il caso italiano: una legge e un'obiezione tra sanità aziendalizzata e pandemia

Il caso italiano è particolarmente significativo per mettere in luce la discrasia tra il diritto formale e il diritto sostanziale perché, come visto in precedenza, l'intervento normativo formale risale al 1978, dunque a più di quarant'anni fa, ma la sua applicazione operativa ha incontrato crescenti ostacoli. In particolare, questi possono essere suddivisi in due macro categorie: da una parte vi sono gli interventi diretti, in particolar modo volti ad utilizzare la clausola dell'obiezione di coscienza allargandone progressivamente le maglie; dall'altra parte vi sono gli effetti indiretti degli interventi riorganizzativi del sistema sanitario che nel corso degli anni ha portato ad un ulteriore ostacolo all'accesso all'IVG.

La legge prevede per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie la possibilità di non prendere parte alle procedure se, con dichiarazione preventiva, solleva obiezione di coscienza. Tale comunicazione «esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento» (art. 9, l. n. 194/78). Se dunque l'indicazione normativa limita questa possibilità esclusivamente al momento dell'intervento, nella pratica la possibilità di opporre obiezione di coscienza si intreccia con l'organizzazione dei turni di lavoro e la diffusione di questa pratica: «Ci sono 72 ospedali che hanno

³⁵ J. HEINEN, *Offensives tous azimuts contre le droit d'avorter aux États-Unis et en Europe*, in *Cahiers du Genre*, 72, 1, 2022, 233-250: <https://www.cairn.info/revue-cahiers-du-genre-2022-1-page-233.htm?contenu=article>.

³⁶ A. CAMILLI, *L'estrema destra contro le donne in Europa*, in *L'internazionale*, 30 novembre 2018: <https://www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2018/11/30/estrema-destra-donne-aborto>.

³⁷ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, *After Row fell. Abortion laws by state*: <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/>.

tra l'80 e il 100% di obiettori di coscienza. Ci sono 22 ospedali e 4 consultori con il 100% di obiezione tra medici ginecologi, anestesisti, personale infermieristico e OSS. 18 ospedali con il 100% di ginecologi obiettori. Ci sono 46 strutture che hanno una percentuale di obiettori superiore all'80%³⁸. Vi è da segnalare inoltre il fatto che la distribuzione regionale di queste percentuali non è omogenea, per cui accanto a regioni in cui vi è una limitazione all'accesso, ce ne sono altre in cui questo non è proprio possibile. Tale situazione ha portato nel corso degli anni ad una mobilità geografica che costringe le donne a spostarsi non solo tra città, ma tra regioni, quando non verso l'estero³⁹. E questo è possibile, evidentemente, solo per coloro che hanno le risorse per poterlo fare, mentre rimangono escluse dall'ottenimento del servizio altre donne, che ne hanno comunque formalmente diritto⁴⁰.

Tali dati sono particolarmente allarmanti soprattutto alla luce del fatto che lo stesso articolo 9 prevede che «Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare lo espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale». (art. 9, l. 194/78). Dal punto di vista formale, dunque, la legge contiene lo strumento per mitigare gli effetti di eventuali scelte individuali dei medici, ma nella pratica questo non avviene e il risultato, come ci raccontano interviste, inchieste giornalistiche e ricerche accademiche, è quello di una significativa limitazione all'accesso al diritto d'aborto. Come riportano i casi di cronaca, anche le altre limitazioni previste all'articolo 9, il divieto di invocare l'obiezione di coscienza nel caso di pericolo di vita per la donna e la revoca dell'obiezione nel caso in cui il medico esegua interruzioni di gravidanza, non sono sempre rispettate⁴¹. L'effetto di questa situazione è che il personale che non si dichiara obiettore viene sovraccaricato di richieste di IVG con tutte le implicazioni che questo ha sia dal punto di vista professionale che nella prospettiva delle donne che, rivolgendosi alle strutture per prendere appuntamento, faticano a farsi dare appuntamenti entro i tempi previsti dalla legge.

Ma perché il fenomeno dell'obiezione di coscienza si è così diffuso nel corso degli anni? Come mai si è esteso oltre le figure professionali previste⁴² e ci sono strutture in cui tutto il personale si dichiara obiettore? Qualche risposta ha cominciato a darla un articolo di Minerva (2015) in cui l'autrice evidenzia come questo aumento vada inquadrato in una prospettiva più ampia della ferma adesione dei

³⁸ ASSOCIAZIONE LUCA COSCIONI, *Legge 194. Mai dati*, aggiornamento al 20 novembre 2021, <https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/aborto-e-contraccezione/legge-194-mai-dati>.

³⁹ In molti casi la scelta di abortire all'estero nasce dal protrarsi dei tempi che rendono non più praticabile la procedura in Italia, ma ancora eseguibile in altri Paesi.

⁴⁰ C. TORRISI, *Da dove ripartire per garantire i diritti sessuali e riproduttivi delle donne*, in *L'internazionale*, 25 giugno 2020, <https://www.internazionale.it/notizie/claudia-torrissi/2020/06/25/italia-abortiono-pandemia>.

⁴¹ N. SOMMA, *È ora di dire basta all'obiezione di coscienza e alla sua violenza. La 194 va applicata!*, in *Di.Re. Donne in rete contro la violenza*, 18 novembre 2016, <https://www.direcontrolaviolenza.it/e-ora-di-dire-basta-alla-violenza-ostetrica-e-allabuso-di-obiezione-di-coscienza-la-194-va-applicata/>.

⁴² Nelle relazioni ministeriali più recenti si nota una lieve diminuzione della percentuale del tasso di obiettori (dal 67,0% nel 2019 per quanto riguarda i ginecologi, al 64,6% nel 2020 per la stessa categoria professionale). In attesa che vengano ufficializzati i dati relativi agli anni successivi, si ritiene necessario tenere presente che questo dato può essere stato influenzato dalla situazione pandemica. Peraltro i dati riportati nella già citata indagine Mai dati mostrano come al di là del dato aggregato nazionale, sia opportuno tenere conto che in 72 ospedali italiani il tasso di obiezione di coscienza è tra l'80 e il 100%: <https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/aborto-e-contraccezione/legge-194-mai-dati>.

medici ai precetti del cattolicesimo. L'autrice mette in evidenza come i medici si dichiarino obiettori dopo alcuni anni dall'assunzione, ma anche come vi siano obiettori che non praticano aborti nelle strutture pubbliche in cui sono assunti, ma li eseguano – illegalmente – in cliniche private⁴³. Un'altra spiegazione che presenta Minerva è la valutazione rispetto alla propria prospettiva di carriera per i medici che si trovano a lavorare in strutture dirette da obiettori di coscienza e, in senso opposto, la valutazione dei rischi di ostracismo o il timore dello stigma che influisce sulla decisione dei ginecologi a inizio carriera di dichiararsi obiettori di coscienza⁴⁴.

Un ulteriore elemento che caratterizza il diritto all'accesso all'interruzione di gravidanza è la resistenza che da anni si incontra nell'introduzione dell'aborto farmacologico ed in particolare dell'utilizzo della pillola RU486⁴⁵. Nonostante in tutta Europa sia questo il principale strumento sanitario per interrompere le gravidanze, il servizio sanitario italiano registra la maggior parte delle interruzioni eseguite con metodo chirurgico⁴⁶. In questo caso l'ostacolo si presenta a livello di protocolli regionali, per cui solo cinque regioni su venti hanno incluso l'aborto farmacologico tra le operazioni ambulatoriali, mentre in tutte le altre regioni si procede ad un ricovero di tre giorni (a fronte di uno nel caso di aborto chirurgico)⁴⁷.

Tale quadro si innesta in un servizio sanitario fortemente trasformato rispetto agli intendimenti dei promotori della legge n.833, anch'essa del 1978, che lo istituiva. Se il processo di aziendalizzazione messo in moto dalle riforme sanitarie degli anni Novanta, guidate dalla spinta neoliberalista, ha introdotto criteri economicistici nella gestione della sanità⁴⁸, per ciò che riguarda le trasformazioni con ricadute sull'accesso al diritto d'aborto, un momento di passaggio fondamentale è stata la riforma del Titolo V della Costituzione che, nel 2001, riordinò l'attribuzione di competenze tra Stato e Regioni. Tale norma ha inoltre concesso alle Regioni una maggiore autonomia per ciò che concerne la gestione dei fondi, aprendo la strada ad una progressiva differenziazione geografica delle capacità di risposta sanitarie. A dare un peso ancora maggiore a queste scelte politiche intraprese nel corso degli ultimi quarant'anni, vi sono stati gli effetti della crisi economica degli anni Dieci, ma soprattutto delle politiche di austerità introdotte dall'Europa per farvi fronte⁴⁹. L'applicazione di tagli lineari alla sanità, manifestazione evidente di quanto l'attenzione al benessere e alla cura delle persone e dei corpi

⁴³ F. MINERVA, *Conscientious objection in Italy*, in *Journal of Medical Ethics*, 41, 2, February 2015, 170-17

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A. CAMILLI, *Libere di abortire con una pillola*, in *L'Internazionale*, 13 aprile 2018: <https://www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2018/04/13/aborto-italia-ru486>.

⁴⁶ Nel 2020 il numero di IVG risulta essere stato di 66.413 interruzioni volontarie di gravidanza, con una riduzione del 9,3% rispetto al dato del 2019 (Ministro della Salute, *Relazione sull'attuazione 194/78 tutela sociale maternità e interruzione volontaria di gravidanza-dati 2019 e preliminari 2020*, <https://www.salute.gov.it/portale/donna/dettaglioPubblicazioniDonna.jsp?lingua=italiano&id=3103>).

⁴⁷ A queste scelte gestionali si aggiungono gli effetti delle liste d'attesa negli ospedali che rendono questa opzione impraticabile. La RU486 infatti, ha efficacia solo se assunta entro i primi 50 giorni di gravidanza (<https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/aborto-e-contraccezione/ru486>).

⁴⁸ Per un'analisi puntuale della legge di riordino del SSN 502/92, si veda G. MACIOCCO, *Quando Ciampi salvò il Servizio sanitario nazionale*, in *SaluteInternazionale.info*, 19 settembre 2016: http://www.sossanita.it/doc/2016_09_CIAMPI-SSN-MACIOCCO.pdf.

⁴⁹ Si veda ad esempio il Rapporto OASI 2012 stilato dall'Università Bocconi e ripreso dall'Associazione Ostetrici Ginecologi Ospedalieri Italiani (AOGOI) con una sintesi dal titolo evocativo *L'Austerità sta massacrando il sistema meno servizi e più tasse*, in *GYNECO AOGOI*, 3, 2013, https://www.aogoi.it/media/2639/pp6_7.pdf.

venga equiparata a qualsiasi altra voce di spesa senza considerare gli effetti a breve, medio e lungo termine di queste scelte, ha fortemente condizionato l'offerta sanitaria nelle Regioni italiane amplificando le disuguaglianze che si stavano sviluppando a seguito delle differenti gestioni locali.

A questo proposito, e anticipando le coordinate in cui l'approfondimento del paragrafo 5 si inserisce, il caso Veneto è particolarmente significativo. Il riferimento dei dati è il report "Consultori familiari: utenza, attività e personale – indicatori per la valutazione dell'anno 2019"⁵⁰ della Regione Veneto. In tale rapporto risulta che l'incidenza delle interruzioni volontarie di gravidanza per quanto riguarda l'area Ostetrico-ginecologica si attesta al 4% del totale degli interventi e si ferma al 2% per quanto riguarda l'area Psicologico-sociale. Altrettanto interessante è il dato relativo alle IVG effettuate nelle 9 Aziende ULSS regionali che mostra come gli interventi per interruzione volontaria di gravidanza siano stati il 3,58% sul totale degli interventi d'area Ostetrico-ginecologica (8.547 casi su 238.786 in totale). Come confermato a livello nazionale dalla Relazione annuale sull'IVG, il numero degli aborti mantiene il trend calante avviato nel 1983 (da 234.801 casi nel 1983 a 76.328 nel 2018)⁵¹.

4. Il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza alla prova della pandemia

Questa situazione, già problematica, si è ulteriormente aggravata durante la pandemia a causa delle misure di limitazione all'accesso ai servizi sanitari e di spostamento nei territori intraprese nel tentativo di ostacolare la diffusione dei contagi. Il problema ha attraversato l'intero comparto sanitario non direttamente impegnato sul fronte del contrasto alla pandemia con una improvvisa contrazione di tutti i servizi non direttamente riconducibili ad essa. Sono così state sospese milioni di visite, di appuntamenti di screening, di tutte quelle attività di continuità assistenziale decisive nella promozione di una condizione di salute accettabile⁵².

È ancora lo *Human Rights Watch* a portare l'attenzione sulle implicazioni per la salute riproduttiva: «L'inazione del governo ha lasciato che donne e ragazze affrontassero ostacoli evitabili per accedere all'aborto legale in Italia durante la pandemia di Covid-19, mettendo a rischio la loro salute e le loro vite»⁵³. Il riferimento è al fatto che non ci sia stata un'attenzione specifica al garantire percorsi chiari per l'accesso ai servizi d'aborto portando al superamento dei termini di legge, che diverse strutture sanitarie abbiano interrotto il servizio⁵⁴, che il personale ginecologico sia stato – in alcuni casi – trasferito nei reparti Covid⁵⁵. Senza contare i casi di medici positivi o in isolamento. Anche in questo caso, pur essendoci stata un'indicazione formale dal Ministero sulla non trasferibilità dei servizi d'aborto, il diritto sostanziale d'accesso è venuto meno.

⁵⁰ Regione del Veneto, *Consultori*, <https://www.regione.veneto.it/web/sociale/pubblicazioni;http://bit.ly/40HifxC>.

⁵¹ Ministero della salute, *Relazione Ministro Salute attuazione Legge 194/78 tutela sociale maternità e interruzione volontaria di gravidanza – dati definitivi 2020*: <http://bit.ly/3I89BRF>.

⁵² B. MURA, *I paradossi del (non) essere in guerra. Ma davvero si può scegliere tra sanità, salute e cura?*, in F. FARINA (a cura di), *Siamo in guerra. L'anno che per poterci curare non andammo da nessuna parte*, Milano-Udine, 2021, 79-102.

⁵³ HUMAN RIGHTS WATCH REPORT, *Italy: Covid-19 exacerbates obstacles to legal abortion – Inadequate measures heighten existing risks for health, lives*, July 30, 2020: <https://bit.ly/3I7vCA0>.

⁵⁴ <https://bit.ly/3JNt3EF>.

⁵⁵ <https://www.hrw.org/it/news/2020/07/30/375941>.

Così come la legge 194 è stata sospinta dai movimenti delle donne e femministi, anche oggi il monitoraggio della reale possibilità di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza è parte delle attività dei movimenti sociali. È il caso delle esperienze di "Obiezione respinta"⁵⁶, una mappatura partecipata online che monitora la situazione nelle strutture sanitarie, denuncia i casi di mancato o ostacolato accesso permettendo alle utenti di segnalare le situazioni in cui si sono trovate. Altrettanto importante è il lavoro fatto dal blog "IVG, ho abortito e sto benissimo"⁵⁷ che raccoglie informazioni e testimonianze per costruire una contro-narrazione sull'aborto che superi gli stereotipi, ma soprattutto che permetta alle donne che si trovano a compiere questa scelta di farlo in maniera consapevole. Entrambi questi spazi virtuali, sostenuti dalla spinta della mobilitazione di Non una di meno⁵⁸, hanno mantenuto, nel corso della pandemia, una particolare attenzione a quanto stava avvenendo nei servizi denunciando le situazioni di maggior rischio e fornendo le informazioni altrimenti, in diversi casi, inaccessibili. Un'altra mappa virtuale, precedente alla situazione pandemica, è quella approntata dalla LAIGA (Libera Associazione Italiana Ginecologi per l'Applicazione legge 194) con lo scopo di «mappare gli ospedali italiani che offrono il servizio di interruzione di gravidanza per migliorare l'accesso a questo servizio sanitario»⁵⁹. Come scrive la stessa Associazione, questa iniziativa «nasce dalla consapevolezza che gli ostacoli che le donne e le coppie incontrano per accedere al servizio [...] sono: la mancanza di una chiara procedura per l'accesso all'aborto [...] e la difficile reperibilità del servizio»⁶⁰. L'impatto della pandemia è stato dunque particolarmente problematico dal punto di vista del godimento sostanziale del diritto all'aborto sicuro a causa delle limitazioni alla mobilità⁶¹ che, come visto in precedenza, è un fattore rilevante per ovviare alle disuguaglianze geografiche. Ma un ritardo vi è stato anche nell'intervento ministeriale che solo nell'agosto 2020 è intervenuto a modificare la normativa nazionale nel senso di permettere l'esecuzione dell'aborto farmacologico come procedura ambulatoriale fino alla nona settimana di gravidanza e non più alla settimana⁶². A peggiorare la situazione, il fatto che pochissime regioni italiane hanno accolto e reso effettive queste nuove linee guida sull'aborto farmacologico⁶³. È la stessa Organizzazione Mondiale della Sanità a ritenere che l'aborto farmacologico autogestito possa essere considerato un'alternativa sicura fino alla dodicesima settimana di gravidanza. Con il vantaggio, tanto più nella situazione pandemica e le limitazioni agli accessi introdotte, di alleggerire sia i rischi di esposizione al Covid-19, sia di limitare i ritardi sulle tempistiche d'accesso.

Proprio la pandemia è stata uno spartiacque che ha mostrato l'approccio a questo tema nei diversi paesi europei. Si nota dunque come Spagna, Germania, Francia, Inghilterra, Galles e Irlanda abbiano

⁵⁶ <https://obiezionerespinta.info/>.

⁵⁷ <http://hoabortitoestobenissimo.blogspot.com/>.

⁵⁸ <https://nonunadimeno.wordpress.com/>.

⁵⁹ <https://www.laiga194.it/mappa-ospedali-italiani-ivg-itg/>.

⁶⁰ <https://www.laiga194.it/>.

⁶¹ <https://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioNotizieNuovoCoronavirus.jsp?id=4186&lingua=italiano>.

⁶² H. MARGOLIS, *A Step Forward for Abortion Rights in Italy: Revised Medical Abortion Guidance Will Help Ensure Safe, Legal Care*, in *Commentary, Human Rights Watch Dispatch*, August 11, 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/08/11/stepforward-abortion-rights-italy>.

⁶³ C. TORRISI, *In Italia la pandemia ha reso più difficile abortire*, in *L'Internazionale*, 25 gennaio 2021, <https://www.internazionale.it/reportage/claudia-torresi/2021/01/25/aborto-pandemia>.

esteso i limiti di tempo previsti dalla legge, hanno autorizzato la possibilità di effettuare l'aborto farmacologico a domicilio e strutturato servizi di telemedicina per facilitare l'accesso al servizio durante le prime fasi della pandemia⁶⁴.

5. "Voglio abortire": alla ricerca di informazioni sul campo

La legge 194 del 1978 recita, all'articolo2: «La somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori». Già nel 1975, con la legge quadro istitutiva dei consultori familiari (405/75), il legislatore aveva posto l'attenzione al ruolo informativo del «servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità»: «d) la divulgazione delle informazioni idonee a promuovere ovvero a prevenire la gravidanza consigliando i metodi ed i farmaci adatti a ciascun caso» (articolo 1, legge 405/75).

La tutela della salute delle donne viene dunque posta in stretta relazione con la diffusione di informazioni specifiche che permettano a ciascuna di compiere scelte consapevoli in piena sicurezza. Ciò che le due leggi sembrano prospettare (e per diversi anni è stato realizzato in molti territori, ad esempio attraverso interventi informativi negli istituti scolastici da parte di operatrici dei consultori) Per questa ragione si vuole ora dare spazio ad una ricerca etnografica realizzata nel veronese e volta a cogliere se e come questo intervento di prevenzione e di diffusione delle informazioni necessarie a compiere scelte consapevoli si concretizzi.

Vista la delicatezza della tematica e la difficoltà di reperire dati pienamente attendibili, si è scelto di adottare una metodologia *shadowing*, coperta, che permettesse di esaminare quale sarebbe stata la risposta realmente data ad una donna che avesse preso contatto con i servizi senza rischiare che l'esplicitazione del fine di ricerca ne inficiasse il risultato.

La ricercatrice si è dunque presentata chiedendo informazioni per conto di una ragazza minorenni che, a seguito di un rapporto non protetto, aveva necessità di assumere una contraccezione post-coitale per prevenire una gravidanza indesiderata.

Cosa significa nella quotidianità, nell'esperienza di vita di una donna, l'impatto vero, reale, con i problemi fin qui discussi in forma teorica? In questo caso studio nel veronese, l'attenzione sarà concentrata sulla richiesta di informazioni e all'accesso alla contraccezione d'emergenza durante il periodo pandemico, nei mesi di marzo e aprile 2021. Si tratta dunque di un passaggio preliminare rispetto alla richiesta di interruzione volontaria di gravidanza vera e propria, ma proprio per questo diventa ancor più significativa svelando come le difficoltà che si incontrano non hanno a che fare solo con quanto previsto a livello normativo (ma scarsamente sanzionato in caso di uso non legittimo), ma anche con le modalità operative e con la sfera sociale, culturale, politica che legittima o meno determinati comportamenti.

⁶⁴ H. MARGOLIS, *England Leads Way in UK after U-Turn on COVID-19 Abortion Access*, March 31st, 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/03/31/england-leads-way-uk-after-u-turn-covid-19-abortion-access>.

5.1. Contraccezione d'emergenza per una minore: le risposte dei consultori

La prima parte di indagine si è concentrata sui consultori familiari presenti nel territorio della ULSS 9 Scaligera. Essi sono 9 distribuiti nei diversi Comuni di Verona e cintura⁶⁵ a cui si aggiunge il Consultorio Giovani di Verona dedicato all'utenza tra i 14 e i 22 anni. La strategia adottata è stata quella di rivolgersi alle diverse strutture, inizialmente in presenza, poi telefonicamente nel rispetto delle limitazioni dovute alla pandemia.

I primi due consultori con cui è stato preso contatto sono quelli nel comune di Grezzana. Nel primo, pubblico e con sede coincidente con il Distretto socio-sanitario, era presente una ginecologa in sostituzione della persona titolare, che però ha dichiarato di occuparsi degli screening per il Pap-Test e di non conoscere le procedure usualmente adottate per la contraccezione d'emergenza. Invita a rivolgersi alla ginecologa che si era da poco trasferita presso un altro consultorio a Verona. Nel comune di Grezzana vi è però anche la sede di un consultorio privato "Famiglia & Comunità" convenzionato con la sanità pubblica e di ispirazione cattolica. Nel sito internet non vi è alcun riferimento o informazione sul tema della contraccezione, d'emergenza o meno, né all'interruzione volontaria di gravidanza, né alle malattie a trasmissione sessuale.

Dopo questi primi contatti si è resa necessaria una modifica al metodo di ricerca, a causa delle limitazioni intervenute ai fini di contrastare la diffusione del Covid-19 e dunque i contatti con le altre strutture consultoriali sono avvenuti telefonicamente. Per quanto riguarda le strutture nel comune di Verona, la prima chiamata è stata quella di via del Capitel, 22. Al momento della telefonata la dottoressa non era disponibile, ma ha richiamato un paio d'ore dopo fornendo tutte le informazioni e specificando che, visto che la ragazza è minorenni, si potrebbe fissare un appuntamento in ambulatorio così che abbia la possibilità di un confronto su eventuali dubbi o timori. Nel consultorio di via Siracusa, 4b la ginecologa non era presente e l'indicazione è stata quella di rivolgersi al distretto di via Poloni (chiuso però il lunedì, giorno della chiamata). L'operatrice che ha risposto al telefono è stata però puntuale nel fornire le informazioni relative al libero acquisto della pillola Ellaone, senza obbligo di ricetta anche da parte di una minore⁶⁶. Rivolgendosi dunque al consultorio di via Poloni, 1, oltre alle informazioni sulla possibilità di libera vendita di Ellaone, si riceve l'invito a prendere contatto con il Consultorio Giovani di Verona, il quale dà la stessa indicazione, così come le strutture di Tregnago e di San Giovanni Lupatoto. Ciò che però emerge da questo percorso è come vi sia un'unica ginecologa che divide il proprio tempo di lavoro tra le strutture cittadine di via Poloni e di via Siracusa, oltre a seguire l'ambulatorio dell'area adolescenti.

Nello scambio telefonico con la ginecologa, emerge che nei consultori pubblici veronesi da diversi anni non vi siano medici obiettori. Proprio questa conversazione stimola la curiosità provando a verificare se la situazione sia diversa per quanto riguarda i consultori privati. Nella struttura di piazza Ve-

⁶⁵ Verona: Via Poloni 1, Via del Capitel 22, Via Volturmo 20 – in seguito spostato nei pressi del distretto di Via Valverde, Via Siracusa 4b; Grezzana: Via de Nicola, 34; consultorio Famiglia&Comunità (convenzionato con la ULSS); San Bonifacio; San Giovanni Lupatoto; Tregnano. Facendo riferimento a quanto riportato nel sito della Regione Veneto, non tutte le strutture dei distretti socio-sanitari presentano l'ambulatorio di ginecologia.

⁶⁶ AIFA, *Determina n. 998*, ottobre 2020, che toglie l'obbligo di prescrizione medica per la contraccezione di emergenza, fino a cinque giorni dopo (Ellaone, ulipistral acetato). La ricetta non ripetibile viene richiesta alla minore per l'acquisto di Norlevo.

scovado 5, a Verona città, l'indicazione ricevuta è che «la minorenni deve recarsi con un genitore qui in ambulatorio per una consulenza».

Anche il consultorio di Verona sud, in via Calvi, richiede di andare presso l'ambulatorio di persona senza fornire, nonostante qualche tentativo di insistere, alcuna informazione aggiuntiva. In via Bellotti, sempre a Verona, invece la ginecologa non è presente e la segretaria risponde che essendo loro un consultorio privato non trattano «quei tipi di contraccettivi, ma solo contraccettivi naturali». La ginecologa non è presente neanche nella struttura di Verona Nord, in via Scarabello, 18. L'operatrice che risponde al telefono suggerisce di chiamare l'AIED (Associazione Italiana per l'Educazione Demografica) locale. Nel consultorio AIED opera la dottoressa M.G che contribuisce ad arricchire la panoramica sul territorio: «La situazione direi che è decisamente buona in quanto abbiamo quattro ospedali [nel veronese] e la probabilità che una donna a Verona che non trovi la possibilità di abortire, perché non ha trovato medici che facciano la certificazione o un ospedale dove praticino l'aborto, è praticamente zero». Per quanto quindi il Veneto presenti una percentuale complessivamente molto alta di obiettori di coscienza (il 73,70% nel 2020), la situazione veronese sembra in controtendenza, la probabilità per una donna di venire respinta per questa ragione non dovrebbe esserci.

Interessante anche la motivazione che la dottoressa fornisce a questa situazione: «il numero di interruzioni di gravidanza è in calo quindi anche con un 30% di medici che sono disponibili a fare delle certificazioni per gli aborti, questo è sufficiente a coprire la domanda»⁶⁷. A corredo delle informazioni utili a restituire il quadro completo delle possibilità che una donna si trova davanti nel momento in cui cerca risposte relativamente all'esercizio del diritto di autodeterminazione sul proprio corpo, si riporta come le quattro strutture ospedaliere pubbliche del territorio⁶⁸, le uniche – a norma di legge – in cui può essere praticata l'interruzione volontaria di gravidanza, prevedano tutte la possibilità di accedere all'aborto chirurgico, farmacologico e terapeutico.

5.2 Accesso alla contraccezione d'emergenza: il farmacista obiettore

La seconda parte di indagine ha preso avvio da un elemento emerso da alcune segnalazioni⁶⁹ e nel dibattito politico⁷⁰ sulla possibilità per i farmacisti di rientrare nelle categorie di coloro che hanno titolo a fare obiezione di coscienza per ciò che concerne la legge 194 quando si trovano davanti a richieste di contraccezione d'emergenza. Nonostante la situazione dal punto di vista normativo sia abbastanza chiara nel non includere altri se non le persone strettamente coinvolte nell'operazione

⁶⁷ Nonostante la giurisprudenza (Tar della Puglia 2010 e Tar del Lazio 2016) dica che nei consultori non è rilevante se uno fa obiezione di coscienza o meno, poiché l'obiezione riguarda solo l'intervento abortivo in sé, appare chiaro che il personale che opera quotidianamente nel servizio ha ben presente che la possibilità di incontrare un collega obiettore è molto concreta (A. CAMILLI, perché in Italia i medici obiettori sono così tanti, L'essenziale, 1 febbraio 2023, <https://www.essenziale.it/notizie/annalisa-camilli/2023/02/01/aborto-obiezione-di-coscienza-italia>).

⁶⁸ Ospedale Borgo Trento – Verona e Ospedale Borgo Roma – Verona, entrambi fanno riferimento all'Azienda Ospedaliera Universitaria Integrata di Verona; Ospedale Sacro Cuore Don Calabria – Negrar; Ospedale Fracastoro – San Bonifacio. Il dato è stato rilevato attraverso una ricerca desk nei rispettivi siti internet.

⁶⁹ <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato8804796.pdf>

⁷⁰ Proposta di legge AC3805, *Disposizioni concernenti il diritto all'obiezione di coscienza per i farmacisti*, presentata alla Camera dai deputati Gigli e Sberna, 4 maggio 2016.

d'aborto, è interessante osservare se questa violazione del diritto all'autodeterminazione delle donne sia presente nella realtà.

Il lavoro di ricerca ha indagato undici farmacie del veronese⁷¹ per appurare quanto l'obiezione di coscienza si stia diffondendo fuori dai luoghi per cui è prevista, contagiando luoghi di assistenza e fornitura dei medicinali. La richiesta rivolta agli operatori della farmacia era per la cosiddetta "pillola del giorno dopo" (Ellaone oppure Norlevo) per una ragazza minorenni.

Nel complesso, nelle cinque farmacie della Valpantena visitate, le farmaciste, a fronte della richiesta di acquisto di Ellaone hanno fornito tutte le informazioni previste senza esprimere giudizi o porre domande non richieste. Spostandosi nelle farmacie di Verona città, la situazione si è rivelata più complessa. Una farmacista ha risposto che in nessun caso la pillola del giorno dopo può essere venduta senza ricetta, neanche alle donne maggiorenni. Pur non essendo stata esplicitata l'obiezione di coscienza (che sarebbe comunque *contra legem*), rimane aperto il fatto che un comportamento di questo tipo possa essere un ostacolo per qualche donna che cerca di accedere alla contraccezione d'emergenza, tanto più se minorenni. Nel corso della ricerca, sembra essere emersa una minore disponibilità al fornire risposte informative (nei consultori) o concrete (nelle farmacie) nei contesti privati e da parte di persone più anziane che, apparentemente, non erano rimaste aggiornate rispetto ai provvedimenti normativi.

6. Conclusioni

La riflessione qui presentata prende le mosse dalla convinzione che la salute delle donne sia tutelata solo in presenza di norme per le quali è garantita tanto l'effettività formale, quanto l'effettività sostanziale. La "procreazione cosciente e responsabile" cui fa riferimento l'articolo 1 della legge 194 del 1978 rinvia a un complesso di interventi che eccedono le specifiche procedure di interruzione chirurgica o farmacologica di gravidanze in essere per guardare alla costruzione di un contesto in cui viene data grande rilevanza anche alla diffusione di informazioni volte a permettere scelte consapevoli, a «conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile» (art. 2 legge 194/78).

Vi è dunque una significativa distanza tra ciò che formalmente l'applicazione della legge 194 del 1978 prevede e il godimento sostanziale del diritto da essa sancito. Alla luce di quanto fin qui esposto, emerge come siano due i macro fenomeni entro cui ricondurre le principali cause di questa discrasia. Vi è innanzitutto da evidenziarne un dato di progressiva erosione che mostra come l'effettività di questo diritto (ma è il caso di molti altri diritti civili) sia da presidiare e tutelare non solo nel momento di promulgazione della norma, ma anche in prospettiva. D'altro canto, l'effettività del diritto è tale solo se i servizi deputati a fornire le risposte sono in grado di applicarle.

Il primo ambito è quello più direttamente connesso all'evoluzione dell'interpretazione della legge 194, una norma sottoposta a sollecitazioni socio-politiche fin dai suoi esordi. Nella sua formulazione, infatti, prevede che vi sia sempre qualcuno autorizzato a chiedere alla donna le ragioni della sua de-

⁷¹ Cinque farmacie sono situate nella Valpantena (Grezzana, Quinto di Valpantena, Santa Maria in Stelle, Poiano, borgo di San Felice); le altre sei si trovano nel comune di Verona, tra centro città e periferie (Palazzina, Borgo Roma, Golosine, Santa Lucia, centro storico).

cisione, limitandosi a consentire l'aborto per ragioni di salute. Porta con sé inoltre un irricevibile conflitto tra autodeterminazione delle donne e "valore sociale della maternità" spinto all'estremo con la diffusione di dati fuorvianti, manipolati per ottenere consenso popolare⁷².

È in questo quadro che si inserisce il fenomeno dell'obiezione di coscienza. Come visto in precedenza la grande incidenza che contraddistingue gli ospedali italiani non sembra imputabile ai soli convincimenti profondi degli operatori sanitari, quanto piuttosto alle dinamiche gerarchiche all'interno dei reparti, alle scelte politiche e di carriera. Tanto è vero che nei consultori pubblici il fenomeno è decisamente più contenuto (fatte salve le differenze regionali e alcuni casi particolari). I problemi per i consultori riguardano piuttosto gli orari d'apertura, spesso necessariamente ridotto o con la presenza della ginecologa solo per qualche ora a settimana. Strettamente collegato a questo spettro di difficoltà vi sono i numerosi casi di incursioni, più o meno legittimate dalle normative regionali⁷³, dei movimenti antiabortisti nelle corsie dei reparti di ginecologia, il fenomeno dei cosiddetti "cimiteri dei feti" per cui i residui biologici dell'operazione di aborto vengono sepolti in aree cimiteriali dedicate all'insaputa della donna stessa⁷⁴ fino alle proposte di legge per modificare lo status giuridico del concepito⁷⁵.

Il secondo ambito è quello che riguarda le limitate capacità di risposta da parte del servizio sanitario a causa degli effetti degli interventi fatti sulla sanità in termini riorganizzativi e di tagli economici. Vi è dunque da considerare l'effetto del processo di aziendalizzazione, introduzione di approcci privatistici ed esternalizzazione che ha caratterizzato il servizio sanitario italiano dagli anni Novanta ad oggi e che ha portato ad impostare gli interventi sanitari entro un'ottica di ottimizzazione economica. Quando su questa impostazione sono ricaduti i tagli lineari stabiliti come politica d'intervento a seguito della crisi economica del 2010, l'approccio universalistico e la centralità del(la) paziente come persona sono state ulteriormente intaccate. Lo si è visto con lo scoppio della pandemia⁷⁶, ma lo è ancora di più oggi con la crisi di personale che sta attraversando la sanità anche a seguito dei due anni di Covid-19. Ad aggravare il peso di questa situazione vi è stato il passaggio di regionalizzazione che è andato amplificando le differenze tra le regioni, ma anche all'interno delle stesse con alcuni poli d'eccellenza, ma difficoltà diffuse per quanto riguarda la sanità territoriale.

A difesa del diritto di poter abortire sono oggi attivi i movimenti femministi e delle donne che, in Italia così come a livello internazionale, mantengono alta l'attenzione sui casi di cronaca così come sulle

⁷² La retorica fuorviante che esalta il legame tra l'aumento del tasso di natalità in Italia e la lotta all'aborto è tra i primi punti del manifesto della destra italiana in difesa della famiglia tradizionale e naturale. A questo proposito, il calo degli aborti in Italia è spiegabile alla luce di diversi fattori, in particolare il più alto tasso di istruzione e una maggiore diffusione dell'educazione sessuale e della conoscenza dei contraccettivi. L'introduzione della cosiddetta pillola del giorno dopo è stata fondamentale.

⁷³ A. CAMILLI, *I diritti delle donne sotto attacco in Umbria e nelle Marche*, Internazionale, 17 febbraio 2021: <http://bit.ly/3YdqekE>. Per quanto riguarda il primo caso veneto si veda: <http://bit.ly/3YBfr3i>.

⁷⁴ J. GUERRA, *La mappa dei "cimiteri dei feti", la violazione della privacy e altri misteri*, 2 ottobre 2020 <https://giulia.globalist.it/attualita/2020/10/02/la-mappa-dei-cimiteri-dei-feti-la-violazione-della-privacy-e-altri-misteri/>.

⁷⁵ <http://bit.ly/3RKqPHP>.

⁷⁶ A. BRAMUCCI, F. PRANTE, A. TRUGER, *Decades of Tight Fiscal Policy Have Left the Health Care System in Italy Ill-Prepared to Fight the COVID-19 Outbreak*, in *Intereconomics. Review of European Economic Policy*, 55, 3, 2020, 147-152: <https://www.intereconomics.eu/contents/year/2020/number/3/article/decades-of-tight-fiscal-policy-have-left-the-health-care-system-in-italy-ill-prepared-to-fight-the-covid-19-outbreak.html>.

proposte di legge sia a livello locale sia a livello regionale⁷⁷. Come visto in precedenza, sono questi stessi movimenti ad occuparsi di mappare la realtà a fronte di un monitoraggio ufficiale insufficiente e soprattutto non utile alle donne che di questi servizi hanno bisogno, spesso con tempi molto stretti. Il tempo è oggi sufficientemente maturo per operare un cambiamento concreto per ciò che riguarda l'aborto, per riconoscere innanzitutto a livello culturale e sociale il diritto all'autodeterminazione dei corpi delle donne. La legge 194 è figlia del proprio tempo, necessita perciò di modifiche e aggiornamenti che rispecchino la realtà odierna togliendo il dibattito sul diritto all'aborto dall'ambito morale e religioso per radicarlo in quello dei diritti di salute e tutelare così il godimento sostanziale dei diritti delle donne⁷⁸.

Special issue

⁷⁷ Quarant'anni della legge sull'aborto in quattro grafici, Internazionale, 8 marzo 2018: <https://www.internazionale.it/bloc-notes/2018/03/08/aborto-legge-194-ivg>.

⁷⁸ K. FOX, V. DONATO, *Abortion is a right in Italy. For many women, getting one is nearly impossible*, CNN, October 2020: <https://edition.cnn.com/interactive/2019/05/europe/italy-abortion-intl/>.



Libero mercato delle idee e diritto alla verità: sui limiti alla libera manifestazione del pensiero in materia di aborto

*Lucia Busatta**

FREE MARKET OF IDEAS AND THE RIGHT TO THE TRUTH: ON THE LIMITS TO FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FIELD OF ABORTION

ABSTRACT: The contribution aims to investigate the specificity of freedom of expression concerning opinions or information in the field of abortion. After a theoretical introduction on the terms of the issue, a distinction is made between the different dimensions of this freedom, which range from the split between the active and passive dimension of the law (giving and receiving information on abortion services), to the enucleation of a positive and a negative one (wanting to be informed or refusing to receive information), up to the configuration of a duty of information. The essay then investigates the extent of freedom of expression and its limits with specific reference to some recent decisions regarding ideologically oriented manifestos. It concludes by noting the need for a constraint on the truthful content of public communications regarding abortion.

KEYWORDS: Abortion; Freedom of expression; Right to information; Pluralism; Public posting

ABSTRACT: Il contributo si propone di indagare sulle specificità della libertà di espressione avente ad oggetto opinioni o informazioni relative all'aborto. Dopo aver individuato i termini teorici della questione, si procede ad una distinzione tra le diverse dimensioni del diritto, che spaziano dalla scissione tra dimensione attiva e passiva del diritto (dare e ricevere informazioni sui servizi abortivi), all'enucleazione di una porzione positiva e una negativa (voler essere informato o nel rifiutare di ricevere informazioni), fino alla configurazione di un dovere di informazione e dei soggetti titolari di esso. Il saggio indaga, poi, l'estensione della libertà di espressione e i suoi limiti con specifico riferimento ad alcuni casi recenti riguardanti manifesti apertamente schierati e conclude rilevando l'esigenza di un vincolo ad un contenuto veritiero delle comunicazioni pubbliche in materia di aborto.

PAROLE CHIAVE: Aborto; Libertà di espressione; Diritto all'informazione; Pluralismo; Pubbliche affissioni

* *Ricercatrice di diritto costituzionale, Università di Trento. Mail: lucia.busatta@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio.*

SOMMARIO: 1. Le plurime declinazioni costituzionalistiche della questione dell'aborto – 2. Aborto e diritto all'informazione: i termini del problema – 2.1. Gli *abortion information cases* nella prospettiva europea: libera circolazione dei servizi e limiti alla libertà di espressione – 2.2. La prospettiva statunitense: free speech tra garanzie costituzionali e contraddizioni – 3. Al di là dello schieramento: correttezza e scientificità delle informazioni quali garanzie del pluralismo – 4. A cavallo tra libertà di espressione e libertà di coscienza: alla ricerca di un difficile equilibrio – 5. Per non tradire la libertà d'espressione: i rischi delle derive dell'estremismo ideologico.

1. Le plurime declinazioni costituzionalistiche della questione dell'aborto

Affrontare i profili giuridici del dibattito sull'aborto o analizzare le norme che rendono legittimo l'accesso all'interruzione di gravidanza in un dato ordinamento non richiede solamente una riflessione circa l'estensione dei diritti costituzionali in gioco, una dissertazione teorico-scientifica circa la definizione del momento di inizio vita, o la descrizione della posizione giuridica del concepito e del livello di protezione che gli spetta. Vi possono essere numerose altre questioni che attraggono un approccio costituzionalistico e che meritano altrettanta attenzione, poiché coinvolgono parimenti la definizione di diritti costituzionali¹.

Fra queste, riveste una posizione sicuramente significativa il dibattito sull'istituto dell'obiezione di coscienza e sulla natura dell'obbligo professionale spettante ai medici e al personale sanitario che potrebbe essere potenzialmente coinvolto nell'intervento. Come è noto, si tratta di una questione che da tempo impegna il dibattito giuridico nel nostro ordinamento², ma che ha dimostrato di assumere interessanti declinazioni anche in altri ordinamenti³.

¹ Sulla centralità del tema dell'aborto nel diritto costituzionale italiano cfr. per tutti P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 97 ss.; per altri riferimenti italiano e comparati alla tematica, senza pretese di completezza, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017.

² L'istituto dell'obiezione di coscienza, previsto dall' articolo 9 della legge n. 194/1978, come è noto, è al centro del dibattito giuridico sull'effettività del diritto ad accedere all'interruzione volontaria di gravidanza, a motivo dell'alta percentuale di adesione, soprattutto fra i ginecologi. Fra i principali scritti in argomento cfr. G. VIGGIANI, *Bandi per medici non obiettori. Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 315; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 121; C.B. CEFFA, *Gli irrisolti profili di sostenibilità sociale dell'obiezione di coscienza all'aborto a quasi quarant'anni dall'approvazione della legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017; B. LIBERALI, *“Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194”: una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017; S. PRISCO, *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, in L. CHIEFFI, J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita*, Milano, 2015, 511; M. SAPORITI, *Se fossero tutti obiettori? Paradossi e fraintendimenti dell'obiezione di coscienza all'aborto in Italia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2013, 477 ss.; più ampiamente v. anche F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011.

³ Circa le implicazioni dell'obiezione di coscienza in altri ordinamenti, v. D. PARIS, *Il diritto all'obiezione di coscienza all'aborto nel Regno Unito. Nota a Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*, in *BioLaw Journal*, 3, 2015, 199; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*,

Vi sono, poi, altre non meno stimolanti questioni, concernenti l'effettiva applicazione delle norme sull'interruzione volontaria di gravidanza e gli eventuali ostacoli che si possono frapporre nell'accesso a tale prestazione. In Italia, esse riguardano primariamente l'organizzazione dei servizi sanitari, le problematiche legate alla uniforme garanzia di un trattamento rientrante nei LEA, l'accessibilità dell'aborto farmacologico, e così via⁴.

Vi sono, infine, altri temi e problemi, che potrebbero apparire ancillari o secondari rispetto alla decisione di un dato ordinamento giuridico di regolare o meno l'accesso all'interruzione di gravidanza, di prevedere una corrispondente norma costituzionale, oppure di includere espressamente, fra gli interessi tutelati dalla Costituzione, anche la tutela del diritto alla vita del nascituro⁵. Queste, pur discostandosi un poco dai profili strettamente attinenti al diritto all'autodeterminazione della donna o alla sua salute, o all'interesse statale nella tutela del concepito, sono comunque ad essi connessi.

Si tratta, ad esempio, della definizione dei margini del diritto all'informazione della donna sui servizi abortivi disponibili, inclusi quelli legalmente accessibili all'estero, qualora nel suo Paese d'origine l'aborto sia vietato. Si pensi, ancora, degli eventuali limiti alla libertà di espressione e di riunione, nel caso di manifestazioni pubbliche ideologicamente orientate, qualora vengano promosse in contemporanea iniziative confliggenti, oppure quando sussista il pericolo per la sicurezza e l'incolumità di coloro che partecipano a tali iniziative o delle altre persone che si trovino casualmente a transitare nei luoghi in prossimità dei cortei⁶.

Con ogni probabilità, il tema dell'aborto e il dibattito circa l'esistenza o meno di un diritto in capo alla donna di decidere sulla propria gravidanza appaiono effettivamente tangenziali rispetto all'estensione e ai limiti della libertà di riunione o di manifestazione del pensiero; eppure, combinare

in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 19 ss.; ID., *Antigone Betrayed? The European Court of Human Rights' Decisions on Conscientious Objection to Abortion in the Cases of Grimmark v. Sweden and Steen v. Sweden*, in *European Journal of Health Law*, 28(1), 2020, 26.

⁴ Per una rassegna delle problematiche ormai classiche sull'effettività della legge n. 194/1978, B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, 1655 ss.; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Vol III, Napoli, 2009, 815. Più recentemente F. ANGELINI, *Introduzione. Perché parlare di aborto?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1.

Bisogna peraltro segnalare che ostacolare l'accesso all'aborto attraverso la previsione di requisiti normativi particolarmente restrittivi oppure attraverso i mezzi più disparati è un'attività che sta caratterizzando ormai da alcuni anni la prassi statunitense, ad esempio con la c.d. Trap Laws, ma non solo. IN argomento, fra tutti, v. S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 345.

⁵ Come è stato, ad esempio, nella Repubblica d'Irlanda sino al referendum costituzionale del 2018. In argomento v. A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1.

⁶ Per alcune riflessioni sui limiti della libertà di riunione e sulle sue intersezioni con la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero, cfr. recentemente G. TROMBETTA, *I limiti alla libertà di riunione nella costituzione materiale del Paese, anche a fronte dell'emergenza coronavirus*, in *Federalismi.it*, 27, 2022, 173; G. RAGONE, *La libertà di riunione in tempi di emergenza sanitaria e distanziamento sociale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2022, 781. Per una recente ricostruzione delle più recenti implicazioni v. F. ROSA, Art. 17, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna, 2018, 131.



Le due dimensioni può arricchire le riflessioni riguardanti l'una e l'altra problematica. Da un lato, infatti, pone in evidenza il potenziale espansivo del dibattito sull'aborto, che si dimostra, ancora una volta, incline ad investire numerosi altri profili giuridici, apparentemente non strettamente attinenti ai diritti riproduttivi o al diritto alla salute; dall'altro lato, pone in evidenza come l'individuazione dei limiti dei diritti attinenti alla sfera pubblica (o delle relazioni sociali) della persona sia variabile non solo con riguardo ad un dato, ma complessivamente generale, contesto storico e sociale, ma, molto più specificamente, in relazione alla sua rilevanza concreta, calata nel contingente di un preciso momento del dibattito, e possa essere percepibile in maniera non replicabile in luoghi differenti.

Una questione che anche in tempi recenti ha sollevato una discreta attenzione, a livello giuridico (ma non solo), riguarda l'estensione dei limiti della libertà d'espressione (e in alcune ipotesi, pure della libertà religiosa) con riferimento alle pubbliche affissioni di cartelloni recanti immagini o contenuti provocatori relativamente all'aborto o all'obiezione di coscienza. Da questo punto di vista, la possibilità di limitare o vietare la diffusione di manifesti pubblicitari di tal fatta rappresenta un interessante banco di prova per testare la tenuta degli strumenti posti a presidio del pluralismo democratico che ispira la Costituzione e il suo quotidiano invero.

In questo contesto, dopo una breve contestualizzazione del significato nella libertà d'espressione con specifico riferimento all'interruzione di gravidanza, il presente contributo si propone di indagare l'estensione della libertà di espressione e i suoi limiti con specifico riferimento ad alcuni casi recenti riguardanti manifesti apertamente schierati, affissi anche recentemente in numerose città italiane, che hanno inevitabilmente sollevato un significativo dibattito politico e nella società civile e che, in talune circostanze, sono giunti sino all'attenzione degli organi giurisdizionali.

2. Aborto e diritto all'informazione: i termini del problema

Tracciare le linee di intersezione tra le posizioni giuridiche che vengono in gioco nel campo dell'interruzione di gravidanza e del diritto all'informazione non è immediato e richiede di operare una serie di distinguo preliminari⁷.

Partendo dal secondo elemento della questione, possiamo anzi tutto evidenziare una scissione tra dimensione attiva e passiva del diritto (i.e. dare e ricevere informazioni sui servizi abortivi), così come un'ulteriore distinzione tra una porzione positiva e una negativa, consistenti, rispettivamente, nel voler essere informato o nel rifiutare di ricevere informazioni. Queste ultime divengono rilevanti, in particolare, nel momento in cui la donna accede all'interruzione di gravidanza come trattamento sanitario regolato dall'ordinamento e costruisce, con i medici che la prendono in carico, una relazione di cura⁸.

Con riguardo, poi, alla dimensione soggettiva, si possono individuare alcuni soggetti che, in relazione al proprio ruolo professionale, sono titolari di un dovere di informazione e altri che, pur avendo una mera facoltà di scelta sul fornire o meno certe informazioni, sono vincolati ad offrire contenuti veri-

⁷ Traccia alcune linee direttrici circa le distinzioni e articolazioni del diritto all'informazione in relazione alla libertà di espressione e all'interesse pubblico a ricevere informazioni C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, Bologna, 2013, in partic. 128 ss.

⁸ Su questo specifico aspetto si tornerà *infra*, nel paragrafo 3.

tieri e oggettivi. Da quali fattori dipende la qualificazione di tali doveri o l'individuazione dei soggetti in capo ai quali incombe un obbligo di informazione o di verità?

In tutti questi casi, l'esercizio del diritto (attivo e passivo, positivo e negativo) di informazione, l'eventuale corrispondente dovere di informare o di informare in maniera veritiera e la definizione dei contenuti di tale informazione trovano copertura nella libertà costituzionale manifestazione del pensiero, anche se, come forse si può già intuire, possono incrociarsi, in termini rafforzativi oppure oppositivi, altri diritti di rilievo costituzionale, fra i quali, ad esempio, la libertà religiosa, il diritto alla riservatezza oppure quello alla salute.

2.1. Gli *abortion information cases* nella prospettiva europea: libera circolazione dei servizi e limiti alla libertà di espressione

Ciascuna delle dicotomie qui brevemente tratteggiate assume una specifica connotazione laddove l'oggetto dell'informazione riguardi l'accesso all'interruzione di gravidanza e i servizi abortivi; l'estensione del diritto, come ora vedremo, può naturalmente mutare in base al fatto che l'aborto sia vietato o regolato, a determinate condizioni, in un dato ordinamento.

Da questo punto di vista, alcune riflessioni possono essere mosse, a partire dalle posizioni espresse, nei primi anni Novanta, rispettivamente dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte di Giustizia negli *abortion information cases*, che possono ancora oggi essere considerati un punto di riferimento per la definizione del diritto all'informazione sui servizi abortivi legalmente accessibili all'estero e sul contenuto del diritto all'informazione. Come si ricorderà, entrambi i casi riguardavano la disciplina irlandese, all'epoca particolarmente restrittiva, e la possibilità, rispettivamente, per un'associazione studentesca e per due centri di consulenza per la salute della donna, di informare le donne sulla possibilità di interrompere legalmente la gravidanza all'estero⁹.

Da un lato, nel 1992, con il caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*¹⁰, la Corte di Strasburgo venne investita di una questione relativa al contrasto tra la libertà di espressione tutelata dall'art. 10 della Convenzione e (l'allora vigente) divieto irlandese di divulgare informazioni sui servizi abortivi disponibili all'estero. All'esito di uno strutturato giudizio di proporzionalità della norma interna rispetto al fine perseguito, i giudici evidenziarono come la totale indisponibilità di tal sorta di informazioni potesse rappresentare un grave rischio per il diritto alla salute delle donne, dal momento che, in assenza delle necessarie informazioni, le stesse si sarebbero trovate costrette a procurarsi in modo pericoloso e sicuramente illegale l'aborto¹¹.

Dall'altro lato, quasi in contemporanea, la Corte di Giustizia veniva adita in via pregiudiziale su un caso concernente il diritto all'informazione sui servizi per l'interruzione di gravidanza disponibili nel Regno Unito, messi a disposizione da un'associazione studentesca irlandese. Nel caso *Grogan*¹², pur de-

⁹ Ne parla anche A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, cit.

¹⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, ric. n. 14234/88; 14235/88, 29 ottobre 1992.

¹¹ *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, punti 67-77.

¹² Corte di Giustizia C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, 4 ottobre 1991, in *Racc. I-04685*, su cui S. O'LEARY, *The Court of Justice as a Reluctant Constitutional Adjudicator: An Examination of the Abortion Information Case*, in *European Law Review*, 1992, 138.

finendo il giudizio in un modo compromissorio, i giudici di Lussemburgo hanno offerto un significativo contributo alla definizione di uno standard minimo europeo per l'accesso alle informazioni anche su servizi e prestazioni proibiti in uno Stato membro e concessi altrove.

Interrogandosi sull'applicabilità delle norme del Trattato a tal genere di situazioni, infatti, la Corte di Giustizia interviene sulla portata transfrontaliera della libertà di informazione sui servizi, stabilendo che l'aborto, in quanto trattamento sanitario, poteva essere considerato un servizio ai sensi del Trattato¹³. L'associazione studentesca coinvolta nel giudizio, tuttavia, non poteva essere considerata un prestatore di servizi, dal momento che tale attività non era svolta con finalità economiche da parte di tale associazione, che non vantava alcun legame con le cliniche abortive delle quali segnalava le prestazioni. Il divieto irlandese, pertanto, non poteva essere considerato in contrasto con il diritto europeo. Ciononostante, la decisione ha comunque segnato un importante punto d'arrivo nel diritto europeo¹⁴, chiarendo che, anche sui trattamenti sanitari eticamente controversi, gli Stati membri, pur rimanendo liberi di decidere se vietare o meno un certo trattamento all'interno del proprio territorio, non possono imporre restrizioni ingiustificate alla libera circolazione ai propri cittadini che vogliono ottenere tale trattamento all'estero¹⁵.

2.2. La prospettiva statunitense: free speech tra garanzie costituzionali e contraddizioni

Richiamare queste due importanti pronunce non ha solamente la funzione di iniziare a delineare i tratti e i limiti del diritto all'informazione e alla libera manifestazione del pensiero aventi ad oggetto l'aborto o l'interruzione di gravidanza.

Il riferimento qui brevemente ripreso ci offre anche l'opportunità di esplorare, in prospettiva comparata, un parallelo con gli Stati Uniti. Come è noto, infatti, non solo nell'ordinamento statunitense la libera manifestazione del pensiero incontra uno standard di protezione particolarmente elevato ma, fra i prevedibili effetti della pronuncia *Dobbs*, non si può non considerare il rischio che l'*overruling* di

¹³ Per la prima volta tale principio fu affermato nella sentenza Corte di Giustizia, C-286/82, *Luisi e Carbone c. Ministero del tesoro*, 31 gennaio 1984, in *Racc.* 00377. La Corte di Giustizia ha avuto poi occasione di tornare numerose volte sulla qualificazione delle prestazioni sanitarie come servizi ai fini del Trattato, fino alla pronuncia definitiva, del 2006, C-372/04, *The Queen, su richiesta di Yvonne Watts contro Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*, 16 maggio 2006, che ha rappresentato la base della disciplina sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti (Direttiva 2011/24/UE) e per le riflessioni circa le possibili proiezioni i un diritto sanitario europeo, sui cui, recentemente D. MORANA, *Verso un diritto eurounitario alle cure? La direttiva sull'assistenza transfrontaliera tra obiettivi ambiziosi e debolezze competenziali dell'Unione*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2022, 229.

¹⁴ R. LAWSON, *The Irish abortion cases: European limits to national sovereignty?*, in *European Journal of Health Law*, 1, 1994, 167; T.K. HERVEY, J. MCHALE, *European Union Health Law*, Cambridge, 2015, 92 ss.

¹⁵ Tale decisione ebbe poi un impatto tale sul diritto interno, da costringere l'Irlanda a un referendum costituzionale, secondo il quale la tutela costituzionale del diritto alla vita del nascituro non poteva precludere il diritto ad ottenere informazioni sui servizi legalmente accessibili all'estero. In aggiunta, proprio in esito a questa vicenda, la Repubblica d'Irlanda chiese ed ottenne l'inserimento di una clausola aggiuntiva al trattato di Maastricht, specificamente volta a salvaguardare l'interpretazione e applicazione dell'articolo 40.3.3° della Costituzione nazionale. In argomento cfr. R. FLETCHER, *National crisis, supranational opportunity: the Irish construction of abortion as a European service*, in *Reproductive Health Matters*, 8, 2000, 35 e più recentemente L. BUSATTA C.M. REALE, *The Celtic Tiger al referendum: l'Irlanda verso una nuova stagione di tutela costituzionale dei diritti?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2018, 1233.

Roe v. Wade inauguri una vera e propria saga volta a minare l'intero sistema dei diritti collegati all'interruzione di gravidanza e alla libertà riproduttiva. Fra questi, in particolare, si ponga mente alla possibilità di ottenere l'aborto all'estero (i.e. fuori dagli USA) oppure in uno degli stati più *liberal*, in cui esso sia regolato in modo più permissivo rispetto al proprio stato d'origine¹⁶. Va da sé che il diritto delle donne a ottenere informazioni e il corrispondente diritto a far circolare le informazioni sui servizi accessibili altrove rappresenta un presupposto necessario di questa dimensione della circolazione ed è altrettanto evidente come, nel diritto statunitense, tali questioni assumano rilevanti ed interessanti sfumature costituzionalistiche, tali da spingersi sino a riflessioni sulla forma di stato federale e sulla sua tenuta¹⁷.

In questo quadro, non deve quindi sorprendere che, scavando un poco nella giurisprudenza della Corte Suprema emergano un paio di casi che potremmo ritenere in qualche misura assimilabili agli *abortion information cases* europei sopra richiamati e che, non casualmente, sono stati decisi, l'uno, quasi a ridosso della sentenza *Roe v. Wade* e, l'altro, nel 2018, non appena il cambio di maggioranza alla Corte Suprema, sotto la presidenza Trump, si era compiuto¹⁸.

Ancora una volta, l'aborto si dimostra, non solo in Italia o all'interno del continente europeo, una tematica avente una portata tale da fungere da vero e proprio paradigma per la definizione di una serie di diritti e di posizioni giuridiche assai rilevanti e che vanno ben oltre il rapporto tra il corpo della donna e lo statuto giuridico e ontologico dell'embrione. Nella sentenza *Bigelow v. Virginia*¹⁹, nel 1975, per la prima volta la Corte Suprema riconobbe che le comunicazioni di carattere commerciale aventi ad oggetto servizi abortivi incontrano la tutela prevista dal Primo Emendamento della Costituzione statunitense.

In particolare, una legge dello stato della Virginia vietava a chiunque di promuovere l'aborto attraverso pubblicazioni, conferenze o pubblicità. Bigelow, direttore del Virginia Weekly, viene imputato per questo reato quando il suo periodico pubblica l'annuncio di un'organizzazione che indirizzava le donne a cliniche abortive in altri stati. La Corte, con una maggioranza di sette a due, riconobbe una violazione del Primo Emendamento: il fatto che le informazioni fossero veicolate attraverso una for-

¹⁶ Circa tali profili, vi sono già alcuni contributi nella dottrina statunitense che riflettono sia sulle implicazioni giuridiche dell'accesso all'aborto all'estero, sia sull'eventuali implicazioni di un c.d. *interstate abortion* e sulla possibilità, a livello giuridico, di valorizzare a tal fine la *commerce clause*. Cfr. ad esempio, I.G. COHEN, M. MURRAY, L.O. GOSTIN, *The End of Roe v Wade and New Legal Frontiers on the Constitutional Right to Abortion*, in *JAMA*, 328, 2022, 325; D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *Rethinking Strategy After Dobbs*, in *Stanford Law Review Online*, 75, 2022, 1.

¹⁷ La questione è tanto rilevante che vi sono già numerosi contributi a riguardo nella dottrina giuridica statunitense. Vedasi, ad esempio, J. VILLASENOR, *The First Amendment and Online Access to Information About Abortion: The Constitutional and Technological Problems with Censorship*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 20, 2022, 87 ss.; K. FLOREY, *Dobbs and the Civil Dimension of Extraterritorial Abortion Regulation*, 26 luglio 2022, in corso di pubblicazione in *New York University Law Review*, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4172494>, oppure <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4172494>; T. DAY, D. WEATHERBY, *The Dobbs Effect: Abortion Rights in the Rear-View Mirror and the Civil Rights Crisis that Lies Ahead*, in *William & Mary Law Review Online*, 64, 2022, 1; T.J. MOLONY, *Inconvenient Federalism: The Pandemic, Abortion Rights, and the Commerce Clause*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 20, 2022, 487.

¹⁸ Cfr. a tale proposito, R. TONIATTI, *President Trump's Political Agenda Vis-à-Vis the Supreme Court*, in G.F. FERRARI (ed.), *The American Presidency under Trump*, The Hague, 2000, 65 ss.

¹⁹ US Supreme Court, *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809, 811 (1975).

ma di pubblicità commerciale a pagamento e riflettessero gli interessi degli inserzionisti, infatti, non faceva venir meno le tutele costituzionali richiamate e, in particolare, la libertà di espressione. Per quanto qui maggiormente d'interesse, nell'opinione di maggioranza, redatta dal giudice Blackmun, uno stato non può detenere il potere di controllare le decisioni interne di un altro stato solamente perché queste potrebbero riguardare anche la salute e il benessere dei propri cittadini. Uno stato può certamente permettere la divulgazione di informazioni per consentire ai propri cittadini di compiere scelte informate, ma non è ad esso consentito, nemmeno nell'esercizio del controllo sull'ordine pubblico interno (vale a dire il c.d. *internal police power*), vietare la disseminazione di informazioni su servizi legalmente accessibili in un altro stato²⁰.

Il punto del pronunciamento che possiamo, senz'altro, considerare centrale ai fini delle riflessioni che stiamo sviluppando in questa sede riguarda la portata e il potenziale delle informazioni che circolavano nell'annuncio pubblicitario vietato: al di là di ogni possibile dibattito di natura etica o morale sulla natura dell'aborto o sulla diversa regolamentazione che esso ottiene nei diversi stati, la Corte Suprema si limitava a osservare come tali nozioni non fossero indirizzate solamente alle persone direttamente interessate a tali servizi. Esse avevano infatti carattere generale, di interesse pubblico, poiché, stante la rilevanza sociale dell'argomento, tali informazioni potevano intercettare l'attenzione di chiunque avesse un «genuino interesse nella materia». I limiti alla libertà di informare imposti dal divieto impugnato possono, dunque, pregiudicare il «"mercato delle idee" oltre che quello dei beni e sono quindi legittimi solo in presenza di "compelling state interests"»²¹.

Questa pronuncia dimostra quanto, oltre ogni considerazione circa la divisività della questione relativa alla regolamentazione dell'aborto, sia necessario tutelare la libertà del flusso delle informazioni, consentendo, nello spazio di un'economia liberale come quella statunitense, una corretta circolazione di informazioni veritiere, anche su servizi commerciali legali e disponibili in altri stati²².

Come già si accennava, è in tempi più recenti che il diritto a un'informazione veritiera avente ad oggetto i servizi abortivi ha iniziato a vacillare. Nel 2018, con la sentenza *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale una legge californiana che obbligava gli ambulatori e le cliniche che svolgevano servizi collegati alla salute riproduttiva delle donne a informare queste ultime sulla loro effettiva natura medico-professionale o meno²³.

²⁰ Vale la pena di citare esattamente le parole della Corte, per la loro chiarezza e per la vicinanza che, lette a posteriori, esse dimostrano di avere con i due casi europei sopra citati: «A State does not acquire power or supervision over the internal affairs of another State merely because the welfare and health of its own citizens may be affected when they travel to that State. It may seek to disseminate information so as to enable its citizens to make better informed decisions when they leave. But it may not, under the guise of exercising internal police powers, bar a citizen of another State from disseminating information about an activity that is legal in that State» *Bigelow v. Virginia*, cit., 824-825.

²¹ J.P. RUMI, *La Pubblicità Dei Servizi Legali Negli U.S.A.: Il Caso Bates v. State Bar of Arizona*, in *Il Foro Italiano*, 101, 1978, 277.

²² In quest'ottica cfr. anche L.L. LAUDATI, *Gli effetti anticoncorrenziali delle regolazioni. La lezione delle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla protezione della comunicazione commerciale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 1999, p. 386, che valorizza il ruolo che la comunicazione commerciale può svolgere nel funzionamento del sistema di libero mercato, come riconosciuto anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti.

²³ Si tratta del California Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care, and Transparency Act (FACT Act). In particolare la legge imponeva alle cliniche autorizzate (*licensed clinics*) di informare le donne che lo stato della California offre programmi pubblici con accesso a servizi di family planning, incluso l'aborto. La

La vicenda venne impugnata da centri per la salute della donna aventi diversa natura e differente ispirazione, cioè sia *pro-life* che *pro-choice*. Con una sentenza condivisa da una maggioranza di cinque a quattro, la Corte affermò l'incostituzionalità della legge californiana, stabilendo che essa violava la «free speech» protetta dal Primo Emendamento, poiché imponeva (anche alle cliniche autorizzate) uno specifico contenuto informativo²⁴. Rigettando l'idea che tale rigore informativo fosse soggetto ad uno scrutinio debole di costituzionalità, avendo ad oggetto informazioni di natura professionale, nell'opinione della Corte si legge che proprio tale caratteristica delle informazioni richiede uno stretto vaglio di legittimità, poiché impone vincoli contenutistici alle comunicazioni da fornire agli utenti potrebbe collidere con il "libero mercato delle idee".

Con specifico riguardo agli obblighi informativi per le cliniche non autorizzate, fra i quali i *pregnancy crisis centers*, la Corte affermò che gli oneri informativi previsti dalla legge californiana, che imponevano di informare le donne dell'esistenza di servizi per la salute riproduttiva che praticano anche le interruzioni di gravidanza, erano sproporzionati: in altre parole, i centri *pro-life* non possono essere obbligati a informare dell'esistenza di centri (pubblici) ove si effettua l'aborto, poiché è proprio tale pratica alla quale questi centri si oppongono²⁵.

L'effetto raggiunto da tale pronunciamento è doppiamente criticabile, in termini di tutela del diritto all'informazione e dal punto di vista della configurabilità del dovere (professionale) di fornire informazioni complete e veritiere. Da un lato, infatti, stabilendo che la legge impugnata impone un determinato contenuto alle informazioni da fornire, in violazione del principio costituzionale sulla *free speech*, la sentenza nega che vi sia una tutela costituzionale per gli obblighi informativi sulle pratiche medico-sanitarie aventi natura ideologicamente neutrale e che, dunque, non incontri la copertura del Primo Emendamento il dovere di informare correttamente le utenti dei servizi per la salute riproduttiva. Dall'altro lato, con riguardo alla posizione delle cliniche non autorizzate, viene enucleata un'eccezione di natura ideologica per le informazioni sui servizi sanitari disponibili²⁶.

Il quadro che se ne può ricavare, in attesa che altre decisioni della Corte Suprema, sulla scorta dei principi stabiliti nella sentenza *Dobbs*, possano ulteriormente incidere sul diritto a ricevere informazioni sui servizi abortivi e sul corrispettivo dovere di fornire informazioni veritiere, sicuramente valorizza molto l'estensione della libertà costituzionale di parola e di manifestazione del pensiero. In questo quadro, tuttavia, la recente scelta di spingersi sino a ritenere illegittimo un vincolo legislativo alle informazioni aventi un oggettivo contenuto di natura medico-professionale appare però rischiosa, non solo nel circoscritto ambito dell'accesso ai servizi abortivi, ma nel più ampio settore della medicina e delle pratiche sanitarie, nel quale la recente esperienza pandemica insegna che la mancanza di

legge obbligava altresì le cliniche non autorizzate (*unlicensed clinics*) di informare le donne della loro natura non medico-professionale.

²⁴ Giova evidenziare come l'opinione di maggioranza sia stata redatta dal giudice Clarence Thomas, noto per le proprie posizioni assai conservatrici e autore della *concurring opinion* della sentenza *Dobbs*, nella quale mette in discussione ogni precedente decisione della Corte Suprema fondata sulla *substantial due process clause*.

²⁵ S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, cit., 272-273.

²⁶ In questi termini cfr. B.R. CLARK, *Commentary on National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, 1 dicembre 2020, in *Loyola Law School*, Los Angeles Legal Studies Research Paper No. 2020-32, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3742453>.

un controllo pubblico sulla proliferazione di informazioni ideologiche o false può comportare seri e gravi rischi per la salute non solo individuale, ma anche collettiva.

3. Al di là dello schieramento: correttezza e scientificità delle informazioni quali garanzie del pluralismo

Quanto sinora rilevato è funzionale a riflettere circa l'estensione della libertà di manifestazione del pensiero con riguardo all'aborto nel nostro ordinamento. Il dato di partenza, che connota in maniera specifica la natura dei diritti collegati alla sfera dell'informazione e della comunicazione nel campo dell'aborto, è rappresentato dalla regolazione giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza nel nostro ordinamento. Il taglio pluralista dell'intero impianto della legge n. 194 del 1978 e la sua particolare tenuta costituzionale, che le ha consentito di superare sempre indenne il vaglio di legittimità da parte della Corte costituzionale, dalla quale è stata definita efficacemente come «legge a contenuto costituzionalmente vincolato»²⁷, ci permettono di delineare i termini di estensione della libertà di informazione collegata a tale disciplina.

Anzi tutto, come abbiamo già avuto modo di osservare, il fatto che la legge collochi l'interruzione volontaria di gravidanza nell'alveo dei trattamenti sanitari garantiti dalle strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale e rientranti nei livelli essenziali delle prestazioni, fa sì che ampia parte delle questioni relative al diritto all'informazione, che abbiamo sopra distinto secondo le tre direttrici della posizione attiva o passiva (dare e ricevere informazioni), della dimensione positiva o negativa (essere informato o rifiutare le informazioni) e, infine, del dovere di informare e della libertà di fornire informazioni assumano le peculiari declinazioni attinenti alla natura delle informazioni di carattere sanitario. Da questo punto di vista, dunque, la giurisprudenza europea rimane un punto di riferimento quanto alla possibilità di far circolare liberamente anche in Italia informazioni sui servizi abortivi accessibili all'estero. Tal genere di informazioni potrebbe, ad esempio, essere rilevante per la donna che volesse interrompere la propria gravidanza oltre il novantesimo giorno, pur non soddisfacendo i requisiti del grave pericolo per la sua vita o della presenza di processi patologici del feto che determinino un grave pericolo per la salute della donna²⁸. L'accesso a tali informazioni le permetterebbe, infatti, di intercettare i servizi adeguati, sicuri e legittimi disponibili in un altro Stato membro, senza correre ulteriori rischi per la propria salute, magari rivolgendosi a pratiche clandestine.

Come si è già avuto modo di accennare sopra, inoltre, trattandosi di un trattamento sanitario, ai medici che incontrano la donna si applicano i doveri informativi oggi sanciti anche dalla legge n. 219 del 2017, sulla relazione di cura, quali presupposti necessari per l'ottenimento del consenso informato. D'altro canto, proprio in linea con quanto previsto dalla citata disciplina, alla donna, che pur acconsente al trattamento, è anche riconosciuto un diritto di rifiutare in tutto o in parte le informazioni, affidandosi ai curanti. Con specifico riguardo all'interruzione di gravidanza, tuttavia, le particolari procedure previste dalla legge n. 194/1978 e, in special modo, i contenuti del colloquio tra la donna e il

²⁷ Corte cost., sent n. 35/1997.

²⁸ Secondo le procedure previste dagli artt. 4 e 6 della legge n. 194/1978. Sulle peculiarità del c.d. aborto terapeutico, ossia oltre il novantesimo giorno, v. recentemente M.P. IADICICCO, *L'aborto terapeutico. Un tema a minore densità problematica?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1.

medico del consultorio (o di sua fiducia) al momento della richiesta di accesso all'interruzione di gravidanza paiono lasciare un margine più ristretto al diritto a rifiutare le informazioni. Da questo punto di vista, però, preme evidenziare come l'inciso «nel rispetto della dignità» della donna, ripetuto ben due volte nel testo dell'articolo 5 della legge, che descrive i contenuti e le modalità del colloquio, lascia intendere che stia nello spazio della costruzione della comunicazione tra la donna e il medico trovare le modalità adeguate a rispettare un eventuale rifiuto di alcuni profili informativi che possano ferire o toccare la dignità della donna²⁹.

Venendo, infine, ai margini di estensione della libertà di informazione e alla questione circa l'esistenza di un eventuale dovere di fornire informazioni veritiere e non fallaci, una recente vicenda può fornire alcuni elementi utili all'indagine.

Nel dicembre 2020, in numerose città italiane sono comparsi manifesti pubblicitari diffusi dall'associazione ProVita e Famiglia Onlus, che raffiguravano, con una chiara allusione alla fiaba di Biancaneve, una giovane donna distesa a terra e priva di sensi, che tiene in mano una mela rossa adentata. Sul manifesto si leggeva il seguente messaggio: «Prederesti mai del veleno? Stop alla pillola abortiva RU486: mette a rischio la salute e la via della donna e uccide il figlio nel grembo». Senza riportare le numerose notizie comparse, in quei giorni, sui quotidiani a diffusione nazionale e locale, ben si può intuire il vasto dibattito sollevato da tali manifesti, che ha portato alcune amministrazioni comunali a vietare tali affissioni e a farle rimuovere³⁰.

Con provvedimento del 15/12/2020, il Comune di Rimini vietava l'affissione di tali manifesti e disponeva la rimozione di quelli già diffusi. Il ricorso presentato avverso tale provvedimento è stato rigettato dal Tar Emilia-Romagna, con sentenza del 26 ottobre 2022³¹. Le questioni affrontate nella sentenza del giudice amministrativo consentono, nella prospettiva d'indagine sinora adottata, di aggiungere alcuni significativi elementi a completamento delle riflessioni circa l'estensione della libertà di manifestazione del pensiero quando essa abbia ad oggetto l'aborto. In particolare, come ora si vedrà, il punto sul quale insiste il Tar non riguarda tanto il carattere ideologico delle comunicazioni trasmesse attraverso il manifesto proibito, quanto piuttosto il loro contenuto non veritiero.

Nel proprio ricorso, l'associazione lamentava la violazione degli articoli 21, 2, 3 e 19 della Costituzione, nonché degli articoli 9, 10 e 18 della Cedu. In aggiunta, sosteneva che la Giunta comunale non fosse l'organo competente ad adottare il provvedimento impugnato e che fossero state violate anche le norme di legge e regolamentari concernenti le pubbliche affissioni e la pubblicità ingannevole³².

²⁹ Circa questi profili sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *L'interruzione volontaria di gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-18.

³⁰ La vicenda è riportata abbondantemente dalla stampa. Per alcuni riferimenti più specifici ai divieti delle amministrazioni comunali cfr. A. CIRELLI, *La libertà di espressione vale anche per Pro Vita?*, in *Nessun Dogma*, 2, 2021, disponibile online all'indirizzo: <https://blog.uaar.it/2021/02/16/liberta-espressione-vale-anche-per-pro-vita/>.

³¹ Tar Emilia-Romagna, sez. II, sent. n. 845/2022.

³² Le norme che vengono in rilievo, a ben vedere, non sono poche. Anzi tutto, nel ricorso vengono richiamati gli articoli 18 e ss. del Codice del consumo (d.lgs. n. 229/2003), come modificati dai decreti legislativi 145 e 146 del 2007, sul divieto di pubblicità ingannevole. Nel ricorso viene richiamato il d.lgs. n. 507/1993, sulle pubbliche affissioni (peraltro, in gran parte abrogato al momento della controversia e non ripreso nelle motivazioni della sentenza), nonché Regolamento comunale per la disciplina degli impianti di pubblicità e propaganda e degli altri mezzi pubblicitari sulle strade e sulle aree pubbliche e di uso pubblico.

Più nello specifico, l'associazione ProVita sosteneva che il proprio manifesto non costituisse una pubblicità commerciale e che, pertanto, ad esso non si applicassero i limiti previsti dal Codice del Consumo in riferimento al divieto di pubblicità ingannevole. Nei contenuti, il manifesto incontrerebbe – a loro dire – la copertura dell'articolo 21 Cost., in quanto espressione della «visione culturale prolife»³³.

Due sono i profili di interesse delle motivazioni del giudice amministrativo, nel rigettare il ricorso ed esse attengono, da un lato, alla ragione dell'individuazione della competenza in capo alla Giunta ad adottare il provvedimento impugnato e, dall'altro lato, come si è già avuto modo di anticipare, alla natura delle informazioni contenute nella cartellonistica.

Quanto al primo aspetto – preme evidenziarlo poiché il principio potrebbe trovare applicazione in altre controversie simili – il Tar afferma che in base all'art. 48 del Testo unico degli Enti Locali, la Giunta ha correttamente adottato il provvedimento impugnato, trattandosi di una questione peculiare e ben più ampia portata rispetto agli ordinari controlli (aventi prevalentemente natura formale) che l'amministrazione comunale deve svolgere sulle pubbliche affissioni. In questo contesto, infatti, al diniego opposto dal Comune di Rimini viene riconosciuto un carattere straordinario, «costituente la presa di posizione della civica amministrazione di Rimini». È oggettivo, secondo il Tar, che l'atto travalichi l'ordinaria competenza concernente il controllo sulle affissioni; viene tuttavia evidenziato che nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali, il Comune detiene un generale potere di natura autorizzatoria per «controllare l'oggetto di ogni servizio», sia per la corretta fruizione del servizio stesso sia per gli effetti che esso ha sulla cittadinanza. Ne deriva, dunque, che un provvedimento correttamente e compiutamente motivato come quello *de quo* non è illegittimo per incompetenza³⁴.

Il punto è interessante poiché, riconoscendo in capo alla Giunta un generale potere di verifica sull'effettivo utilizzo dei servizi pubblici gestiti dal Comune, anche in termini di corretta fruizione degli stessi e di tutela della collettiva, il giudice amministrativo apre alla possibilità che ci possa essere un margine di intervento dell'ente locale qualora i contenuti di alcune comunicazioni pubbliche possano ritenersi offensive. Ciò potrebbe contribuire a individuare una procedura operativa e una maggiore definizione dei limiti contenutistici dei vincoli relativi al divieto di comunicazioni commerciali violente o che offendano le convinzioni morali, civili e religiose, stabilite dal Codice di Autodisciplina della comunicazione commerciale³⁵.

D'altro canto, appare potenzialmente aperto a critiche il riconoscimento di un potere così ampio in capo alla Giunta comunale, organismo non rappresentativo della voce delle minoranze politiche: si

³³ Tar Emilia-Romagna, sez. II, sent. n. 845/2022, p. 3.

³⁴ Bisogna peraltro evidenziare che il Tar Umbria, sez. I, sent. n. 236/2019 ha annullato l'ordinanza n. 39/2018 del Sindaco di Magione (PG) che disponeva la rimozione di manifesti dell'associazione ProVita e Famiglia Onlus, che raffiguravano l'immagine di un feto, con la scritta «Tu eri così a 11 settimane...e ora sei qui perché tua mamma non ti ha abortito». Secondo il giudice amministrativo, l'ordinanza adottata ex artt. 50 e 54 TUEL è viziata da incompetenza, poiché in base alla disciplina del Testo Unico degli Enti Locali, gli atti spettanti al Sindaco sono indicati in maniera tassativa nell'atto normativo e la competenza residuale spetterebbe alla Giunta. Il Regolamento comunale sulle affissioni, peraltro, non attribuisce al Sindaco alcuna competenza ad adottare provvedimenti di rimozione come quello impugnato.

³⁵ Il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale è adottato dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, un'associazione nazionale che opera a tutela di consumatori, imprese e pubblico e che offre un sistema di auto-regolamentazione dell'intero settore pubblicitario.

potrebbe, infatti, pensare che, a seconda dell'orientamento prevalente nel Comune in un dato momento, il margine delle decisioni assunte possa variare sensibilmente, indicando in modo non trascurabile sull'effettiva garanzia del pluralismo che anima la libertà di espressione.

Il secondo – e più importante – profilo di interesse riguarda però il contenuto del manifesto rimosso: il Tar rileva che esso equipara espressamente un farmaco (la pillola abortiva RU486) ad un veleno, dichiarando che esso reca rischi per la salute delle donne. Secondo il giudice amministrativo, il contenuto del manifesto è «oggettivamente non veritiero e suscettibile di condizionare in modo fuorviante e ingannevole» l'impiego di un farmaco approvato dalle competenti autorità nazionali.

La direzione assunta dalla pronuncia è dunque evidente: senza entrare nel merito dell'orientamento ideologico o della particolare sensibilità della tematica dell'aborto nella società italiana, il giudice amministrativo si limita a confermare la necessità che ogni informazione messa a disposizione della generalità della popolazione abbia contenuti veritieri. A maggior ragione, ci si sente di aggiungere, qualora tali informazioni abbiano ad oggetto questioni particolarmente sensibili e delicate sia a livello sociale che dal punto di vista medico e sanitario e siano disciplinate dalla legge.

Ad una analoga soluzione, valorizzando il contenuto del “Regolamento comunale in materia di esposizione della pubblicità e di pubbliche ammissioni”, del Comune di Roma Capitale, era pervenuto anche il Tar Lazio, sede di Roma, nel 2020, con riferimento alla campagna pubblicitaria recante il seguente messaggio: «l'aborto è la prima causa di femminicidio nel mondo»³⁶. In quell'occasione, il giudice amministrativo riconosce – prima – un ampio potere discrezionale in capo all'amministrazione comunale che deve valutare «alla luce del contesto storico di riferimento e nell'ambito dei vari interessi in gioco, anche di rilevanza costituzionale, se il contenuto del messaggio pubblicitario sia, o meno, rispettoso, per quanto qui rileva, “delle libertà individuali” o “dei diritti civili”». Ci si aspetterebbe, a questo punto, uno scrutinio deferente, limitato alla non arbitrarietà, alla non irragionevolezza e alla «plausibilità» (secondo il criterio enunciato dal Tar stesso) della decisione amministrativa gravata, mentre subito dopo il giudice amministrativo si spinge ad apprezzare il merito del contenuto del messaggio vietato dal Comune resistente. Sostiene infatti il Tar: «Un simile messaggio non appare, in effetti, rispettoso della libertà individuale e del diritto di autodeterminazione della donna di abortire che trovano fondamento costituzionale [...]». Il provvedimento viene dunque considerato non illegittimo e il ricorso rigettato³⁷.

Al di là della parziale incoerenza delle motivazioni della sentenza citata, ciò su cui sembra potersi convenire consiste, ancora una volta, nella delicata individuazione dei limiti alla libertà di espressione, in uno spazio pubblico senza contraddittorio, quando tale manifestazione del pensiero di riferisce all'accesso ad una prestazione sanitaria regolata dalla legge. Al netto del fervente dibattito che ancora anima la materia, pare non potersi negare l'esigenza che anche le campagne informative ideologi-

³⁶ Si tratta di TAR Lazio - Roma, sez. II, sent. n. 12394 del 2020.

³⁷ Ai fini di una migliore comprensione della decisione risulta utile richiamare testualmente l'articolo del “Regolamento comunale in materia di esposizione della pubblicità e di pubbliche ammissioni” del Comune di Roma Capitale, utilizzato dal Tar Lazio quale parametro interposto, rispetto all'art. 2, co. 2, del d.lgs. 507/1993, per valutare la legittimità del provvedimento: «È altresì vietata l'esposizione pubblicitaria il cui contenuto sia lesivo del rispetto delle libertà individuali, dei diritti civili e politici, del credo religioso, dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, delle abilità fisiche e psichiche» (art. 12-bis).

camente connotate, pur nella volontà di veicolare immagini o concetti provocatori, rispettino comunque il limite di un contenuto rispondente a verità.

Su questa linea, a completamento dell'analisi relativa ai limiti concernenti la libertà di manifestazione del pensiero all'intersezione con l'aborto o i servizi ad esso collegati, possiamo evidenziare come nel nostro ordinamento, in modo condivisibile, sulle autorità pubbliche gravi l'onere di verificare il contenuto delle informazioni concernenti un trattamento sanitario regolato con legge dello Stato e rientrante nei livelli essenziali delle prestazioni. Tale controllo è finalizzato, naturalmente alla verifica della veridicità delle comunicazioni, anche (e soprattutto) a tutela della salute delle persone che potrebbero fruire di quella prestazione³⁸.

4. A cavallo tra libertà di espressione e libertà di coscienza: alla ricerca di un difficile equilibrio

Più complessi appaiono, invece, i termini del bilanciamento laddove la libertà di espressione intersechi altri interessi costituzionalmente rilevanti, quali la libertà di coscienza e religione e richieda di misurare i termini della comunicazione non solo sul piano dei limiti sinora indagati e della veridicità delle informazioni trasmesse, ma anche nel raffronto tra le diverse posizioni in gioco.

In questo caso, il punto di bilanciamento non può dipendere dal peso attribuibile in astratto ad uno o all'altro diritto, ma richiede di essere necessariamente parametrato rispetto alla questione concreta e al caso specifico. Minime sfumature di significato, infatti, possono mutare in modo rilevante il peso dei fattori da bilanciare.

A questo proposito, la vicenda relativa al manifesto promosso dall'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (di seguito UAAR) e riguardante l'obiezione di coscienza in sanità offre alcuni interessanti spunti di riflessione circa la difficoltà nel tracciare un confine ponderato tra diritti in conflitto, senza imporre ad uno un sacrificio eccessivo³⁹. A differenza del caso relativo al manifesto contro l'aborto farmacologico, nel quale la libertà di coscienza e religione era stata solamente invocata dall'associazione ricorrente, senza essere però considerata giuridicamente rilevante dal Tribunale amministrativo, la campagna di informazione proposta da UAAR offre una prospettiva ulteriore.

Il Comune di Genova aveva, infatti, imposto la modifica dei contenuti del bozzetto di un manifesto pubblicitario che rappresentava una immagine bipartita, che giustapponeva (con differenti gradazioni cromatiche) il busto di un medico (identificato da camice e stetoscopio) e quello di un ministro del culto cristiano (identificato dall'abito talare e dal crocefisso), con la scritta: «Testa o croce? Non affidarti al caso. Chiedi subito al tuo medico se pratica qualsiasi forma di obiezione di coscienza». Secondo l'amministrazione locale, tale manifesto ledeva la libertà di coscienza individuale e i diritti delle

³⁸ Per alcuni spunti relativi alla lotta che, a livello istituzionale, è stata ingaggiata contro le *fake news* durante l'emergenza pandemica, v. B. PONTI, *La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilevi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al COVID-19 sul web e sui social network»*, in *BioLaw Journal*, Special issue 1, 2020, 635.

³⁹ Come ricordato da Corte cost., sent. n. 85/2013, «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri», talché nessun diritto può espandersi illimitatamente sugli altri, sino a divenire «tiranno».

confessioni religiose. D'altro canto, l'UAAR, ricorrendo in giudizio, sosteneva l'inappropriatezza del controllo di merito operato dal Comune e la conseguente lesione della libertà di manifestazione del pensiero.

Il ricorso è stato oggetto, dapprima, di accoglimento (parziale) da parte del Tar Liguria, ma è stato, in secondo grado, rigettato dal Consiglio di Stato⁴⁰. Proprio dal raffronto delle argomentazioni sviluppate nei due gradi di giudizio, possono essere tratte alcune considerazioni in chiave critica sulla difficoltà nella definizione dei confini della libertà di manifestazione del pensiero in questi contesti tanto delicati. Come rilevato dal Tribunale amministrativo regionale, infatti, la vicenda si colloca in un «tessuto assiologico di preminente rilevanza ordinamentale, involgendo l'interazione tra libertà fondamentali e diritti incompressibili della persona, quali la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di autodeterminazione circa la scelta, di rilievo bioetico, di avvalersi della clausola di obiezione di coscienza da parte dei medici». Sebbene nel manifesto oggetto del contendere non fosse espressamente indicato, il riferimento parrebbe essere alla facoltà prevista dall'articolo 9 della legge n. 194/1978 che, come si è già evidenziato, da tempo genera un fitto dibattito⁴¹.

Ad avviso dei giudici liguri, l'accostamento tra esercizio dell'obiezione di coscienza e religione cattolica, proposto attraverso la rappresentazione dell'abito talare con crocifisso, non è tale da ledere la libertà religiosa dei medici obiettori o da generare odio nei confronti della religione cattolica. Essa si limita ad accostare il simbolo religioso «all'orientamento tradizionalmente espresso dalla religione cattolica» sull'IVG e suggerisce la «necessaria ponderazione» nella scelta del medico da parte della donna che si accosti a tale trattamento. In aggiunta al bozzetto del manifesto, la campagna informativa prevedeva ulteriori immagini, con frasi più dettagliate e dai contenuti non veritieri, sulle quali il giudice amministrativo regionale adotta, invece, un approccio severo, confermando il diniego opposto dall'amministrazione comunale⁴².

Di diverso avviso è, invece, il Consiglio di Stato, che conclude per la natura discriminatoria del manifesto pubblicitario vietato dal Comune di Genova, poiché esso «appare offendere indistintamente il sentimento religioso o etico» dei medici che optano per l'obiezione di coscienza, conformemente a quanto previsto dalla legge n. 194/1978. La pronuncia del Consiglio di Stato sembra, in alcuni passaggi, spingersi forse eccessivamente nella valutazione del merito della questione, andando a individua-

⁴⁰ Tar Liguria, sez. II, sent. n. 174/2019; Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 2327/2019.

⁴¹ A dire il vero, il manifesto non sembra fare riferimento solo a questa tipologia di obiezione di coscienza ma, come testualmente riportato a «una qualsiasi forma di obiezione di coscienza». A ben vedere, le uniche forme di obiezione di coscienza espressamente previste dalla legge e, per questo, consentite nel nostro ordinamento, sono quelle disciplinate dal citato articolo 9 della legge n. 194/1978 e dall'analoga previsione inserita nella legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Non vi sono, nel nostro ordinamento, altre forme "consentite" di obiezione di coscienza per un medico.

⁴² Come riportato nelle motivazioni della sentenza, tali opuscoli recavano scritte del seguente tenore: «Gli ospedali sono purtroppo pieni di ginecologi obiettori, spesso assunti e promossi proprio per la loro adesione alla dottrina cattolica. Non sono infrequenti i casi in cui ostacolano l'intenzione di interrompere la gravidanza». Il Tar rileva il carattere discriminatorio di tali affermazioni, sottolineandone altresì la natura diffamatoria.

re una serie di motivazioni a sostegno della propria pronuncia che puntano a dimostrare (probabilmente per eccesso) il carattere discriminatorio della campagna⁴³.

Sebbene, dunque, la pronuncia del Consiglio di Stato, in alcuni passaggi, si spinga un po' troppo oltre nell'esegesi della campagna informativa vietata, un aspetto da evidenziare sta nella scelta di fondare la discriminazione nella contrapposizione manichea tra le due opzioni. Ad avviso del Consiglio di Stato, infatti, la posizione del medico non obiettore e di quello obiettore sono equivalenti per l'ordinamento e non è quindi ammissibile che l'una sia trattata in termini negativi rispetto all'altra. Nelle parole del giudice amministrativo, la campagna «appare offendere indistintamente il sentimento religioso o etico, e in particolare dei medici che optano per la scelta professionale di obiezione di coscienza in tema di interruzione volontaria della gravidanza, pur garantita dalla legge 22 maggio 1978, n. 194, art. 9». Qui, forse, pare potersi scorgere un errore ermeneutico dal quale muovono le argomentazioni: disponibilità ad effettuare la prestazione sanitaria e obiezione di coscienza non dovrebbero essere considerate alla pari, solo perché entrambe previste dalla legge. Fra le due, come è noto, sussiste invece un rapporto di regola (fornire una prestazione sanitaria, all'interno del servizio sanitario pubblico, secondo quanto previsto dalla legge) ed eccezione (sottrarsi al proprio dovere professionali per ragioni di coscienza).

Nelle motivazioni non completamente condivisibili della sentenza, vi è un passaggio su cui, effettivamente, si conviene. La campagna UAAR, dovendo necessariamente semplificare, anche per rendere con efficacia il messaggio che desidera veicolare, finisce per far corrispondere l'obiezione di coscienza alla fede cattolica, cadendo nel medesimo errore (quello maggioritario) che rende criticabile l'impostazione del Consiglio di Stato. A tale proposito, i giudici amministrativi rilevano, infatti, che l'immagine «appare negare autonoma dignità all'obiezione mossa da ragioni non già cristiane ma semplicemente etiche ovvero di altra fede religiosa». Il manifesto colpirebbe, dunque, la dimensione religiosa e le convinzioni etiche individuali dei medici obiettori poiché «la pur legittima critica» a tale scelta professionale supera i limiti della continenza, spingendosi sino a valutazioni «lesive dell'altrui dignità morale e professionale». Sebbene il motivo esposto, come si è detto, sia condivisibile, non tanto poiché non tiene conto delle altre ragioni che possono determinare l'obiezione di coscienza, quanto piuttosto perché non considera che tra le fila dei (numericamente inferiori) medici non obiettori vi possano essere anche medici convintamente cattolici, la cui fede o sensibilità potrebbe essere ferita o urtata dal manifesto in questione. Rimane aperta la questione se tale argomento possa dirsi sufficiente per limitare la libertà di espressione e considerare legittimo il divieto d'affissione stabilito dal Comune.

Come si è già avuto modo di rilevare, quando trattasi di pubbliche affissioni, l'esigenza che l'informazione veicolata sia veritiera è dovuta – nei casi sinora menzionati – non solo al fatto che l'interruzione di gravidanza è una prestazione sanitaria disciplinata dalla legge, ma anche (inevitabilmente) alla natura “non dinamica” delle critiche espresse nel manifesto. Con ciò, ci si riferisce al fatto che, pur nell'ambito dello spazio riconoscibile al diritto di critica, l'impossibilità di confutare o reagire a quanto espresso nei manifesti – diversamente da ciò che accadrebbe in occasione di un dibattito

⁴³ Per una lettura critica di questo approccio del giudice amministrativo, v. F. CORTESE, *Laicità e giustizia amministrativa*, in A. CARDONE, M. CROCE (a cura di), *30 anni di laicità dello Stato: fu vera gloria?*, Roma, 2021, in partic. 228-229.



pubblico – impone che tali campagne pubblicitarie non travalichino i contenuti necessari «per il pubblico interesse all’informazione ampia e corretta»⁴⁴.

Il punto per cui la vicenda giurisdizionale (e la parziale divergenza argomentativa tra il Tar Liguria e il Consiglio di Stato) del manifesto dell’UAAR risulta di particolare interesse in questa sede riguarda il difficile temperamento tra una molteplicità di diritti costituzionalmente rilevanti soprattutto laddove si renda necessario porre alcune limitazioni alla libertà di espressione.

In ambiti assiologicamente delicati come quello in esame, in particolare, pare che la regola di giudizio debba restare ancorata al rispetto del pluralismo che rappresenta l’essenza della struttura costituzionale del nostro ordinamento⁴⁵. Da un lato, consentire espressioni discriminatorie o lesive della necessaria tutela spettante alle differenti posizioni morali e valoriali accolte dall’ordinamento (come in questo caso, per mezzo di una legge) comporta un’eccessiva espansione della libertà di espressione del pensiero che travolge indebitamente altri diritti costituzionalmente rilevanti, quali la libertà di coscienza e religione. Dall’altro lato, il tenore delle parole e delle immagini oggetto del contenzioso paiono collocarsi in una zona grigia nella quale non è così oggettivo rilevare un carattere “nettamente” discriminatorio della campagna, sebbene un’eccessiva semplificazione e un’allusione ad “altre” forme di obiezione di coscienza (quelle non previste dalla legge, forse?) sembrano porsi su un delicato crinale tra libera manifestazione del pensiero ed eccesso di critica.

Al fine di garantire il mantenimento del reciproco spazio vitale tra diritti potenzialmente confliggenti, è necessario e inevitabile che la valutazione sia di volta in volta parametrata alle specificità del caso concreto, non essendo possibile limitare la reciproca estensione di tali diritti in astratto.

Si tratta, peraltro, di valutazioni che si sottraggono pure ad una tenuta nel tempo, poiché seguono il mutamento della sensibilità valoriale che caratterizza la naturale evoluzione della struttura assiologica di ogni corpo sociale composito e pluralista. È pertanto inevitabile che, in queste dinamiche che possono assumere talvolta tratti oppositivi, resti centrale il ruolo della giurisprudenza, che deve però mantenersi immune da condizionamenti ideologici, puntando invece a tutelare e proteggere pienamente il pluralismo di cui si nutre il tessuto costituzionale.

5. Per non tradire la libertà d’espressione: i rischi delle derive dell’estremismo ideologico

L’estensione della libertà di manifestazione del pensiero, quando ha ad oggetto la tematica dell’aborto considerata in senso lato, è potenzialmente molto ampia e tale da intersecare altri diritti costituzionalmente rilevanti. Fra questi, in particolare, i terreni di maggior frizione possono essere individuati all’incrocio con la libertà di riunione e associazione, con l’interesse generale alla diffusione e disponibilità di informazioni veritiere, con i principi che governano la costruzione della relazione di cura e fiducia tra paziente e medico e, non ultimo, con la libertà di coscienza e di religione. Come abbiamo visto, inoltre, diverse declinazioni e sfumature possono essere apprezzate laddove il piano

⁴⁴ I virgolettati si riferiscono a passaggi di Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 2327/2019. Per un commento alla sentenza cfr. C. CONTESSA, *Libertà di espressione, rispetto del sentimento religioso e obiezione di coscienza in materia di aborto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 1008.

⁴⁵ Circa il rapporto tra ordinamento costituzionale e pluralismi, v. A. D’ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 105; C. PICIOCCHI, *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 115.

d'osservazione di sposti dal diritto interno alla dimensione sovranazionale o internazionale, come con gli *abortion information cases* degli anni Novanta, oppure a seconda di come l'oggetto della comunicazione o informazione sia disciplinato da un dato ordinamento giuridico. In altre parole, a seconda che l'aborto sia regolato con legge o sia vietato, può mutare l'estensione della libertà di espressione e, di conseguenza, i limiti che si possono ad essa opporre.

Dal punto di vista della natura della libertà di manifestazione del pensiero, la prospettiva adottata ha consentito di differenziare il diritto in tre piani principali, ascrivibili alla posizione attiva o passiva di chi fornisce o riceve le informazioni sull'aborto, alla volontà positiva o negativa di ricevere o rifiutare le informazioni. Infine, sul piano dei soggetti, si è valorizzata la distinzione tra un dovere di fornire informazioni (veritiere) e i corrispettivi limiti alla libertà di informazione.

L'alto potenziale divisivo dell'argomento scelto quale oggetto di indagine, ossia l'aborto, ha permesso di disporre di un ricco materiale a partire dal quale disegnare i contorni di tale libertà, pur nella consapevolezza della relatività spazio-temporale di ogni considerazione. Come abbiamo sopra accennato, infatti, la necessaria tutela e promozione del pluralismo in uno stato democratico di diritto e la rapida evoluzione del sentire sociale che, almeno da cinquant'anni accompagna il dibattito sui diritti riproduttivi, impone di ponderare in concreto ogni valutazione e di ricalibrarla in corrispondenza del potenziale mutamento degli assetti valoriali della compagine sociale.

Ciononostante, traendo alcune linee direttrici dalla giurisprudenza esaminata, è possibile riassumere l'estensione della libertà di manifestazione del pensiero riguardo all'aborto distinguendo una prevalente e più estesa dimensione attinente al diritto-dovere di informazione da una riguardante la mera diffusione di contenuti (puranche) ideologicamente orientati. Con riguardo al primo profilo, pare inevitabile constatare che, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, indipendentemente dalla tipologia di regolamentazione dei servizi abortivi in un dato Stato membro, non possano essere opposte restrizioni alla diffusione di informazioni concernenti l'accesso a tali servizi nel territorio dell'Unione europea. Sebbene qualche dubbio possa riguardare i soggetti effettivamente titolati a diffondere queste informazioni, non vi è margine di interpretazione circa il dovere che le informazioni fornite siano veritiere e non discriminatorie.

Per quanto, poi, attiene al più ristretto ambito dell'effettivo accesso ai servizi, è necessario e rientra nei doveri professionali del medico e del personale sanitario informare la donna in modo completo e rispettoso della sua dignità sulla natura del trattamento e su ogni aspetto necessario alla costruzione del consenso informato.

Circa i profili più ideologicamente orientati, abbiamo invece visto quanto divenga delicata la definizione limiti alla libertà d'espressione, laddove i contenuti che si desiderano diffondere siano potenzialmente lesivi della dignità o della sensibilità di alcuni oppure siano offensivi o discriminatori. In questi casi, appare ragionevole il solco che la giurisprudenza amministrativa presa in esame ha recentemente tracciato e che può essere sintetizzato nell'esigenza che, sebbene espressione di una particolare visione culturale o assiologica, i manifesti e gli opuscoli che si vuole diffondere non contengano informazioni false o insinuanti.

Quello che emerge come filo rosso dall'intera trattazione, infine, riguarda la natura «poliedrica» della libertà di espressione⁴⁶ e, in particolar modo, la sua duplice natura di diritto sicuramente individuale (tanto dal lato passivo quanto da quello attivo), ma anche e soprattutto relazionale. Ciò che si intravede, talvolta espressamente, talaltra più in controluce dalle pronunce esaminate attiene, infatti, all'impatto che una data comunicazione o informazione può avere sulla collettività e sulla tutela dell'interesse della generalità a potersi costruire una propria idea indipendente, soprattutto su un tema tanto controverso quanto quello dell'aborto e a ricevere, a tal fine, informazioni veritiere o spunti di riflessione che, pur essendo di parte, rispettino la dignità delle posizioni divergenti.

Se, a fronte di queste considerazioni, possiamo concludere nel senso dell'oggettiva criticità della soluzione raggiunta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Becerra*, proprio per l'obliterazione dell'esigenza di fornire informazioni complete e veritieri alle utenti di un servizio sanitario, dobbiamo constatare l'esigenza che le istituzioni dello Stato si mantengano attente nel vigilare sul rispetto dei vincoli individuati, per «impedire la formazione di posizioni dominanti»⁴⁷ e per promuovere lo sviluppo del «libero mercato delle idee»⁴⁸, tutelando la libertà di espressione quale «pietra angolare dell'ordine democratico»⁴⁹.

⁴⁶ G.E. VIGEVANI, Art. 21, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, cit., 159.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ V. CRISAFULLI, *Problematica della "libertà d'informazione"*, in *Il Politico*, 2, 1964, 297.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 84/1969; 206/2019.

“To Be or Not to Be: This is the Question”.
L'Unborn Human Being nell'esperienza giuridica statunitense
statale e federale prima e dopo il caso Dobbs v. Jackson Women's
Health Organization

*Laura Fabiano**

“TO BE OR NOT TO BE: THIS IS THE QUESTION”. THE UNBORN HUMAN BEING IN THE FEDERAL AND STATES US EXPERIENCE BEFORE AND AFTER DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION
Abstract: In the United States, especially at the state level, the unborn child has already been widely acknowledged as human being overcoming the so called “born alive rule”. A line of demarcation is that in which the recognition of the human being to be born as a “person” contrasts with the protection of the fundamental rights of the mother. This debate has been fired up by Dobbs case.

KEYWORDS: Abortion; fetal rights; maternal rights; self-determination; federalism

ABSTRACT: Nell'esperienza statunitense, soprattutto in ambito statale, all'individuo ancora nel grembo materno sono già stati ampiamente riconosciuti dei diritti ed uno status di “individualità umana” a prescindere dal verificarsi della nascita superando con ciò la c.d. “born alive rule” inizialmente affermata in ambito giurisprudenziale. La linea di confine oltre la quale, tuttavia, la giurisprudenza non sembra essersi spinta è quella ove il riconoscimento dell'*unborn human being* quale “persona” si pone in contrapposizione con la tutela dei diritti fondamentali materni. Ciò considerando, risulta evidente la ragione per cui, a fronte di alcune linee argomentative proposte nella sentenza *Dobbs*, il dibattito dottrinale, dell'opinione pubblica e finanche giurisprudenziale sul tema sia stato sollecitato con nuovo vigore.

PAROLE CHIAVE: Aborto; diritti fetali; diritti materni; autodeterminazione; federalismo

SOMMARIO: 1. L'aborto, il caso *Dobbs* e le scelte assiologiche concernenti i diritti riproduttivi – 2. L'*Unborn human being* nell'apparato argomentativo della decisione *Dobbs* – 3. Gli *Human Right Amendments* e le *Personhood Provisions* nel diritto federale e statale e l'impatto della decisione *Dobbs* sulla loro interpretazione – 4. L'*Unborn human being* quale vita potenziale (ancora parte della madre) o vita concreta ed entità autonoma – 5. La scissione dell'identità fetale dall'identità materna nel diritto federale: L'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004 – 6. Dall'autonomia al possibile antagonismo: diritti fetali v. diritti materni nella giurisprudenza statale e

* Professore Associato di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari “A. Moro”. Mail: laura.fabiano@uniba.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

federale – 7. Diritti fetali e autodeterminazione femminile fra teorie riduzioniste e personaliste del concetto di individualità umana.

1. L'aborto, il caso *Dobbs* e le scelte assiologiche concernenti i diritti riproduttivi

Il tema dei diritti riproduttivi, a ragione delle profonde implicazioni morali cui esso è inevitabilmente collegato, costituisce da sempre, nell'esperienza statunitense, un terreno di aspre controversie e di acceso dibattito¹.

Lo scontro sul diritto all'aborto (fra difensori delle politiche *pro choice* e sostenitori delle scelte normative e giurisprudenziali *pro life*) rappresenta solo uno fra i numerosi argomenti collegati al più ampio tema della libertà riproduttiva nell'ambito del quale si possono ricomprendere altre complesse tematiche quali la contraccezione, il diritto all'identità sessuale, l'induzione alla gravidanza attraverso tecniche di assistenza alla fecondazione, l'utero in affitto, la selezione eugenetica degli embrioni, ecc. Si tratta di questioni apparentemente molto diverse fra loro ma tutte collegate da elementi assiologici comuni e, dunque, le scelte che attengono a ciascuna fra queste tematiche finiscono inevitabilmente per condizionare il dibattito sulle opzioni politiche concernenti le altre².

Non sorprende pertanto che la recente decisione *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*³ con la quale la Corte suprema degli Stati Uniti d'America, disconoscendo i precedenti storici in tema di diritto all'aborto nell'esperienza statunitense (*Roe v. Wade*⁴ e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁵), ha sancito l'inesistenza nella Costituzione federale di una qualunque garanzia del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza (e, di conseguenza, la rinnovata possibilità per gli Stati di disciplinare del tutto autonomamente tale ambito), abbia prodotto un'enorme reazione sociale, politica e mediatica non solo per le sue più strette conseguenze (il fatto "nudo e crudo" che in numerosi Stati della Federazione l'accesso all'aborto è oramai vietato e spesso criminalizzato⁶) ma anche per le implicazioni più ampie connesse a tale decisione e collegate all'impatto che la motivazione che correde il disposto della sentenza *Dobbs* potrà produrre su molte altre tematiche etiche sulle quali, nell'esperienza statunitense, si consumano scontri ideologici profondi e violenti⁷.

Le ragioni argomentative elaborate nel caso *Dobbs* si fondano su concettualizzazioni che sottendono ad assiomi innovativi del panorama valoriale in relazione al quale si sono precedentemente compiute le scelte normative e giurisprudenziali attinenti la tutela e la valorizzazione dei diritti di autodetermi-

¹ Cfr. G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, reperibile all'url: <https://www.biodiritto.org/Pubblicazioni/Gruppo-BioDiritto/Papers-selezionati-in-seguito-alla-call-Le-Corti-e-l-inizio-della-Vita>; S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 257 ss.

² Cfr. S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Il Governo del Corpo*, I, Milano, 2022, spec. 1341 ss.

³ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022).

⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992).

⁶ Su cui si rinvia al rapporto del *Committee on Health, Education, Labor, & Pensions Democratic Staff Report, Impacts of a Post-Roe America. The state of abortion policy after Dobbs*, August 1, 2022. Reperibile all'url: <https://www.help.senate.gov/imo/media/doc/8.01.2022%20Final%20Post-Dobbs%20Report.pdf>.

⁷ Sul punto cfr. L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2022, 5 ss.

nazione riproduttiva. Ciò in quanto la decisione sembra aprire alla tematica dei diritti dell'*unborn child* (che nella sentenza è più volte definito, richiamando la legge del Mississippi oggetto del ricorso, "*unborn human being*") contrapposti ai diritti di autodeterminazione materna.

La questione attiene al dibattuto tema dello "statuto del nascituro", argomento che si spinge al di là del riconoscimento di alcuni diritti in capo al concepito subordinati all'"evento nascita"⁸ (momento a partire dal quale è prevalentemente attribuita la capacità giuridica alla persona fisica)⁹. Il tema, difatti, si riferisce, più profondamente, alla concezione dell'essere umano in fase prenatale (embrione o feto a seconda della fase gestazionale) come "qualcuno" piuttosto che "qualcosa"¹⁰ con tutte le conseguenze in termini giuridici che tale presupposto comporta¹¹.

⁸ Cfr. Come noto, il nascituro può, ad esempio, ereditare in una successione o essere destinatario di una donazione. La validità di tali atti negoziali è tuttavia subordinata all'evento nascita, momento a partire dal quale l'atto si perfeziona (ed in vista del quale è possibile che i genitori curino gli interessi del nascituro stesso). Con riguardo all'ordinamento italiano cfr. F.D. BUSINELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Democrazia e Diritto*, 1988, 213 ss. Cfr. inoltre P. RESCIGNO, *Nascita (dir. civ.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1965, 11 ss.; F. SCARADULLA, *Nascita (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Milano, 1977, 520 ss.; A. FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1982, 473; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1982, 499 ss.; P. RESCIGNO, *Nascita*, in *Digesto Civile*, XII, Torino, 1995, 1 ss.; P. ZATTI, *I dilemmi della nascita*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, 1998, 897 ss.

⁹ I principali codici civili europei prevedono, al pari del codice civile italiano che «La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita» (art. 1 c. 1 e 2) su cui cfr. F. GIARDINA, *art.1*, in *Commentario al Codice civile*, A. BARBA, S. PAGLIANTINI, (a cura di), 2012; il c.c. spagnolo all'art. 29 prevede che «*El nacimiento determina la personalidad; per el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*» e all'art. 30 aggiunge che «*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*» Il BGB tedesco all'articolo 1 sancisce a propria volta che «la capacità giuridica inizia con il completamento della nascita». La normativa statunitense che riconnette la personalità giuridica alla nascita sarebbe da ricercarsi in via interpretativa, secondo una certa dottrina, in quanto letteralmente disposto nel XIV Emendamento ed al riferimento alla nascita che tale disposizione prevede ove sancisce che la cittadinanza statunitense è attribuita a «tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti d'America e soggette alla sua giurisdizione [...]». Si tratta, come risulta evidente, di una forzatura interpretativa in quanto è palese come la dicitura del XIV Emendamento intendesse tracciare una differenziazione fra cittadini e stranieri piuttosto che fra nati e "non nati" e tuttavia è innegabile che il momento della nascita venga posto quale spartiacque a partire dal quale considerare sussistente il godimento di alcuni specifici diritti. Sul punto cfr. K.J. HOLLOWELL, *Defining a Person under the Fourteenth Amendment: a Constitutionally and Scientifically Based analysis*, in *Regent University Law Review*, 14, 67 ss, 2001-2002.

¹⁰ L'espressione è mutuata dal volume di G.M. CARBONE, *L'embrione umano: qualcosa o qualcuno?*, 2005. Sul tema la dottrina è ampia. Si rinvia in generale a Cfr. P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1990, 438 ss.; L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e biogiuridica*, in *Medicina e Morale*, 53, 2, 2004, 301 ss.; G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2004, 13 ss.; G. BISCONTINI, L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002; R.C. BARRA, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Jus*, 2000, 157 ss.; V. DURANTE, *La "semantica dell'embrione" nei documenti normativi: uno sguardo comparatistico*, in *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 13, 4, 2010, 37 ss., <https://doi.org/10.30899/dfj.v4i13>.

¹¹ Cfr. A. GVOZDEN, *Fetal protection laws and the "personhood" problem: toward relational theory of fetal life and reproductive responsibility*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 112, 2, 2022, 407 ss. Sul tema, per un'analisi generale, si rinvia a V.L. RAPOSO, C. PRATA, I. ORTIGAO DE OLIVEIRA, *Human Rights in Today's Ethics: Human Rights of the Unborn (Embryos and Foetus)?*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 62, 63, 2008, 95-111.

Come si vedrà, nell'esperienza statunitense, soprattutto in ambito statale, all'individuo ancora nel grembo materno sono già stati ampiamente riconosciuti dei diritti ed uno *status* di "individualità umana" a prescindere dal verificarsi della nascita superando con ciò la c.d. "*born alive rule*" inizialmente affermata in ambito giurisprudenziale¹². La linea di confine oltre la quale, tuttavia, la giurisprudenza non sembra essersi spinta è quella ove il riconoscimento dell'*unborn human being* quale "persona" si pone in contrapposizione con la tutela dei diritti fondamentali materni. Ciò considerando, risulta evidente la ragione per cui, a fronte di alcune linee argomentative proposte nella sentenza *Dobbs*, il dibattito dottrinale, dell'opinione pubblica e finanche giurisprudenziale sul tema sia stato sollecitato con nuovo vigore.

2. L'*Unborn human being* nell'apparato argomentativo della decisione *Dobbs*

Come noto, il caso *Dobbs* concerneva la legittimità del *Mississippi's Gestational Age Act*¹³, un atto normativo in base al quale era posto un divieto statale all'interruzione volontaria della gravidanza dopo 15 settimane dall'inizio della gestazione¹⁴. Ad esito della decisione della Suprema Corte tale normativa è stata considerata legittima e la Corte ha ripudiato gli storici precedenti federali che garantivano il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza nel contesto giuridico statunitense.

Al fine di effettuare l'*overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey*, il giudice redattore Alito ha fatto uso del c.d. *Glucksberg test* partendo dalla constatazione per cui le clausole del *Due process* e dell'*Equal protection* del XIV Emendamento garantiscono la protezione di diritti non espressamente menzionati in Costituzione nel rispetto, tuttavia, di alcuni parametri (delineati nel precedente *Washington v. Glucksberg*¹⁵). In base alla decisione *Glucksberg* un diritto per essere considerato implicitamente garantito

¹² *Dietrich v. Inhabitants of Northampton, Massachusetts Supreme Judicial Court, 138 Mass. 14 (1884)*. Su tale giurisprudenza e sul suo superamento si rinvia al prosieguo del contributo.

¹³ *House Bill 1510* del 2018.

¹⁴ Salvo in casi di gravi emergenze mediche o di severe condizioni di abnormità del feto.

¹⁵ *Washington v. Glucksberg, 521 US 702 (1997)* in cui la Suprema Corte ha negato l'esistenza nella Costituzione federale di un diritto al suicidio assistito (nei termini di omicidio del consenziente sulla base della *Due process clause*). Sull'utilizzo da parte della maggioranza della Corte del *Glucksberg test* è possibile avanzare qualche riflessione critica connessa alla fragilità argomentativa e di qualificazione giuridica che esso può innescare. Ciò che è accaduto, ad esempio, in occasione del caso *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach, 495 F.3d 695 (D.C. Cir. 2007), cert denied, 552 U.S. 1159 (2008)* quando la Corte di Appello per il distretto della Columbia ha negato l'esistenza del diritto dei malati terminali ad utilizzare farmaci sperimentali mentre, in maniera evidente, il tema andava qualificato in relazione al diritto individuale di salvarsi la vita con tutti i mezzi leciti a propria disposizione. La decisione è commentata sull'*Harvard Law Review, 121, 2008, 185 ss.* Cfr. inoltre P.W. LESLEY, *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. Von Eschenbach: Access to Experimental Drugs: Is Access to Experimental Drugs a Fundamental Right When it Comes to the Treatment of the Terminally Ill?*, in *North Carolina Central University Science & Intellectual Property Law Review, 10, 1, Article 2, 27 ss.* 2017. La questione qualificatoria nella valutazione circa la sussistenza o meno di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito non è nuova all'esperienza della Corte suprema sol se si consideri la famigerata sentenza *Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)* ove il supremo giudice federale sancì l'inesistenza nella Costituzione di un "diritto alla sodomia" (e, sulla base di ciò, la legittimità delle leggi statali che sanzionavano i rapporti omosessuali) pur inquadrandosi la questione (come la stessa Corte diversi anni dopo chiarì nella sentenza *Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)*) nella diversa determinazione circa la portata del diritto alla *privacy* secondo i canoni costituzionali.

dalla Costituzione federale deve essere profondamente radicato nella storia e nelle tradizioni della Nazione («*deeply rooted in this Nation's history and tradition*») o deve essere considerato implicito nel concetto di "libertà ordinata" («*implicit in the concept of ordered liberty*») che caratterizza l'ordinamento statunitense¹⁶.

In una lunga parte della motivazione il giudice Alito si sofferma pertanto a valutare se l'aborto possa essere considerato un diritto radicato nella storia e nelle tradizioni statunitensi giungendo alla conclusione per cui tale tipo di profondo legame non sussista¹⁷. Successivamente, il redattore della decisione di maggioranza procede a valutare se l'aborto possa essere considerato un diritto implicito nel concetto di "libertà ordinata" che connota l'ordinamento del Paese. L'espressione "*ordered liberty*", che risale ad uno *standard* elaborato dal giudice Cardozo nella decisione *Palko v. Connecticut*¹⁸, viene utilizzata nella parte della decisione nella quale il giudice Alito si impegna a decostruire il rapporto di connessione fra il diritto alla *privacy* e il diritto all'aborto spostando il piano della motivazione sul tema della corretta interpretazione della portata del diritto alla *privacy* inteso come diritto che garantisce la libera autodeterminazione individuale.

La decisione richiama, dunque, il principio affermato in *Roe* per cui l'aborto è un diritto sotteso alla libera autodeterminazione individuale (garantito dall'*autonomy privacy*) e tuttavia tale diritto, pur delineato in questi ampi termini, non implica, secondo Alito, un'incondizionata libertà individuale in quanto la convivenza sociale necessita che la libertà individuale sia "*ordered*" ovvero limitata in un rapporto di bilanciamento con tutti gli altri diritti ed interessi che l'ordinamento è tenuto a garantire¹⁹. La sentenza evidenzia, in primo luogo, il fatto che la decisione *Roe* si fondi su un'interpretazione del diritto all'autodeterminazione personale che, oltre a non essere condivisa da molti Stati, è troppo ampia ("*too much*"²⁰) giacché, in realtà, implicherebbe la necessità di sdoganare anche molti altri limiti (quali, ad esempio, droga e prostituzione)²¹. Inoltre, l'opinione di maggioranza critica il ragionamento argomentativo di *Roe* in relazione al fatto che nella sentenza del 1973 vengono richiamate numerose decisioni concernenti la libertà di autodeterminazione individuale (*Loving v. Virginia*²², *Turner v. Safley*²³, *Griswold v. Connecticut*²⁴, *Eisenstadt v. Baird*²⁵) ma non si tiene conto che in quei precedenti il diritto reclamato non si bilanciava con alcun interesse contrapposto di pari grado come invece, evidentemente, accade nel caso dell'aborto ove è necessario bilanciare la volontà materna di

¹⁶ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 11-30.

¹⁷ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 11 ss.

¹⁸ *Palko v. Connecticut*, 302 US 319 (1937). Il concetto di "*ordered liberty*" nella ricostruzione dei diritti impliciti nella protezione offerta dalla *Due process clause* è richiamato nella giurisprudenza successiva della Suprema Corte. Cfr. ad esempio *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) at 721.

¹⁹ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 30 ss.

²⁰ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

²¹ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

²² *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

²³ *Turner v. Safley*, 482 US 78 (1987).

²⁴ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

²⁵ *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

interrompere una gravidanza con il fatto che un aborto comporta la soppressione di un “*unborn human being*”²⁶.

Tenuto conto di queste considerazioni²⁷ i precedenti *Roe* e *Casey* sono dichiarati *overruled* e la Corte stabilisce che le normative statali che impongono un divieto o una qualunque normazione concernente l’aborto vanno valutate secondo il *rational based standard of review*; giacché l’aborto, infatti non è un diritto costituzionalmente garantito, le normative che lo restringono godono di una “*strong presumption of validity*” e, per essere legittime, devono essere razionali e orientate al perseguimento di un legittimo interesse statale²⁸. Sulla base di tale rinnovato *standard* di valutazione il *Mississippi’s Gestational Age Act* è considerato, dunque, costituzionalmente legittimo.

Il riferimento ai diritti prenatali quali contraltare del diritto materno all’autodeterminazione riproduttiva non si esaurisce nella lettura della parte argomentativa redatta dal giudice Alito. Esso, difatti, riecheggia (in forme sfumate) anche nell’apparato motivazionale che sostiene le opinioni concorrenti del giudice Kavanaugh e del *Chief Justice* Roberts.

L’opinione concorrente del giudice Kavanaugh pare rafforzare “per differenza” l’idea che la maggioranza della Corte sostenga i diritti del feto: il giudice Kavanaugh sottolinea difatti più volte, nella propria opinione individuale, che in merito al tema dell’aborto la Costituzione federale «nulla dice» e pertanto va considerata neutrale. Al pari di Kavanaugh, anche la maggioranza della Corte sostiene che nella Costituzione federale statunitense non si rintracci un diritto all’aborto e tuttavia, nel promuovere tale apparentemente identica osservazione, il giudice concorrente e la maggioranza divergono in termini argomentativi giacché l’*opinion* della Corte, nella parte motiva, ricostruisce ciò che “nella storia e nella tradizione nazionale statunitense è profondamente radicato” in tema di interruzione volontaria della gravidanza e lascia trapelare la sussistenza di una generalizzata aversione all’aborto nelle esperienze statali precedenti al caso *Roe*²⁹. Tale approccio argomentativo sollecita inevitabilmente il dubbio che nell’interpretazione costituzionale si possa, in teoria, rintracciare un inverso divieto di aborto a tutela dell’*unborn human being* i cui diritti sono considerati in diretto rapporto di bilanciamento con i diritti materni. È, in effetti, proprio da tali conclusioni che prende le distanze Kavanaugh quando sostiene che invece, a suo parere, la sentenza *Dobbs* non comporta in alcun modo un’interpretazione costituzionale che possa condurre ad un futuro generalizzato divieto

²⁶ Nell’opinione della Corte il Giudice Alito propone tale osservazione sia in apertura («*Roe’s defenders characterize the abortion right as similar to the rights recognized in past decisions involving matters such as intimate sexual relations, contraception, and marriage, but abortion is fundamentally different, as both Roe and Casey acknowledged, because it destroys what those decisions called “fetal life” and what the law now before us describes as an “unborn human being”*», *Dobbs, Opinion of the Court*, 5) sia a chiusura della motivazione («*What sharply distinguishes the abortion right from the rights recognized in the cases on which Roe and Casey rely is something that both those decisions acknowledged: Abortion destroys what those decisions call “potential life” and what the law at issue in this case regards as the life of an “unborn human being”*», *Dobbs, Opinion of the Court*, 32).

²⁷ Sull’argomentazione della decisione *Dobbs* si rinvia, più approfonditamente, a L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit.

²⁸ Sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 77.

²⁹ Peraltro, la stessa appendice alla decisione Alito (contenente un lungo elenco di risalenti normative statali avverse all’aborto) né vorrebbe essere una plastica conferma.

dell'aborto. Tuttavia, la sua affermazione, tanto più in quanto "solitaria", conferma la sussistenza di questo dubbio più che fugarlo.

Con riguardo all'opinione concorrente del giudice Roberts, egli sostiene che, del deciso *Roe*, vi sia un aspetto da preservare (attinente alla definizione del diritto costituzionale da garantire) ovvero il diritto autodeterminativo della donna di poter decidere sulla propria facoltà riproduttiva ed un aspetto da ripudiare (attinente alle modalità attraverso cui la Corte del 1973 ha ritenuto di garantire il detto diritto) ovvero il concetto di "viability" (e le sue conseguenze normative).

La critica mossa dal giudice Roberts al concetto di *viability* si ancorà, in modo interessante, all'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema; in particolare il *Chief justice* considera importante un decisione adottata dalla Corte suprema federale nel 2007, il caso *Gonzales v. Carhart*³⁰ ove viene affermata con chiarezza l'idea che il feto sia, a prescindere dal momento della vitalità, «un organismo vivente nel grembo materno»³¹. È tale giurisprudenza, secondo Roberts, a dover fungere da nuovo spartiacque per valutare la legittimità di normative che consentono l'aborto entro e non oltre determinati periodi gestazionali da valutarsi, dunque, non più in relazione al concetto "rigido" di *viability*, ma secondo una canone di ragionevole bilanciamento di valori contrapposti ove la garanzia del diritto all'aborto deve comprimersi, per quanto possibile, a vantaggio della vita prenatale del feto senza tuttavia finire per essere rinnegato del tutto.

Ad ulteriore conferma dell'importanza attribuita dalla maggioranza della Corte alla tematica del riconoscimento della vita in fase gestazionale vi è la considerazione per la quale, nell'opinione di Alito, si contesta ai giudici dissenzienti (Sotomayor, Kagan e Breyer) il fatto che gli stessi, nella loro opinione dissenziente, non diano alcun peso ai diritti della vita gestazionale rilevando l'irrazionalità che sarebbe insita nel tentativo dei giudici in dissenso di stabilire un momento (nel corso della gravidanza) a partire dal quale ciò che è consentito può essere vietato. Tale osservazione, che ad una più attenta lettura sembra poco centrata sulle argomentazioni dell'opinione dissenziente (la quale, in realtà, si concentra sul rapporto fra aborto e determinazione individuale piuttosto che sul concetto di diritto all'aborto di per sé) sottolinea una volta in più, se ce ne fosse bisogno, il peso che la tematica del riconoscimento giuridico della vita prenatale assume nell'apparato motivazionale di maggioranza e conferma come il tema sia considerato al centro del dibattito sulla legittimità o meno del diritto all'interruzione della gravidanza.

³⁰ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). Con la pronuncia *Gonzales*, la Corte ha valutato come legittimo il *Partial Abortion Ban Act* del 2003, un Atto del Congresso che vietava una particolare tipologia di aborto considerandolo particolarmente "efferato". La sentenza apre certamente al tema del divieto di una modalità medica di interruzione della gravidanza giustificato da «*ethical and moral concerns*». Sulla decisione cfr. il commento di A. SPERTI *La Corte suprema statunitense e il tema dell'aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso "Roe v. Wade"?* in *Il Foro italiano*, 130, 7-8, 2007, 395, 396, 403, 404.

³¹ *Gonzales v. Carhart*, *Syllabus*: «*by common understanding and scientific terminology, a fetus is a living organism while within the womb, whether or not it is viable outside the womb*».

3. Gli *Human Right Amendments* e le *Personhood Provisions* nel diritto federale e statale e l'impatto della decisione *Dobbs* sulla loro interpretazione

La decisione *Dobbs* non entra nel merito della valutazione tecnica concernente il momento a partire dal quale il prodotto di un concepimento può essere considerato una vita umana³² e, tuttavia, sembra porre tutte le premesse necessarie perché le normative statali possano essere fondate su tale presupposto con tutte le conseguenze che ciò comporta.

La riflessione collegata al tema dei diritti fetali riecheggia forme argomentative utilizzate in passato dai giudici dissenzienti nelle decisioni che si discostavano dalla maggioranza a favore del diritto all'aborto³³ ed è stata posta dai sostenitori delle politiche antiabortiste sin dai primi momenti susseguenti all'adozione della decisione *Roe v. Wade*.

A partire dalla metà degli anni settanta, ad esempio, si sono susseguiti dei tentativi federali di approvazione di c.d. *Human Life Amendments* finalizzati a ribaltare la decisione del 1973 facendo leva sul riconoscimento costituzionale della vita prenatale³⁴. Tali proposte non hanno mai raggiunto un consenso sufficiente per divenire credibili soprattutto a causa del fatto che coloro che si opponevano a tali emendamenti hanno sempre evidenziato le ricadute di tali disposizioni costituzionali su temati-

³² «*Our decision is not based on any view about when a State should regard prenatal life as having rights or legally cognizable interests*», sentenza *Dobbs*, *Opinion of the Court*, 29. Su questo aspetto quanto affermato dalla Corte statunitense sembra analogo a ciò che è stato affermato qualche anno prima dalla Corte Edu nella sentenza del 16 dicembre 2010 (ric. n. 25579/05 del 15 luglio 2005) A, B e C c. Irlanda: «*The Court recalls that it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals including on the question of when life begins. By reason of their "direct and continuous contact with the vital forces of their countries", State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the "exact content of the requirements of morals" in their country, as well as on the necessity of a restriction intended to meet them*» (A, B e C c. Irlanda, punto 223). Qualche riflessione su tale ultima decisione è rinvenibile in S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 aprile 2013, spec. 16 ss.; cfr. anche A. BARAGGIA, *La sentenza A.B. and C. v. Ireland sotto la lente dell'ordinamento irlandese: osservazioni a prima lettura*, in *Rivista AIC*, 2, 2011; D. TEGA, *Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 marzo 2011.

³³ Si pensi ad esempio alle argomentazioni proposte dal giudice White e condivise da Rehnquist nella decisione *Thornburgh v. American College Obstetrician and Gynecologist*, 476 US 747 (1986): «*the termination of a pregnancy typically involves the destruction of another entity: the fetus. However one answers the metaphysical or theological question whether the fetus is a "human being" or the legal question whether it is a "person" as that term is used in the Constitution, one must at least recognize, first, that the fetus is an entity that bears in its cells all the genetic information that characterizes a member of the species homo sapiens and distinguishes an individual member of that species from all others, and second, that there is no nonarbitrary line separating a fetus from a child or, indeed, an adult human being. Given that the continued existence and development – that is to say, the life – of such an entity are so directly at stake in the woman's decision whether or not to terminate her pregnancy, that decision must be recognized as sui generis, different in kind from the others that the Court has protected under the rubric of personal or family privacy and autonomy*», at 792.

³⁴ Fra le diverse proposte discusse la più nota è certamente l'*Hatch Egelton Amendment* la quale, votata al Senato il 28 giugno 1983, riceveva 49 voti sui 63 necessari per poter essere approvata. I dati sono reperibili all'url: <https://www.humanlifeaction.org/downloads/sites/default/files/HLAhghlts.pdf>. Sul punto cfr. D. WESTFALL, *Beyond Abortion: The Potential Reach of a Human Life Amendment*, in *American Journal of Law & Medicine*, 8, 2, 1982, 97 ss.

che ultronee rispetto all'aborto quali la contraccezione e la procreazione assistita. La medesima dinamica si è del resto verificata in ambito statale³⁵ ove, infatti, anche in Stati tradizionalmente conservatori, gli elettori hanno prevalentemente temuto di votare per emendamenti di tal genere in considerazione delle conseguenze di tali revisioni costituzionali sui temi concernenti la contraccezione e la procreazione assistita³⁶.

Ad una revisione costituzionale orientata secondo tali direttrici si è tuttavia approdati in due Stati: sin dal 1988, infatti la Costituzione dell'Arkansas prevede, nell'*Amendment 68 (section 2)*, che «*The policy of Arkansas is to protect the life of every unborn child from conception until birth, to the extent permitted by the Federal Constitution*» prediligendo dunque una dicitura che esplicitamente fa salvo il rispetto di quanto (eventualmente), in modo diverso, sia valutato in relazione all'interpretazione della Costituzione federale; più recentemente, nel 2018, in Alabama, attraverso l'adozione dell'*Amendment 2*, è stata riconosciuta la sacralità della vita prenatale ed i diritti degli *Unborn children*³⁷.

In diversi altri Stati, ove la strada della revisione costituzionale non è stata tentata (o è esplicitamente fallita), sono invece rinvenibili delle *Personhood provisions* in *Statute* adottati dal legislatore sia nell'ambito della disciplina sull'aborto sia quali più generali dichiarazioni di principio³⁸.

La questione del vincolo giuridico posto dalle norme che riconoscono l'inizio vita in momenti precedenti alla nascita è stata posta alla Corte suprema federale nel caso *Akron v. Akron center for Reproductive Health*³⁹ (nel 1983) e, successivamente, nella decisione *Webster v. Reproductive Health Service*⁴⁰ (nel 1989).

Nel caso *Akron*, vergato del Giudice Powell, la Corte, ancora impegnata a confermare (sotto diversi profili) quanto sancito nel precedente *Roe v. Wade*, sanzionava come illegittime diverse disposizioni inserite in un'ordinanza comunale che erano orientate a scoraggiare le donne gravide ad accedere liberamente all'aborto. In un punto della sentenza la Corte si esprime su di una disposizione specifica la quale prevedeva che il medico dovesse informare la donna gravida del fatto che «*the unborn child is a human life from the moment of conception*», previsione che viene sanzionata dalla suprema Cor-

³⁵ Ove ha operato con grande attivismo l'organizzazione *Personhood USA* (personhood.org), un'associazione a sfondo religioso esplicitamente dedicata al tema *pro-life*, che ha posto il riconoscimento della personalità fetale fra i suoi principali obiettivi sin dalla sua fondazione nel 2008. Constatato come troppo difficile da conseguire il tentativo di approdare ad un emendamento costituzionale *pro life* a livello federale tale associazione si è concentrata sul sostegno a proposte referendarie di riforma delle costituzioni statali finalizzate al riconoscimento della vita prenatale.

³⁶ Ciò si è verificato in Stati tradizionalmente conservatori come Nevada, Missouri, Florida, Colorado e Mississippi. Cfr. M. MANIAN, *Lessons from Personhood's Defeat: Abortion Restrictions and Side Effects on Women's Health*, in *Ohio State Law Journal*, 74, 1, 2013, 75 ss.

³⁷ Cfr. L. PELUCCHINI, «*Rights Fell on Alabama: il diritto all'aborto negli Stati Uniti a seguito degli emendamenti costituzionali in Alabama e West Virginia*», in *diritticomparati.it*, 22 novembre 2018.

³⁸ Ariz. Rev. Stat. Ann. § 1-219; Ga. Code Ann. § 1-2-1 (West); Corporations; Kan. Stat. Ann. § 65-6732 (West); Ky. Rev. Stat. Ann. § 311.720 (West); Mo. Rev. Stat. § 1.205; Mont. Code Ann. § 50-20-102 (West); 18 Pa. Stat. and Cons. Stat. Ann. § 3202 (West); Tenn. Code Ann. § 39-15-214 (West); Utah Code Ann. § 76-7-301.1 (West); Utah Code Ann. § 78B-3-109 (West)

³⁹ *Akron v. Akron ctr. for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983).

⁴⁰ *Webster v. Reproductive Health Service*, 492 US 490 (1989).

te perché in contrasto con il vincolo posto nel caso *Roe* aggiungendo che «*a State may not adopt one theory of when life begins to justify its regulation of abortions*»⁴¹.

Il caso *Webster* viene deciso alla fine degli anni ottanta e si rivela invece essere una vicenda giurisprudenziale che, complice un parziale rinnovo nella composizione personale della Corte suprema⁴², fa registrare per la prima volta dal 1973 una parziale inversione di tendenza della giurisprudenza della suprema Corte in tema di aborto.

Il caso concerneva una legge del Missouri la quale poneva delle restrizioni alla pratica dell'aborto nelle strutture pubbliche e stabiliva che i medici valutassero la vitalità del feto a partire dalla ventesima settimana. La Corte adotta una decisione che si presenta molto complessa sotto il profilo strutturale e che denota le tensioni che stanno maturando in seno ad essa⁴³. Nel merito, pur non producendo alcun *overruling* del precedente *Roe*⁴⁴, la Corte pone in discussione molti elementi introdotti in quel caso a partire dalla suddivisione in trimestri della gravidanza quale elemento cui ancorare la sussistenza della vitalità del feto⁴⁵ sottolineando, peraltro, l'importanza dell'interesse statale a tale garanzia a prescindere da un concetto di "viability" determinato, nella decisione *Roe*, in modo giudicato eccessivamente rigido⁴⁶.

⁴¹ *Akron v. Akron ctr. for Reproductive Health*, 462 US 416 at 444 (1983).

⁴² Ai giudici Stewart, Douglas, Burger, e Powell susseguono rispettivamente i giudici O'Connor, Stevens, Scalia e Kennedy, nominati tutti da amministrazioni repubblicane. Tranne il Giudice Stevens, che viene nominato dal Presidente Ford, gli altri *Justice* sono infatti nominati da Reagan. Certamente la Presidenza di nomina non è l'unico elemento da considerare per valutare la giurisprudenza di un giudice della Corte suprema e tuttavia, considerata la connotazione politicamente polarizzata che il dibattito sul tema dell'aborto aveva assunto non può, in questo caso neanche essere trascurata. Sul rapporto fra composizione della Corte suprema e giurisprudenza della stessa si rinvia a L. FABIANO, *Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense nella procedura di nomina dei suoi giudici*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Corti costituzionali. Composizione Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011, 63 ss.

⁴³ Difatti, la Corte raggiunge l'unanimità della decisione, redatta dal giudice Rehnquist, esclusivamente nella parte II-C della sentenza; i giudici White, O'Connor, Scalia e Kennedy si associano alla decisione anche per le parti I, II-A e II-B. Rehnquist inoltre, scrive anche un'opinione concorrente, sottoscritta da White e Kennedy, mentre la O'Connor e Kennedy scrivono ognuno una propria *concurring opinion*. Blackmun è invece autore di una opinione in parte concorrente ed in parte dissenziente sottoscritta da Brennan e Marshall ed infine il giudice Stevens scrive da solo una propria *opinion concurring in part e dissenting in part*.

⁴⁴ La Corte afferma esplicitamente di non aver *overruled* il precedente *Roe* evidenziando peraltro come il caso sottoposto alla sua attenzione, per come è posto, non conduce di per sé a tale disconoscimento: «*Both appellants and the United States as Amicus Curiae have urged that we overrule our decision in Roe v. Wade. Brief for Appellants 12-18; Brief for United States as Amicus Curiae 8-24. The facts of the present case, however, differ from those at issue in Roe. Here, Missouri has determined that viability is the point at which its interest in potential human life must be safeguarded. In Roe, on the other hand, the Texas statute criminalized the performance of all abortions, except when the mother's life was at stake. 410 U.S. at 410 U. S. 117-118. This case therefore affords us no occasion to revisit the holding of Roe, which was that the Texas statute unconstitutionally infringed the right to an abortion derived from the Due Process Clause, id. at 410 U. S. 164, and we leave it undisturbed. To the extent indicated in our opinion, we would modify and narrow Roe and succeeding cases*». *Webster*, part III.

⁴⁵ «*Roe's rigid trimester analysis has proved to be unsound in principle and unworkable in practice*», *Webster*, 492 US 494.

⁴⁶ «*We do not see why the State's interest in protecting potential human life should come into existence only at the point of viability, and that there should therefore be a rigid line allowing state regulation after viability but prohibiting it before viability*» *Webster*, 492 US 519. Nella sentenza viene inoltre avanzata un'affermazione si-

Fra le diverse questioni poste alla Corte nel caso *Webster* figura la valutazione sulla legittimità costituzionale del preambolo della legge impugnata in base al quale «[l]a vita di ogni essere umano inizia al concepimento» e che «i bambini non ancora nati hanno interessi tutelabili nella vita, nella salute e nel benessere». Pronunciandosi su questo punto, nell'evoluzione della vicenda giurisprudenziale, tanto la Corte di Distretto tanto la Corte di appello avevano sanzionato l'illegittimità di tale passaggio. Diversamente, la Corte suprema ritenne che i detti giudici avessero "equivocato" quanto già affermato nel precedente caso *Akron*, e ne rivide il disposto sancendo che le *personhood provisions* non possono implicare alcuna regolamentazione che si ponga in contrasto col precedente *Roe*. La Corte valutò che «Il preambolo non regola, nei suoi termini, gli aborti o qualsiasi altro aspetto della pratica medica» e che, dunque «il § 1.205.2 può essere interpretato come nient'altro che norma orientata ad offrire protezione ai bambini non ancora nati in materia di responsabilità civile e successione, il che è consentito ai sensi della decisione *Roe v. Wade*»; la Corte aggiunse inoltre che «la misura in cui il linguaggio del preambolo potrebbe essere utilizzato per interpretare altri statuti o regolamenti statali è qualcosa che solo i tribunali statali possono decidere in via definitiva e, fino a quando tali tribunali non avranno applicato il preambolo per limitare in qualche modo le attività dei ricorrenti, è inappropriato che i tribunali federali ne valutino l'interpretazione»⁴⁷.

Il tema del vincolo posto dalle *Personhood provisions* e dagli *Human Right Amendments* è stato argomento di valutazione nei decenni scorsi anche da parte di alcune Corti statali le quali, tuttavia, in ossequio ai vincoli giurisprudenziali federali, ne hanno offerto un'esegesi riduttiva. Nel 1994, ad esempio, nel caso *Knowlton v. Ward*⁴⁸, la Corte suprema dell'Arkansas ha svuotato di significato l'Emendamento 68 negandone esplicitamente l'autoesecutività affermando che «*In order for a constitutional provision to be self-executing, there must be language in the provision indicating that it is intended as a present enactment, complete in itself as definitive legislation, or contemplates subsequent legislation to carry it into effect*»⁴⁹.

gnificativa ove la Corte chiarisce che la proclamazione della sussistenza di un diritto all'aborto, garantito nella penombra del XIV Emendamento (attraverso il diritto alla *privacy*), non implica di per sé un necessario impegno statale alla garanzia di accesso delle donne a tale pratica medica⁴⁶. La Corte è consapevole della portata innovativa che la decisione implica, conducendo, peraltro, a disconoscere molte fra le decisioni adottate nel decennio precedente (In particolare la Corte cita i casi *Colautti v. Franklin*, 439 U. S. 379 (1979), and *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983)), e nondimeno sottolinea apertamente il fatto che la questione cruciale alla base di tale particolare inversione giurisprudenziale è che l'aborto è tema che (pur nell'ambito di una cornice costituzionale che spetta alle Corti, ed in particolare alla Corte suprema, bilanciare) dovrebbe essere definito nell'arena del dibattito e dei processi democratici (Sulla decisione *Webster* cfr. a A.I.L. CAMPBELL, *The Constitution and Abortion*, in *Modern Law Review*, 1990, 238 ss.; A. GRUBB, *The New Law of Abortion: Clarification or Ambiguity?*, in *Criminal Law Review*, 1991, 659 ss.; G. BINION, *Webster v. Reproductive Health Services*, in *Women & Politics*, 11, 2, 1991, 41 ss.; M.E. CHOPKO, *Webster v. Reproductive Health Services: A Path to Constitutional Equilibrium*, in *Campbell Law Review*, 12, 1990, 181 ss.).

⁴⁷ *Webster*, at 491.

⁴⁸ *Knowlton v. Ward*, 889 S.W.2d 721, 726 (Ark. 1994).

⁴⁹ «*We turn to Section 2 of Amendment 68, which states that it is the public policy of this state to "protect the life of every unborn child from conception until birth". Knowlton argues that this section of Amendment 68 is a self-executing provision that prohibits the State from engaging in any activity that furthers or advances abortions. We disagree. In order for a constitutional provision to be self-executing, there must be language in the provision indicating that it "is intended as a present enactment, complete in itself as definitive legislation, or contemplates subsequent legislation to carry it into effect". Myhand v. Erwin, 231 Ark. 444, 452, 330 S.W.2d*

L'impatto della decisione *Dobbs* sull'interpretazione di tali fonti si è reso tuttavia evidente, con effetto immediato, nella giurisprudenza delle Corti statali del Paese.

Emblematico, nel 2022, è stato il caso *Isaacson v. Brnovich*⁵⁰. La vicenda processuale, sorta dinanzi alla *United States District Court* per il Distretto dell'Arizona, riguardava una legge di modifica della normativa in tema di aborto del medesimo Stato (adottata nel 2021) che sanzionava l'interruzione volontaria della gravidanza qualora decisa per fini attinenti esclusivamente alla salute del feto (finalità che insieme alla selezione della razza e del sesso veniva vietata in quanto considerata a fini eugenetici)⁵¹. La legge impugnata poneva una dichiarazione iniziale di principio in base alla quale «*The Laws of this State shall be interpreted and construed to acknowledge, on behalf of an unborn child at every stage of development, all rights, privileges and immunities available to other persons, citizens and residents of this State, Subject only to the Constitution of the United States and Decisional interpretations thereof by the United States Supreme Court*»⁵². La detta normativa era stata impugnata nell'agosto del 2021⁵³ e le richieste dei querelanti erano state accolte, con la concessione di una *preliminary injunction*, il 28 settembre 2022, da parte della Corte distrettuale la quale aveva considerato vaga la normativa sul divieto di aborto collegato alle condizioni fetali (e pertanto in violazione del XIV Emendamento)⁵⁴. La medesima Corte distrettuale aveva ritenuto di non doversi pronunciare sulla *Personhood provision* richiamandosi al caso *Webster v. Reproductive health service*.

68 (1959), citing 16 C.J.S. § 38, Const. Law, p. 146. It is self-executing if: it supplies a sufficient rule by means of which the right given may be enjoyed and protected, or the duty imposed may be enforced; and it is not self-executing when it merely indicates principles, without laying down rules by means of which those principles may be given the force of law. Cooley's Const. Law (7th Ed.), 0. 121. Section 2 of Amendment 68 merely expresses the public policy of the state. It does not provide any means by which the policy is to be effectuated and therefore cannot be considered a self-executing provision. In particular, it cannot be construed as prohibiting the kind of activity suggested by Knowlton», *Knowlton v. Ward*, 889 S.W.2d 721, 726 (Ark. 1994). La mancata autoesecutività delle disposizioni costituzionali di principio è argomento diffuso nel costituzionalismo statale statunitense cfr. ad esempio *North Carolina School Boards Ass'n. contro Moore*, 359 NC 474, 512 (2005) («*This Court has long recognized that some constitutional provisions are self-executing while others require legislative action to implement and enforce the purpose and mandates of the provision*»). Cfr. sul punto M.A. SCHWARTZ, *Claims for Damages for Violations of State Constitutional Rights--Analysis of the Recent Court of Appeals Decision in Brown v. New York; The Resolved and Unresolved Issues*, in *Touro Law Review*, 14, 3, Spring 1998, 657-674. Il tema è trattato (con maggiore riguardo al diritto federale) anche da J. HARRISON, *Jurisdiction, Congressional Power, and Constitutional Remedies*, in *Georgetown Law Journal*, 86, 7, July 1998, 2513-2524.

⁵⁰ *Isaacson v. Brnovich*, CV-21-01417-PHX-DLR 1, 2 (D. Ariz. July 11, 2022).

⁵¹ Sul punto, M. MURRAY, *Race-ing Roe: Reproductive Justice, Racial Justice, and the Battle for Roe v. Wade*, in *Harvard Law Review*, 134, 2021; cfr. anche M. S. PAULSEN, *Abortion as an Instrument of Eugenics*, in *Harvard Law Review*, 134, 2021, 415 ss.

⁵² September 29, 2021. S.B. 1457, 55th Leg., 1st Reg. Sess. (Ariz. 2021). La normativa è reperibile al seguente indirizzo Internet: <https://www.azleg.gov/legtext/55leg/1R/bills/SB1457P.pdf>.

⁵³ Il ricorso è reperibile al seguente URL: <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/08/2.-Complaint-FINAL.pdf>.

⁵⁴ *Isaacson v. Brnovich*, No. CV-21-01417-PHX-DLR (D. Ariz. Jul. 11, 2022). La giurisprudenza della Corte suprema è difatti molto chiara con riguardo al principio per il quale una normativa, per essere legittima, non può essere vaga e imprecisa nella definizione di ciò che è permesso o vietato in quanto deve consentire al cittadino di comprenderne il significato per poter assumere di conseguenza comportamenti adeguati (e non deve consentire a coloro che sono preposti all'applicazione della normativa un margine discrezionale troppo ampio). Cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108-09 (1972) in cui la Corte afferma «*[v]ague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we*



Il 25 giugno 2022, il giorno dopo la pubblicazione della sentenza *Dobbs*, la decisione di concessione della *preliminary injunction* era stata a propria volta impugnata chiedendone la sospensione ed il 30 giugno 2022 la Corte suprema aveva dunque annullato la decisione della Corte distrettuale e rinviato il caso al Nono Circuito con l'istruzione di considerare se l'adozione della decisione *Dobbs* potesse incidere sul medesimo. La Corte distrettuale si è pronunciata infine concedendo una nuova *preliminary injunction* (confermando, dunque, quanto già stabilito il 28 settembre del 2021) fondata nuovamente sulla vaghezza della *Personhood provision* sancita nella legge impugnata⁵⁵.

L'adozione della sentenza *Dobbs* è all'origine di un'ulteriore vicenda giurisprudenziale che ha visto il tentativo di impegnare la stessa Corte suprema in una pronuncia in tema di *personhood provision*: a maggio del 2022 la Corte suprema del Rhode Island si era difatti pronunciata in un ricorso avanzato dai (futuri) genitori di alcuni bambini che al momento dell'impugnazione erano allo stato fetale. La Corte statale aveva negato lo *standing* in capo ad individui non ancora nati ed aveva respinto conseguentemente la possibilità per i futuri genitori di ricorrere in giudizio a tutela dei diritti dei nascituri⁵⁶. A seguito della decisione *Dobbs* i ricorrenti hanno dunque tentato di contestare il detto diniego chiedendo alla Corte suprema federale se tale sentenza potesse fondare una revisione della decisione della suprema Corte statale⁵⁷. L'11 ottobre 2022 la Corte suprema federale ha tuttavia deciso di non pronunciarsi nel merito del ricorso.

Nonostante le riferite vicende processuali non abbiano condotto, nei fatti, ad una rivisitazione esegetica dei precedenti giurisprudenziali federali o ad una chiara presa di posizione della Corte suprema in tema di personalità prenatale, risulta evidente come l'adozione della decisione *Dobbs* sia suscettibile di incidere profondamente sull'interpretazione delle normative concernenti tali temi e non può escludersi che si possano presentare in futuro casi in occasione dei quali le Corti approdino ad una innovativa giurisprudenza in tema di *Personhood Provisions*.

Come noto, altro effetto immediato dell'adozione della decisione *Dobbs* è stato l'entrata in vigore, poco dopo la pubblicazione della sentenza, di diverse leggi statali destinate a vietare l'aborto anche in fasi estremamente precoci della gravidanza. Molte di queste normative sono c.d. *Trigger laws* ovvero leggi adottate quando era ancora vigente il vincolo posto dalla decisione *Roe v Wade* e che era-

insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. Vague laws may trap the innocent by not providing fair warnings. Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory applications» Id. at 108-109. Cfr. altresì *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983) e *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999). Si veda altresì *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

⁵⁵ Caratteristica che, in una futura decisione di merito, condurrà molto probabilmente a negare la vincolatività della *Personhood provision* rendendo dunque indifferente, secondo la Corte distrettuale, valutare se una tale disposizione sia di per sé legittimamente adottabile come norma vincolante alla luce del caso *Dobbs*.

⁵⁶ La normativa impugnata nel ricorso era il *Reproductive Privacy Act*, atto normativo adottato nel 2019 dallo Stato del Rhode Island che oltre a disciplinare la possibilità di effettuazione delle pratiche abortive nel paese abrogava qualunque *personhood provision* precedentemente vigente nella normativa statale. I ricorrenti sostenevano che tali abrogazioni diminuivano i diritti goduti dagli individui non ancora nati e dunque anche dei loro figli in stato fetale.

⁵⁷ *Jane Doe, as parent and next friend of baby Mary Doe et al. v. Daniel McKee, On Petition For A Writ Of Certiorari To The Supreme Court Of Rhode Island*, 2022.

no in attesa di innescarsi appena fossero stati ripudiati i precedenti giurisprudenziali che garantivano il diritto all'aborto⁵⁸; è da osservare, tuttavia, come il fermento innescato dalla pubblicazione della sentenza *Dobbs* non si esaurisca in tale circostanza considerando che alcune delle normative recentemente entrate in vigore, nel riconoscere dignità individuale prenatale, si sono spinte oltre il divieto all'aborto legiferando su tematiche connesse al tema della personalità fetale. Significativa in tal senso risulta la normativa entrata in vigore a luglio 2022 nello Stato della Georgia la quale, giustificando il divieto all'interruzione della gravidanza sulla base del riconoscimento della *fetal personhood*, fa conseguire a tale affermazione la deducibilità tributaria del nascituro dichiarato fiscalmente a carico dei genitori ancor prima di nascere⁵⁹.

4. L'*Unborn human being* quale vita potenziale (ancora parte della madre) o vita concreta ed entità autonoma

Nella motivazione al caso *Dobbs* la Corte dissocia esplicitamente la necessità statale di tutelare l'interesse pubblico a proteggere la vita dell'*unborn human being* che la donna porta in grembo⁶⁰ dal concetto di *viability* (ovvero la capacità del feto di sopravvivere al di fuori dell'utero materno) introdotto nei precedenti giurisprudenziali in tema di diritto all'aborto.

I sostenitori delle politiche *pro-life*, nel corso degli anni, hanno fatto leva proprio sul concetto di *viability* per contestare la legittimità del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza⁶¹. Da una parte, essi hanno rilevato come tale concetto non dovrebbe essere considerato in termini statici essendo soggetto all'evoluzione scientifica (e della tecnologia medica) oltre che al grado di assistenza a disposizione di una donna al momento di un parto⁶². Sulla scorta di tali osservazioni è stato dunque sostenuto che, anche a voler ancorare l'emergere di un interesse statale alla tutela della vita fetale solo a

⁵⁸ Cfr. sul punto. L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve*, cit.

⁵⁹ La detta normativa è reperibile all'url: <https://dor.georgia.gov/press-releases/2022-08-01/guidance-related-house-bill-481-living-infants-and-fairness-equality-life> sul punto Cfr. <https://nyti.ms/3YL8Blu>.

⁶⁰ Cfr. nota 46.

⁶¹ Il tema è stato discusso anche dinanzi alla Commissione interamericana per i diritti umani (IACHR) nel 1981. In *Baby Boy v. United States*, la Commissione ha concluso che l'aborto di *Baby Boy*, un feto maschio vitale, era consentito ai sensi della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo e, per inciso, della Convenzione americana sui diritti umani, nonostante quest'ultima proteggesse il diritto alla vita "dal momento del concepimento" e il primo contenesse un implicito diritto alla vita per ogni "essere umano". Inoltre, la Commissione ha ritenuto che la creazione da parte degli Stati Uniti di un diritto fondamentale all'aborto attraverso *Roe v. Wade* non fosse incompatibile con la Dichiarazione o la Convenzione e che nessuno dei due strumenti richiedesse agli Stati membri di vietare l'aborto. Sul punto cfr. P. ALVARO, *Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights*, in *Loyola University Chicago International Law Review*, 9, 2, 2012, 209 ss.

⁶² Tale osservazione è evidenziata anche nella decisione *Dobbs*: «*The most obvious problem with any such argument is that viability is heavily dependent on factors that have nothing to do with the characteristics of a fetus. One is the state of neonatal care at a particular point in time. Due to the development of new equipment and improved practices, the viability line has changed over the years [...]*» *Dobbs, Opinion of the Court*, 51.

partire da tale ipotetico momento, esso non può essere fissato una volta e per sempre ad un certo stadio della gravidanza ma necessita di continua riconsiderazione tecnica⁶³.

Una corrente ancora più conservatrice del pensiero *pro-life* ha contestato il concetto di *viability* osservando che il riconoscimento della soggettività identitaria di un feto non dovrebbe essere ancorato alla sua capacità di sopravvivere autonomamente al di fuori del grembo materno (giacché, peraltro, esistono tante forme di vita condizionate a forme di assistenza esterna o non del tutto autonome)⁶⁴ ma alla sua vitalità che può essere definita in relazione ad altri parametri quali la funzionalità organica, la capacità di riproduzione cellulare, la capacità di avvertire il dolore, la comparsa del battito cardiaco, il *quickering* (ovvero la comparsa dei movimenti intrauterini)⁶⁵.

Tali osservazioni aprono pienamente all'idea della dissociazione identitaria fra la gravida e il feto e si pongono dunque in antitesi rispetto all'impostazione che ammette l'idea di *viability* quale soglia temporale "fissa" – discutibile ed infatti discussa in quanto rigida e/o sperequata – che esprime il tentativo di bilanciare l'autodeterminazione della gestante con la tutela della vita nascente del feto. Storicamente, nella giurisprudenza del Paese, è quest'ultima impostazione che ha inizialmente prevalso. Essa si riconnette ad un noto caso della Corte suprema del Massachusetts, *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*⁶⁶, ove il futuro giudice della Corte suprema federale Oliver Holmes ebbe ad affermare che il bambino non ancora nato e non in grado di sopravvivere al di fuori del grembo materno (a causa della precocità dell'epoca gestazionale) è da considerarsi essenzialmente una parte della madre. Tale impostazione viene a lungo seguita dalle Corti statali e federali statunitensi ed è solo intorno alla metà del Novecento che si assiste ad una revisione giurisprudenziale di tale approccio valutativo.

⁶³ L'osservazione è rinvenibile in diverse opinioni dissenzienti espresse in occasione di sentenze che hanno confermato la pratica abortiva nei decenni passati. Fra le tante si richiama quanto affermato dal giudice O'Connor nella sentenza *City of Akron v Akron Center for Reproduction Health*, 462 US 416 (1983): «*In 1973, viability before 28 weeks was considered unusual. The 14th edition of L. Hellman & J. Pritchard, Williams Obstetrics (1971), on which the Court relied in Roe for its understanding of viability, stated, at 493, that "[a]ttainment of a [fetal] weight of 1,000 g [or a fetal age of approximately 28 weeks' gestation] is [...] widely used as the criterion of viability". However, recent studies have demonstrated increasingly earlier fetal viability. It is certainly reasonable to believe that fetal viability in the first trimester of pregnancy may be possible in the not too distant future. Indeed, the Court has explicitly acknowledged that Roe left the point of viability "flexible for anticipated advancements in medical skill"* Colautti v. Franklin, 439 U. S. 379, 439 U. S. 387 (1979)», at 457.

⁶⁴ Cfr. K.J. HOLLOWELL, *Defining a Person under the Fourteenth Amendment: A Constitutionally and Scientifically based Analysis*, in *Regent University Law Review*, 14, 2001, 67 ss.

⁶⁵ Il dibattito sul tema è vivace anche nell'esperienza europea. Si rinvia sul punto a S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di «embrione umano»*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2015, 213 ss.; Id. *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano»*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2013, 653 ss.; L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2012, 147 ss.; C. DRIGO, *Il diritto della scienza e i diritti della vita La Corte di Giustizia di nuovo sollecitata a definire il concetto di «embrione umano»*, in *www.dirittocomparati.it*, 15 settembre 2014.

⁶⁶ *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*, Massachusetts Supreme Judicial Court, 138 Mass. 14 (1884). Il caso riguardava la richiesta di un risarcimento danni avanzata dai parenti di una donna gravida (circa al quinto mese) che era deceduta a causa del difetto di costruzione di una strada cittadina. Il giudice ritenne che la conseguente morte del feto non fosse valutabile autonomamente nella stima del danno («*Taking all the foregoing considerations into account, and further, that, as the unborn child was a part of the mother at the time of the injury, any damage to it which was not too remote to be recovered for at all was recoverable by her*»).

Nel 1946, nella decisione *Bonbrest v. Kots*⁶⁷, la Corte distrettuale per il Distretto di Columbia supera in parte il precedente *Dietrich* stabilendo che, se un bambino nasce vivo e vitale, possono essere contestati in suo favore i danni subiti a seguito di un evento accaduto quando era ancora nell'utero materno⁶⁸. Successivamente, nella discussione di casi simili, alcune giurisdizioni si sono spinte in affermazioni significative riguardanti il momento a partire dal quale il prodotto di un concepimento potrebbe essere considerato legalmente un'individualità: nel 1953, ad esempio, nella decisione *Kelly v. Gregory*⁶⁹, l'*Appellate Division of the Supreme Court of New York*, si spinse ad affermare che un embrione fosse un soggetto individualmente autonomo dalla madre sin dal momento del concepimento⁷⁰ così come, nel 1955, in *Porter v. Lassiter*⁷¹, la Corte d'Appello della Georgia stabilì che un feto potesse essere considerato un individuo autonomamente inteso (di cui contestare, in sede processuale, il decesso) a partire dal momento in cui fosse vitale nel grembo materno (ovvero dal momento in cui avevano inizio i movimenti intrauterini).

Nel corso dei decenni, dunque, l'iniziale impostazione per la quale madre e nascituro costituiscono, fino al parto, un'unica individualità, ha subito una significativa evoluzione conducendo, infine, in moltissimi casi, a concepire i diritti e gli interessi materni non solo dissociabili ma addirittura contrapponibili agli interessi del feto, innescando importanti conseguenze in termini di bilanciamento giuridico dei valori in diverse tematiche concernenti i diritti riproduttivi.

Nelle esperienze statali è rinvenibile moltissima normativa e giurisprudenza riguardante la sussistenza di diritti fetali autonomamente intesi rispetto ai diritti della gestante.

In 38 Stati della Federazione, ad esempio, sono vigenti normative che disciplinano il feticidio alla stregua dell'omicidio (e non del procurato aborto) e pongono delle specifiche sanzioni penali per atti che hanno provocato danni o lesioni ad un feto, autonomamente inteso, rispetto ai danni riconoscibili alla madre⁷².

Nell'ambito di queste normative può essere tracciata una fondamentale distinzione: vi sono difatti *Statutes* (generalmente più risalenti) che richiedono, affinché vi sia responsabilità penale per lesioni o morte dell'*unborn child*, che il feto, nato vivo, riporti danni (o deceda) successivamente alla nascita, a causa degli eventi accaduti quando esso era ancora in fase prenatale; vi sono poi normative (più recenti) che conferiscono rilievo ai danni provocati ad un feto a prescindere dalla sua successiva nascita riconoscendo dunque l'*unborn child* come identità autonomamente intesa.

Le normative che sono impostate secondo la prima delle direttrici descritte (quelle che seguono la c.d. "*born alive rule*") riconoscono dunque il danno provocato al neonato causato da comportamenti

⁶⁷ *US District Court for the District of Columbia* – 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946).

⁶⁸ Cfr. anche *Williams v. Marion Rapid Transit, Inc.*, 152 Ohio St. 114 (1949); *Woods v. Lancet*, 303 N.Y. 349, 102 N.E.2d 691 (N.Y. 1951).

⁶⁹ *Kelly v. Gregory*, 282 AD 542, 282 App. Div. 542, 125 N.Y.S.2d 696 (N.Y. App. Div. 1953).

⁷⁰ «*We ought to be safe in this respect in saying that legal separability should begin where there is biological separability. We know something more of the actual process of conception and foetal development now than when some of the common-law cases were decided; and what we know makes it possible to demonstrate clearly that separability begins at conception*», *Kelly v. Gregory*, 282 AD 542, 543-44 (N.Y. App. Div. 1953)

⁷¹ *Porter v. Lassiter*, 91 Ga. App. 712 (1955).

⁷² La normativa più risalente è quella adottata in Minnesota nel 1986 (seguita l'anno dopo dal North Dakota). Le normative statali cui ci si riferisce sono rinvenibili all'url: [ncsl.org/research/health/fetal-homicide-state-laws.aspx](https://www.ncsl.org/research/health/fetal-homicide-state-laws.aspx), cfr. anche l'Url: <https://www.nrlc.org/federal/unbornvictims/statehomicidelaws092302/>.

posti in essere quando questi era ancora allo stato fetale ma non rilevano il danno in sé al feto (qualora nasca morto) se non come danno provocato alla madre. Tali disposizioni sono conformi a quell'impostazione iniziale della giurisprudenza che fa capo al caso *Dietrich* per cui, prima della nascita, il feto e la madre sono un unico soggetto e il nascituro è solo una vita "potenziale". Differentemente, le normative che prevedono sanzioni autonome e specifiche per eventuali danni provocati ad un feto (indipendentemente dalla sua successiva nascita in vita) ne riconoscono un'autonomia identitaria. Fra queste ultime è ulteriormente possibile tracciare delle distinzioni fra quelle per le quali rileva un danno fetale in qualsiasi momento della gestazione, e quelle che stabiliscono un qualche momento (la *viability*, la comparsa del battito cardiaco, la percezione dei movimenti intrauterini, ecc) a partire dal quale insorge una responsabilità specifica in caso di lesioni o decesso del nascituro.

È evidente che normative come queste sposano apertamente l'idea che l'*unborn child* sia una vita concretamente intesa (e non solo potenziale) considerando, peraltro, che sarebbe una incongruità concettuale disporre una responsabilità per morte di un soggetto che non si considera vivo⁷³. È da segnalare come tutte le citate normative, fintanto che sussisteva (prima del caso *Dobbs*) la garanzia federale del diritto all'aborto, contenevano una clausola di chiusura che escludeva la responsabilità degli operatori sanitari che effettuavano un aborto su consenso della madre nei termini di legge.

La problematica convivenza fra normative di tal genere e la disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza è stata oggetto di valutazione giurisprudenziale in sentenze statali le quali hanno cercato di distinguere le due circostanze: nella decisione *State v. Merrill*⁷⁴, ad esempio, la Corte suprema del Minnesota si è pronunciata in tema di *equal protection* sull'*Unborn Child Homicide Statute* dello Stato sancendo la differenza intercorrente fra quanto sanzionato nella detta normativa e la pratica abortiva. La vicenda processuale riguardava un uomo (Merrill) condannato sulla base dell'*Unborn Child Homicide Statute* (in quanto aveva provocato la morte di un nascituro sparando alla madre in fase di gestazione avanzata) che contestava la differenza di previsione da applicarsi nei suoi confronti ed i diritti della stessa madre la quale, in caso di aborto, non sarebbe stata perseguita. La difesa del ricorrente era incentrata specificatamente su quanto stabilito nel 1973 nella decisione *Roe* ovvero che un feto (soprattutto nella fase precedente alla *viability*) non potesse considerarsi un essere umano. La Corte, tuttavia, non accolse le contestazioni della difesa fondandosi espressamente sul precedente *Roe* ed evidenziando come tale giurisprudenza, finalizzata a garantire i diritti di autodeterminazione della donna, rendesse legittima (entro determinati limiti) la scelta abortiva di una madre ed illegittima la privazione della vita ad un *Unborn Child* da parte di chiunque altro⁷⁵.

⁷³ Cfr. a questo proposito N.C. STANSTAD, *Pregnant Women and the Fourteenth Amendment: A Feminist Examination of the Trend to Eliminate Women's Rights during Pregnancy*, in *Law & Inequality*, 26, 1, 2008, 171 ss.

⁷⁴ 450 N.W.2d 318 (Minn. 1990). La decisione è rinvenibile all'url <http://www.jus.unitn.it/users/casonato/biodiritto/slides/StatevMerrill.pdf>.

⁷⁵ «*Roe v. Wade protects the woman's right of choice; it does not protect, much less confer on an assailant, a third-party unilateral right to destroy the fetus*», *State v. Merrill*, 450 N.W.2d 318 (Minn. 1990), 3. A conclusioni simili approda la Corte suprema dell'Illinois nella decisione *People v. Ford*, 1 581 N.E.2d 1189 (Ill. 1991).

5. La scissione dell'identità fetale dall'identità materna nel diritto federale: L'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004

In ambito statale, dunque, si osserva un'impostazione iniziale caratterizzata dall'idea per cui vi è uno stretto legame fra feto e madre (fino alla completa sovrapposizione identitaria dei due soggetti) per poi approdare a ricostruzioni maggiormente articolate fino a prospettazioni in base alle quali il feto acquisisce, da un certo momento, autonomia identitaria.

Allo stesso modo è possibile tracciare una simile evoluzione in ambito federale ove i primi anni duemila rappresentano il momento storico a partire dal quale si inizia a concepire l'identità fetale come in qualche modo scissa dall'identità materna.

È nel 2004, infatti, che il Congresso adotta un atto normativo, fortemente voluto dalla Presidenza Bush, che ripropone a livello federale un approccio simile a quello che si rinviene nelle esperienze statali riferite e che sottolinea una visione del feto nel grembo materno non quale vita "potenziale" (secondo l'impianto di *Roe*) quanto piuttosto come esistenza concreta. L'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004 introduce la sezione 1841 del 18 *US Code* (*Protection of Unborn Child*) e 919a del 10 *US Code* (*Death or injury of an unborn child*) ponendo una responsabilità penale in capo a chi, commettendo determinati reati (quelli previsti nel relativo codice), produce come effetto la morte o reca danno ad un feto ancora nel corpo materno. Entrambe le previsioni prevedono un'eccezione esplicita con riguardo alle pratiche abortive (effettuate su richiesta della madre nei limiti della legge) e tuttavia è evidente che l'approvazione di tali disposizioni, hanno contribuito fortemente ad alimentare la radicalizzazione del dibattito fra gli strenui difensori del diritto all'aborto e coloro i quali, sostenendo la necessità di tutelare i diritti dei nascituri, si opponevano con altrettanta forza a tale approccio federale "strabico".

Già l'anno precedente all'adozione dell'*Unborn Victims of Violence Act* il Congresso federale aveva proceduto ad adottare un altro atto normativo con il quale, anche in questo caso ricalcando una tipologia di legislazione adottata inizialmente a livello statale, sanzionava una particolare modalità di procedura abortiva (il *partial-birth abortion*⁷⁶) giudicandola eccessivamente efferata nei confronti del feto.

La questione, come già accennato, si era proposta inizialmente a livello statale: la Corte suprema si pronuncia sul tema per la prima volta nel 2000, nel caso *Stenberg v. Carhart*⁷⁷ riguardante una normativa dello Stato del Nebraska che vietava ogni tipologia di *partial birth abortion* (a meno che essa non fosse necessaria per salvare la vita della gestante). In tale circostanza la Corte aveva dichiarato illegittima la disciplina statale innanzi tutto in quanto in essa non era prevista una clausola che consentisse la pratica abortiva in relazione alla tutela della salute della donna (e non solo a garanzia della

⁷⁶ La pratica dell'aborto con parto parziale è una procedura abortiva che può esplicarsi secondo due distinte modalità ovvero la procedura c.d. di dilatazione ed evacuazione (D&E) e la procedura di dilatazione ed estrazione (D&X). La distinzione principale tra le due procedure risiede nel fatto che nella la procedura D&E si verifica un parto con feto già morto e smembrato mentre nella procedura D&X viene estratto un feto (che decede in utero nel corso dell'operazione) in condizioni fisico strutturali relativamente intatte. La distinzione è descritta nel dettaglio della decisione *Stenberg v. Carhart*.

⁷⁷ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

vita della stessa) ed in secondo luogo perché il divieto generalizzato della detta pratica risultava troppo ampio ed in definitiva vago ed indeterminato⁷⁸.

Negli anni successivi il legislatore federale discute più volte delle normative volte ad introdurre divieti simili (scontrandosi con il veto presidenziale di Bill Clinton) ed approda all'approvazione di una tale proibizione nel 2003 (durante il mandato del Presidente Bush). Il *Partial Abortion Ban Act* del 2003 sancisce il divieto di aborto con parto parziale nella sola modalità di "dilatazione ed estrazione" (D&E) mentre, con riguardo al tema delle eccezioni specifiche a tutela della salute della gestante si limita a prevedere un'eccezione al divieto nell'esclusivo caso in cui la tecnica sia indispensabile per salvare la vita della donna sulla base della considerazione per la quale esistono «prove documentali sufficienti» dalle quali emergerebbe che «un *partial birth abortion* non è mai necessario per preservare la salute donna»⁷⁹. La normativa, impugnata dinanzi alla Corte suprema attraverso un "*facial challenge*"⁸⁰ viene giudicata legittima costituzionalmente nella decisione *Gonzales v. Carhart*⁸¹.

La pronuncia *Gonzales*, che si pone come atto conclusivo di un dibattito, vivo negli Stati Uniti dalla fine degli anni novanta, sull'opportunità di vietare alcune tecniche abortive caratterizzate da una particolare efferatezza apre certamente al tema del divieto di una modalità medica di interruzione della gravidanza giustificato da «*ethical and moral concerns*»⁸². La questione era stata al centro della campagna presidenziale di George W. Bush ed aveva trovato ampio terreno anche nei dibattiti dei Parlamenti di numerosi Stati i quali, in quegli anni, avevano approvato leggi dal contenuto pressoché analogo a quello della legge federale impugnata. La normativa, adottata sulla base della *Commerce clause*⁸³, non viene dichiarata illegittima in quanto più specifica nei suoi intenti inibitori rispetto alla disciplina del Nebraska sanzionata nel precedente caso *Stenberg*. Nondimeno, ciò che colpisce nella decisione è che in questa occasione, forse per la prima volta in assoluto, la Corte abbandona il suo tradizionale stile "distaccato" nei confronti del feto sottolineando che esso, a prescindere dal momento

⁷⁸ La giurisprudenza della Corte suprema è difatti molto chiara con riguardo al principio per il quale una normativa, per essere legittima, non può essere vaga e imprecisa nella definizione di ciò che è permesso o vietato in quanto deve consentire al cittadino di comprenderne il significato per poter assumere di conseguenza comportamenti adeguati (e non deve consentire a coloro che sono preposti all'applicazione della normativa un margine discrezionale troppo ampio). Cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108-09 (1972) in cui la Corte afferma «*[v]ague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. Vague laws may trap the innocent by not providing fair warnings. Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory applications*» Id. At 108-109. Cfr. altresì *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983) e *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999). Si veda altresì *Reno v. American Civil Liberties Union Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

⁷⁹ Pag. 13 *Opinion of the Court*.

⁸⁰ Sull'uso del *facial challenge* in tema di aborto cfr. R. PILON, *Facial v. As-Applied Challenges: Does It Matter?*, in *Cato Supreme Court Review 2008-2009*, Washington, Cato Institute, VII-XVII.

⁸¹ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). Sulla decisione cfr. il commento di A. SPERTI *La Corte suprema statunitense e il tema dell'aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso "Roe v. Wade"?* in *Il Foro italiano*, 130, 7-8, 2007, 395-396, 403-404.

⁸² *Ibidem*, 398.

⁸³ Sulla legittimità del titolo competenziale la Corte, tuttavia, non si pronuncia.

della vitalità, è “un organismo vivente nel grembo materno”⁸⁴ e che il divieto di alcune tecniche abortive particolarmente crudeli oltre che porsi a tutela della “dignità della vita umana”⁸⁵ sono una forma di garanzia nei confronti delle donne che decidono di abortire le quali, se si rendessero conto delle modalità attraverso le quali si giunge a tale obiettivo, probabilmente rinuncerebbero all’interruzione della gravidanza⁸⁶. Se si considera che redattore della decisione è il giudice Kennedy, il quale è stato fra i giudici di maggioranza per decisioni a salvaguardia del diritto all’interruzione della gravidanza⁸⁷, tale stile argomentativo, contestato come paternalistico dai giudici dissenzienti (in particolare nell’infuocata opinione dissenziente del giudice Ginsburg) evidenzia come il tema dell’aborto (ed il connesso tema della vita fetale e delle conseguenze del suo riconoscimento giuridico), in quanto dotato di numerose sfumature, sia tale da produrre delle significative spaccature nelle valutazioni e nelle argomentazioni dei giudici a seconda della prospettiva dalla quale gli stessi lo valutano. La decisione *Gonzales* in questo senso è emblematica del fatto che, nell’ambito del più ampio tema dei *reproductive rights*, la questione è considerata delicata (e fonte di non pochi dubbi) dagli stessi sostenitori del pensiero libertario⁸⁸ (di cui il giudice Kennedy è senz’altro un significativo esponente)⁸⁹. È evidente come la decisione *Gonzales* sia estremamente significativa nell’evoluzione della giurisprudenza federale su tali tematiche in quanto inaugura, nel discorso argomentativo della suprema Corte federale, quel filone di pensiero per il quale nelle scelte di bilanciamento in tema di aborto e diritti riproduttivi il feto va considerata un’individualità dotata di diritti e dignità. Tale approccio forse ancora *soft*, nei primi anni duemila, ha alimentato indiscutibilmente le speranze dei sostenitori delle politiche *pro-life* e si è posta alla base di successive proposte normative volte a riconoscere dignità umana al feto quali, ad esempio, le leggi con cui alcuni Stati hanno imposto la sepoltura o la cremazione dei feti abortiti (piuttosto che il loro smaltimento fra i rifiuti speciali)⁹⁰.

Quest’ultimo tema si è proposto alla Corte suprema poco prima del caso *Dobbs* nella decisione *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*⁹¹ In tale vicenda giurisprudenziale la Corte si è pro-

⁸⁴ *Gonzales v. Carhart, Syllabus*: «*by common understanding and scientific terminology, a fetus is a living organism while within the womb, whether or not it is viable outside the womb*».

⁸⁵ *Gonzales v. Carhart*, 26 e 27 dell’*Opinion of the Court*: «*The Act proscribes a method of abortion in which a fetus is killed just inches before completion of the birth process [...]. The Act expresses respect for the dignity of human life*».

⁸⁶ La Corte, ad esempio, afferma che «*It is self-evident that a mother who comes to regret her choice to abort must struggle with grief more anguished and sorrow more profound when she learns, only after the event, what she once did not know: that she allowed a doctor to pierce the skull and vacuum the fast developing brain of her unborn child, a child assuming the human form*», p. 29 dell’*Opinion of the Court*.

⁸⁷ Il giudice Kennedy vota con la maggioranza in diverse occasioni fra i quali la stessa decisione *Casey* ed il caso già citato *Whole Woman’s Health*.

⁸⁸ Cfr. C. NAILY, J. SCHWEIKERT, *The Hard Problem of Abortion Rights*, in *cato.org* (June 24, 2022).

⁸⁹ Sullo stile argomentativo del giudice Kennedy si rinvia a R.E. BARNETT, *Justice Kennedy’s Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, in *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, Washington, Cato Institute, 2003, 21 ss. Per la dottrina italiana cfr. P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2020, 97 ss.

⁹⁰ Il destino dei feti abortiti è tema che anima anche il dibattito italiano. Sul punto si rinvia a A. IANNUZZI, *Il destino dei feti abortiti. Uno sguardo d’insieme su una questione complessa*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2021.

⁹¹ *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, 587 U. S. ____ (2019).

nunciata (fra l'altro)⁹² sulla questione della sepoltura dei feti ribaltando una precedente decisione della Corte del Settimo Circuito e stabilendo che la normativa impugnata non potesse essere considerata un *undue burden* che ostacolava le decisione autodeterminativa femminile di abortire. Ciò che è significativo dalla lettura delle due decisioni (tanto quella della Corte di Circuito quanto quella della Corte suprema), è che entrambe fanno riferimento esplicitamente al fatto che lo Stato dell'Indiana, nell'adottare una disposizione sulla sepoltura e la cremazione dei resti fetali, ritenesse di agire a tutela della dignità del feto in quanto "*unborn human being*" e dunque entità non paragonabile ad un qualunque "resto umano" (un tessuto o un organo) né a qualunque altro rifiuto medico speciale⁹³.

6. Dall'autonomia al possibile antagonismo: diritti fetali v. diritti materni nella giurisprudenza statale e federale

Nell'esperienza statale è rinvenibile una particolare corrente giurisprudenziale che ha approfondito il tema della responsabilità materna nei confronti del nascituro secondo una direttrice concettuale per cui non solo la sussistenza di una soggettività identitaria del feto comporta la necessità di riconoscere l'emersione degli interessi ma, ancor più, è possibile che i diritti materni possano porsi in contrasto con gli interessi del nascituro situazione suscettibile di innescare conseguenze fattuali spesso di difficile soluzione giuridica.

Ci si riferisce, ad esempio, a tutte quelle circostanze in occasione delle quali sono stati adottati dei provvedimenti giurisdizionali finalizzati ad imporre o vietare determinati comportamenti (virtuosi o pericolosi) alle donne gravide nel perseguimento dell'interesse dell'*unborn child*⁹⁴.

Fintanto che, nel contesto statunitense (prima del caso *Dobbs*), era garantito il diritto all'aborto entro la ventiquattresima settimana provvedimenti di tal genere, soprattutto se adottati in fase di *pre-viability*, si ponevano idealmente in contrasto con il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza.

⁹² Il caso *Box* riguardava anche il divieto di aborto "eugenetico". Su tale tema cfr. M.S. PAULSEN, *Abortion as an Instrument of Eugenics*, cit.

⁹³ Nella decisione della Corte di circuito si legge ad esempio: «*The fetal disposition provisions essentially require abortion providers to dispose of aborted fetuses in the same manner as human remains, as required under Indiana law. According to the State, the provisions further the State's legitimate interest in "the humane and dignified disposal of human remains". Such a position inherently requires a recognition that aborted fetuses are human beings, distinct from other surgical byproducts, such as tissue or organs. Indeed, in its brief, Indiana maintained that it "validly exercised its police power by making a moral and scientific judgment that a fetus is a human being who should be given a dignified and respectful burial and cremation"*», *Planned Parenthood of Ind. & Ky., Inc. v. Comm'r of the Ind. State Dep't of Health*, 888 F.3d 300, 308 (7th Cir. 2018). Nella sentenza della Corte suprema questo passaggio viene ripreso ove la Corte afferma: «*The Seventh Circuit found Indiana's disposition law invalid even under this deferential test. It first held that Indiana's stated interest in "the 'humane and dignified disposal of human remains'" was "not [...] legitimate."* 888 F. 3d, at 309. It went on to hold that even if Indiana's stated interest were legitimate, "it [could not] identify a rational relationship" between that interest and "the law as written," because the law preserves a woman's right to dispose of fetal remains however she wishes and allows for simultaneous cremation. We now reverse that determination», *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, Per Curiam, 2.

⁹⁴ Cfr. *State v. McKnight*, 576 S.E.2d 168, 173-75 (S.C. 2003) (conferma di una condanna per omicidio e abuso su minore causato dall'uso di sostanze stupefacenti da parte della madre durante la gravidanza); *Shuai v. State*, 966 N.E.2d 619, 630-32 (Ind. Ct. App. 2012) (incriminazione per omicidio di una donna gravida che aveva tentato il suicidio).

za. Tuttavia il tema è stato esplicitamente affrontato da alcuni degli stessi giudici autori dei provvedimenti detti i quali hanno risolto l'obiezione attraverso un'operazione esegetica operando un *distinguishing*: particolarmente chiara risulta a tale proposito la decisione *In re Jamaica Hospital*⁹⁵, caso che originava dalla circostanza per cui un ospedale aveva ottenuto un'ingiunzione giudiziaria che obbligava ad una trasfusione sanguigna una donna in attesa alla diciottesima settimana. La paziente, testimone di Geova, rifiutava la trasfusione per motivi religiosi. La Corte suprema di New York autorizzò l'obbligo alla pratica medica anche se il feto non era ancora nella fase di *viability* sostenendo che anche se, in quella fase gestazionale, la donna poteva scegliere di abortire, nel caso in cui sceglieva di portare avanti la gravidanza doveva garantire «*a legal right to begin life with a sound mind and body*»⁹⁶.

Significativi, fra i casi che hanno visto l'imposizione di pratiche mediche alle donne gravide nell'interesse del feto risultano essere quelli di imposizione del taglio cesareo⁹⁷: in *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Auth.*⁹⁸, la Corte suprema della Georgia ha imposto il taglio cesareo ad una donna gravida che soffriva di placenta previa. Altrettanto è avvenuto nel caso *In re Madyun Fetus*⁹⁹; Un caso emblematico della delicatezza del tema è certamente la "saga" *In re A.C.*¹⁰⁰. Il caso originava dalle tragiche circostanze vissute da una gestante affetta da leucemia nei confronti della quale un ospedale aveva ottenuto (dal Tribunale di primo grado) un ordine ad eseguire un taglio cesareo d'urgenza mentre la paziente era in stato di sostanziale incoscienza. Alla decisione del tribunale si erano opposti i familiari della donna (la quale, quando era cosciente, aveva inizialmente accettato il taglio cesareo ma, in un secondo momento, aveva ritirato il consenso). La Corte di appello per il distretto della Columbia, in una prima decisione, assunta da un collegio ristretto di tre giudici, avallò l'ordine emesso dal Tribunale di primo grado. La pratica medica, tuttavia, non solo non consentì di salvare il nascituro ma aggravò anche le condizioni di salute della donna che morì due giorni dopo l'intervento. La Corte, in quella prima decisione, aveva confermato il provvedimento assunto dal Tribunale di primo grado osservando che le gravi condizioni di salute della madre non potevano che peggiorare, a prescindere dal taglio cesareo, mentre il feto, attraverso l'effettuazione della pratica chirurgica, aveva maggiori aspettative di sopravvivenza¹⁰¹. La vicenda, tuttavia, proseguì dopo la mor-

⁹⁵ *In re Jamaica Hospital*, 128 Misc. 2d 1006, 491 N.Y.S.2d 898 (1985).

⁹⁶ *Evans v. Olson*, 550 P.2d 924, 927 (Okla. 1976); *Womack v. Buchhorn*, 384 Mich. 718, 725, 187 N.W.2d 218, 222 (1971); *Smith v. Brennan*, 31 N.J. 353, 364-65, 157 A.2d 497, 503 (1960).

⁹⁷ Criticamente su tali casi cfr. Sul punto R.M. TRINDEL, *Fetal Interests vs. Maternal Rights: Is The State Going Too Far?*, in *Akron Law Review*, 24, 3, 1991, 743 ss. e E.P. DAVENPORT, *Court Ordered Cesarean Sections: Why Courts Should Not Be Allowed to Use a Balancing Test*, in *Duke Journal Gender Law & Policy*, 18, 2010, 79 ss. Cfr. inoltre M. PHILLIPS, *Maternal rights v. fetal rights: court-ordered caesareans*, in *Missouri Law Review*, 56, 2, 1991, 411-426.

⁹⁸ *Jefferson v. Griffin Spalding Co. Hosp. Auth.*, 247 Ga. 86, 274 S.E.2d 457 (1981). In tale circostanza il taglio cesareo era nell'interesse congiunto di madre e nascituro e tuttavia la Corte nella decisione sottolinea il peso che i diritti di quest'ultimo assumevano in ordine alla necessità di imporre la via chirurgica al parto.

⁹⁹ *In re Madyun Fetus*, 189-86 (D.C. Super. Ct. July 26, 1986).

¹⁰⁰ *In re A.C.*, 533 A.2d 611 (D.C. App. 1987) cui è seguita tre anni dopo la decisione di riforma *In re A.C.*, 573 A.2d 1235 (D.C. 1990).

¹⁰¹ «*The Caesarean section would not significantly affect A.C.'s condition because she had, at best, two days left of sedated life; the complications arising from the surgery would not significantly alter that prognosis. The child, on the other hand, had a chance of surviving delivery, despite the possibility that it would be born handicapped.*

te della donna e il caso venne discusso nuovamente *en banc* dalla Corte d'appello della *District of Columbia* approdando a conclusioni opposte a quelle assunte tre anni prima¹⁰². Difatti, in questa seconda decisione la Corte ritenne che le pratiche mediche invasive richiedono sempre il consenso di chi deve esservi sottoposto e che, anche qualora si dovesse considerare lo stato di una gravida una condizione particolare a causa della presenza del nascituro (cosa di cui il tribunale dubita ma che sceglie sapientemente di non valutare¹⁰³), «i tribunali non obbligano una persona a consentire un'intrusione significativa sulla sua integrità fisica a beneficio della salute di un'altra persona¹⁰⁴[...]. La *common law* si è costantemente attenuta ad una regola che prevede che un essere umano non è obbligato legalmente a prestare aiuto o ad agire per salvare un altro essere umano o per soccorrerlo»¹⁰⁵.

*Accordingly, we concluded that the trial judge did not err in subordinating A.C.'s right against bodily intrusion to the interests of the unborn child and the state, and hence we denied the motion for stay». In re A.C., 533 A.2d 611, 617 (D.C. 1987). Anche in questa decisione la Corte afferma la piena differenza fra il diritto materno all'aborto ed il dovere, qualora una donna decida di portare avanti una gravidanza, di adottare tutti i comportamenti necessari al benessere del nascituro «as a matter of law, the right of a woman to an abortion is different and distinct from her obligations to the fetus once she has decided not to timely terminate her pregnancy». In re A.C., 533 A.2d 611, 614 (D.C. 1987). Sul punto cfr. D. MATHIEU, *Respecting Liberty and Preventing Harm: Limits of State Intervention on Prenatal Choice*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 8, 1985, 19 ss.*

¹⁰² *In re A.C.*, 573 A.2d 1235 (D.C. 1990). È particolarmente significativo che il collegio decidente nella decisione del 1990, nel ribaltare la decisione assunta dal collegio ristretto nel 1987, abbia voluto porre in evidenza quanto il caso da decidere fosse complesso quasi a giustificare l'errore compiuto tre anni prima che pure la decisione del momento stava ad evidenziare. All'inizio della parte motiva infatti la Corte afferma: «Sottolineiamo inoltre che la nostra decisione odierna è il risultato di una considerevole riflessione e che abbiamo goduto di due lussi non disponibili per il tribunale [che ha assunto la decisione del 1987]: ampio tempo per decidere il caso, e ampie memorie e argomentazioni orali delle parti e di diversi amici. Il giudice del processo non aveva tale vantaggio. È stato chiamato durante la peggiore delle emergenze, con poco tempo per riflettere, per prendere una decisione che nelle migliori circostanze è straordinariamente difficile. Sebbene concludiamo che la sua decisione deve essere accantonata, tuttavia lo lodiamo per il modo scrupoloso e coscienzioso con cui ha svolto il compito prima di lui», *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, 1238 n.2 (D.C. 1990).

¹⁰³ «Detto questo, non andiamo oltre. Non abbiamo bisogno di decidere se, o in quali circostanze, gli interessi dello stato possono mai prevalere sugli interessi di una paziente incinta. Sottolineiamo, tuttavia, che sarebbe davvero un caso straordinario in cui un tribunale potrebbe mai essere giustificato a ignorare i desideri del paziente e ad autorizzare un intervento chirurgico importante come un taglio cesareo. In tutto questo parere abbiamo sottolineato che i desideri del paziente, una volta accertati, devono essere seguiti in "praticamente tutti i casi", ante a 1249, a meno che non vi siano "motivi davvero straordinari o impellenti per annullarli", ante a 1247. In effetti, alcuni potrebbero dubitare che possa mai esserci una situazione straordinaria o sufficientemente avvincente da giustificare un'intrusione massiccia nel corpo di una persona, come un taglio cesareo, contro la volontà di quella persona. Se una tale situazione possa un giorno presentarsi è una domanda a cui non dobbiamo sforzarci di rispondere qui. Non vediamo la necessità di raggiungere e decidere una questione che non è stata presentata nel registro prima di noi; questo caso è già abbastanza difficile così com'è. Pensiamo che sia sufficiente per ora tracciare la rotta per casi futuri simili a questo ed esprimere la speranza che non ci venga presentato un caso nel prossimo futuro che ci richiede di navigare fuori mappa verso l'ignoto», *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, 1251-52 (D.C. 1990).

¹⁰⁴ *La Corte richiama i casi Bonner v. Moran*, 75 USApp.DC 156, 157, 126 F.2d 121, 122 (1941) (è richiesto il consenso dei genitori per l'innesto cutaneo di un quindicenne a beneficio del cugino che era stato gravemente ustionato); *McFall v. Shimp*, 10 Pa. DC3d 90 (Contea di Allegheny Ct. 1978). In *McFall* la corte ha rifiutato di ordinare a Shimp di donare il midollo osseo necessario per salvare la vita di suo cugino.

¹⁰⁵ *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, 1243-44 (D.C. 1990). Significativamente poi la Corte aggiunge anche che «non importa quale possa essere la qualità della vita di un paziente; il diritto all'integrità del corpo non si estingue sem-

Altro caso sorto e deciso nella dimensione statale considerato emblematico su tali temi e orientato a favore di una maggiore deferenza nei confronti dei diritti materni rispetto a quelli del nascituro è la decisione *Illinois v. Mother Doe (In re Baby Boy Doe)*¹⁰⁶. In tale vicenda la Corte suprema dell'Illinois ha negato che, in caso di rilevato contrasto fra interessi materni e del nascituro, sia necessario ricorrere ad un'opera di bilanciamento fra diritti materni e diritti fetali ed ha concluso, conseguentemente, che la scelta di una donna di rifiutare un trattamento medico tanto invasivo quale è, ad esempio, un taglio cesareo deve essere rispettata, anche in circostanze in cui la scelta può essere dannosa per il feto¹⁰⁷.

Nella riferita vicenda giurisprudenziale la Corte ha basato la propria decisione sul richiamo ad un importante precedente statale *Stallman v. Youngquist*¹⁰⁸, che rappresenta, in effetti, il *trait d'union* fra la giurisprudenza che riconosce i diritti del feto che abbia subito delle lesioni prenatali (autonomamente rispetto al danno materno) e la giurisprudenza che ipotizza la possibilità che tale autonomia fetale rispetto alla madre possa sfociare in un possibile rapporto dicotomico (in termini di godimento dei propri diritti) fra gestante e nascituro.

Nel caso *Stallman* la ricorrente era una donna che lamentava di aver subito lesioni prenatali a causa di un incidente automobilistico in cui era stata coinvolta sua madre quando era in attesa (al quinto mese di gravidanza). Tuttavia, la particolarità del caso era rappresentata dal fatto che la ricorrente citava per danni la stessa madre ritenendola responsabile dell'incidente.

Nella parte motivazionale di questa decisione, la Corte suprema dell'Illinois ricostruisce l'evoluzione giurisprudenziale che concerne il possibile riconoscimento dei diritti fetali a partire dalla teoria dell'indissolubilità del rapporto fra madre e feto passando per quella giurisprudenza che riconosce un «diritto legale di iniziare la vita con una mente e un corpo sani»¹⁰⁹, rilevando come tale ultima tendenza interpretativa abbia condotto alla giurisprudenza in base alla quale è riconosciuto un diritto di ricorso giurisdizionale nei confronti di terzi per danni occorsi in fase prenatale. La Corte, peraltro, sottolinea chiaramente che tale approdo «è servito ad evidenziare che non è solo la donna incinta che può essere danneggiata dall'atto illecito di un terzo ma anche il feto, le cui ferite si manifestano alla nascita»¹¹⁰. La Corte dell'Illinois, tuttavia, considerata la possibilità che allo stesso modo venga riconosciuta una responsabilità materna nei confronti del diritto del feto a nascere sano nega tale ipotesi in quanto condurrebbe ad alterare il modo in cui la società percepisce le donne e le loro capacità riproduttive¹¹¹ e finirebbe per trasformare madre e nascituro in potenziali avversari legali dal momen-

plicemente perché qualcuno è malato, o addirittura in punto di morte», *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, 1247 (D.C. 1990).

¹⁰⁶ *Illinois v. Mother Doe (In re Baby Boy Doe)*, 260 Ill. App. 3d 392, (Ill. App. Ct. 1994).

¹⁰⁷ *Illinois v. Mother Doe (In re Baby Boy Doe)*, 260 Ill. App. 3d 392, (Ill. App. Ct. 1994) spec. N. 1-93-43.

¹⁰⁸ *Stallman v. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (Ill. 1988).

¹⁰⁹ Vedi *Evans v. Olson* (Okla. 1976), 550 P.2d 924, 927; *Womack v. Buchhorn* (1971), 384 Mich. 718, 725, 187 NW2d 218, 222; *Smith v. Brennan* (1960), 31 NJ 353, 364-65, 157 A.2d 497, 503.

¹¹⁰ «*The articulation of this right to recover against third-person tortfeasors has served to emphasize that it is not just the pregnant woman alone who may be harmed by the tortious act of another but also the fetus, whose injuries become apparent at its birth*», *Stallman* at 275.

¹¹¹ «*It is clear that the recognition of a legal right to begin life with a sound mind and body on the part of a fetus which is assertable after birth against its mother would have serious ramifications for all women and their families, and for the way in which society views women and women's reproductive abilities*», *Stallman* at 275.

to del concepimento fino alla nascita¹¹². Pur non richiamando esplicitamente il caso *Merrill* la Corte opera un *distinguishing* che sembra riproporre le ragioni argomentative: effettuando una valutazione costi benefici della scelta giurisprudenziale e differenziando fra la responsabilità di un terzo (per danni causati ad un feto) e la responsabilità materna la Corte evidenzia, difatti, come la prima ipotesi risponda all'esigenza di garantire gli interessi materni e del feto senza ingerire nella libertà autodeterminativa di nessuno mentre nell'ipotesi di riconoscimento della responsabilità materna, verrebbe compressa in modo eccessivo la libertà della gestante di autodeterminarsi e di godere della propria libertà¹¹³.

La Corte suprema dell'Illinois, infine, avanza delle riflessioni concernenti il fatto che, qualora si dovesse riconoscere una tale responsabilità materna, sarebbe necessario – tenendo conto delle innumerevoli differenze di condizione (fisica, sociale ed economica) in relazione alla quali le donne portano avanti una gestazione – definire uno *standard* sulla base del quale valutare tale responsabilità¹¹⁴ concludendo che una tale definizione debba essere fatta dal legislatore e non dalle Corti¹¹⁵. Pur se gran parte della decisione sembra porsi criticamente nei confronti della possibilità di normative rischiosamente paternalistiche nei confronti delle gestanti, tali ultime valutazioni conducono a ritenere che la Corte non consideri del tutto illegittimo, di per sé, porre i diritti della gestante e i diritti fetali in rapporto reciprocamente dicotomico e apre (seppur timidamente) alla possibilità che una scelta del genere, e la sua normazione, possa essere appannaggio delle scelte democratiche maggioritarie proprie del legislatore.

In ambito federale la giurisprudenza concernente la possibile dicotomia fra diritti materni e diritti fetali può essere tratteggiata riferendosi ad un precedente del 1986: *Thornburgh v. American College*

¹¹² «A legal right of a fetus to begin life with a sound mind and body assertable against a mother would make a pregnant woman the guarantor of the mind and body of her child at birth. A legal duty to guarantee the mental and physical health of another has never before been recognized in law. Any action which negatively impacted on fetal development would be a breach of the pregnant woman's duty to her developing fetus. Mother and child would be legal adversaries from the moment of conception until birth», Stallman at 276.

¹¹³ «Holding a third person liable for prenatal injuries furthers the interests of both the mother and the subsequently born child and does not interfere with the defendant's right to control his or her own life. Holding a mother liable for the unintentional infliction of prenatal injuries subjects to State scrutiny all the decisions a woman must make in attempting to carry a pregnancy to term, and infringes on her right to privacy and bodily autonomy», Stallman at 278.

¹¹⁴ «If a legally cognizable duty on the part of mothers were recognized, then a judicially defined standard of conduct would have to be met. It must be asked, By what judicially defined standard would a mother have her every act or omission while pregnant subjected to State scrutiny? By what objective standard could a jury be guided in determining whether a pregnant woman did all that was necessary in order not to breach a legal duty to not interfere with her fetus' separate and independent right to be born whole? In what way would prejudicial and stereotypical beliefs about the reproductive abilities of women be kept from interfering with a jury's determination of whether a particular woman was negligent at any point during her pregnancy?», Stallman at 277-278.

¹¹⁵ «There are far-reaching issues of public policy inherent in the question whether to recognize a cause of action in tort for maternal prenatal negligence. Judicial scrutiny into the day-to-day lives of pregnant women would involve an unprecedented intrusion into the privacy and *280 autonomy of the citizens of this State. This court holds that if a legally cognizable duty on the part of pregnant women to their developing fetuses is to be recognized, the decision must come from the legislature only after thorough investigation, study and debate», Stallman at 279-280.

of *Obstetricians Gynecologists*. In quella vicenda giurisprudenziale la Corte ebbe a pronunciarsi su di uno *Statute* della Pennsylvania in base al quale negli aborti eseguiti in fase di *post viability*, consentiti dalla legge statale solo quando fossero necessari per salvare la vita o la salute della donna, il medico era tenuto ad utilizzare la tecnica medica che massimizzasse le speranze di nascita del feto. La Suprema Corte, ritenne incostituzionale la norma impugnata, in quanto di fatto imponeva un “compromesso” tra la salute della donna e la sopravvivenza del feto, sottolineando che la salute della gestante dovesse essere considerata di fondamentale importanza e non negoziabile¹¹⁶; Tale decisione, tuttavia, nel suo stile argomentativo risulta strettamente collegata all’impostazione del rapporto fra madre e feto definita in *Roe v Wade* e dunque non è del tutto da escludersi che possa essere rivista alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale innesca dal caso *Dobbs*.

7. Diritti fetali e autodeterminazione femminile fra teorie riduzioniste e personaliste del concetto di individualità umana

La giurisprudenza *Dobbs* ha certamente rivitalizzato il tema del riconoscimento del concepito come “vita nascente”¹¹⁷ cui riconoscere dignità giuridica in quanto essere umano (a prescindere dal riconoscimento in capo ad esso della capacità giuridica e, dunque, dall’evento nascita).

Tale dibattito, tuttavia, come si risulta evidente dall’analisi proposta, era già oggetto di attenzione dottrinale e giurisprudenziale oramai da molti anni nell’esperienza statunitense¹¹⁸ e, del resto, ha costituito da sempre il “convitato di pietra” nella disputa ideologica fra sostenitori delle politiche *pro-choice* o *pro-life* in tema di aborto¹¹⁹.

La dimensione statale, come spesso accade, si è proposta come un fattivo laboratorio di analisi e, a ragione di ciò, ha in parte anticipato alcuni *trend* normativi e giurisprudenziali che si sono successivamente proposti nella dimensione federale.

In ambito statale, dunque, non sembra in discussione la possibilità che venga riconosciuta una qualche forma di identità umana prenatale al nascituro (a prescindere dalla sua capacità di sopravvivere al di fuori dell’utero materno), titolare di diritti oltre che soggettività in relazione alla quale si innescano dei doveri nel comportamento altrui. Diversamente si pone la questione con riguardo al possibile rapporto dicotomico che può attivarsi fra diritti fetali e diritti materni. Difatti, l’ipotesi che i diritti fetali possano, qualora in contrasto con i diritti materni, costituire l’elemento sulla base del quale è possibile considerare la gravidanza una condizione fisica che temporaneamente affievolisce alcuni diritti della stessa gestante non sembra, allo stato attuale, essere accolta in quanto una tale impostazione condurrebbe, secondo la giurisprudenza statale, ad un’alterazione profonda del modo in cui è

¹¹⁶ In *Thornburgh v. American College of Obstetricians Gynecologists*, 476 US 747 (1986) at 769. Le affermazioni avanzate nella decisione *Thornburgh* si collegano, nella giurisprudenza federale, a quanto già affermato in precedenza nella decisione *Colautti v. Franklin* decisione che tuttavia era già stata in parte dichiarata superata con il disposto sancito in *Casey*. Sul punto v. nota 46.

¹¹⁷ Su cui, con riguardo al diritto italiano ed europeo, cfr. G. BISCONTINI, L. RUGGERI (a cura di), *La tutela della vita nascente*, Università degli Studi di Camerino, Lezioni, 2003.

¹¹⁸ Cfr. H.M. WHITE, *Unborn Child: Can You Be Protected?*, in *University of Richmond Law Review*, 22, 1988, 285 ss.

¹¹⁹ Cfr. L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovè*, cit.; per la dottrina statunitense cfr. S. JACOBS, *The future of Roe v. Wade: do abortion rights end when human’s life begins?*, in *Tennessee Law Review*, 87, 4, 2020, 769-868.

concepita la figura femminile nella società¹²⁰ e, soprattutto, la funzione materna (quale incubatore umano che soggiace alle esigenze del concepito)¹²¹.

Il recente diniego da parte della Corte suprema di affrontare esplicitamente il tema della capacità di *standing* di un nascituro segnala la delicatezza del momento che l'esperienza statunitense vive su questi temi innescata dall'apparato argomentativo di *Dobbs*.

Il percorso statunitense propone, pur con le dovute differenze, dispute concettuali rinvenibili anche nel dibattito dottrinale italiano con riguardo alla concezione dell'individualità umana, ove ad una interpretazione riduzionista (in base alla quale è possibile operare una distinzione concettuale e dunque giuridica fra persona ed essere umano) si è contrapposta un'interpretazione personalista in relazione a cui si postula una sostanziale identità fra persona, essere umano e vita umana¹²².

Anche nell'ordinamento italiano, peraltro, la giurisprudenza, pur spingendosi a riconoscere un'autonomia alla dignità giuridica del nascituro, titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, e quelli alla salute o integrità psico-fisica, all'onore o alla reputazione, all'identità personale¹²³ è rimasta ancorata all'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale in relazione alla quale pur riconoscendosi, con riguardo al concepito, un fondamento costituzionale per la sua tutela (ancorato all'art. 31 secondo comma della Costituzione e più in generale all'art. 2 Cost., che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», fra i quali, «non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito») si approdava con sicurezza alla considerazione in base alla quale, nel raffronto fra le posizioni del feto e della madre «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»¹²⁴.

È noto tuttavia come anche nel contesto italiano il dibattito sui diritti del concepito¹²⁵ sia più che acceso e lungi dal trovare ancora una solida soluzione compromissoria probabilmente anche a causa del fatto che tali tematiche sono soggette, nella loro valutazione, all'evoluzione scientifica e tecnologica che ne modifica i presupposti¹²⁶.

¹²⁰ Cfr. *Stallman* at 275. Cfr. sul punto S. VON ENDE, *Sequela: Casey, Gonzales, and State Legislature's Unscrupulous Use of Science in Crafting Legislation to Regulate Pregnant Women and Women's Access to Reproductive Health Care*, in *Indiana Journal of Law and Social Equality*, 4, 1, 2016, 21 ss.

¹²¹ Cfr. A. GVOZDEN, *Fetal protection laws and the "personhood" problem: toward relational theory of fetal life and reproductive responsibility*, cit.

¹²² Cfr. L. PALAZZANI, *Persona ed essere umano in Bioetica e Biodiritto*, in *Idee*, 34-35, 1997, reperibile all'Url <http://siba-ese.unisalento.it/index.php/idee/article/viewFile/3112/2560>.

¹²³ Corte di Cassazione, Sentenza n. 10741/2009.

¹²⁴ Corte Costituzionale, Sentenza n. 27/1975.

¹²⁵ Cfr. sul tema M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (22 gennaio 2015). Si rinvia inoltre alla bibliografia indicata in nota 10.

¹²⁶ Sul tema cfr. S. PENASA, *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano»*, cit.

Capacità giuridica al concepito e tutela della vita nascente. La proposta di modifica dell'articolo 1 del codice civile italiano nel nuovo scenario globale sull'aborto

Alessandra Pisu*

THE LEGAL CAPACITY OF THE HUMAN BEING CONCEIVED AND PROTECTION OF UNBORN LIFE. THE PROPOSAL TO AMEND ARTICLE 1 OF THE ITALIAN CIVIL CODE IN THE NEW GLOBAL ABORTION FRAMEWORK

ABSTRACT: The essay critically examines the proposed amendment to article 1 of the Italian Civil Code aimed at recognising the legal capacity of the unborn child from the moment of conception.

KEYWORDS: Life protection; abortion; unborn human being; unborn child; legal capacity

ABSTRACT: Il saggio esamina criticamente la proposta di modifica dell'articolo 1 del codice civile italiano volta ad anticipare al momento del concepimento il riconoscimento della capacità giuridica generale.

PAROLE CHIAVE: Concepito; persona; capacità giuridica; tutela della vita nascente; aborto

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento della capacità giuridica al concepito nel disegno di legge AS N. 165/2022. Primi rilievi critici – 2. L'inizio della vita umana e la tutela dell'aspettativa a nascere. Il *nondum natus* non necessita della capacità generale – 3. La matrice ideologica della proposta di modifica dell'art. 1 c.c. nel quadro globale di arretramento della tutela dei diritti riproduttivi della donna.

1. Il riconoscimento della capacità giuridica al concepito nel disegno di legge AS N. 165/2022. Primi rilievi critici

Tra i primissimi atti della XIX legislatura della Repubblica Italiana, il disegno di legge “*Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito*”, del 13 ottobre 2022, prevede l'attribuzione della capacità giuridica fin dal momento del concepimento, subordinando esplicitamente l'acquisto dei soli diritti patrimoniali, che la legge riconosce a favore del concepito, all'evento della nascita¹. In tal modo, nell'intenzione del pro-

* *Professoressa associata di Diritto Privato e Biodiritto nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Cagliari. Mail alepisu@unica.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

¹ L'art. 1 c.c. che attualmente prevede «La capacità giuridica si acquista al momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita», sarebbe così riformulato:

ponente, i diritti personali ed *in primis* il diritto alla vita, verrebbero invece «affermati nella loro pienezza, fin dal concepimento»².

Si tratta della pedissequa riproposizione di una risalente proposta di legge d’iniziativa popolare³ ripetuta, finora senza successo, in diverse legislature⁴.

Implicitamente muovendo dalla logica binaria, che tradizionalmente permea il diritto privato, secondo la quale le entità giuridicamente rilevanti si qualificano come “soggetto” ovvero come “oggetto” di diritto⁵ e dall’assunto, insito nella prospettiva codicistica, della sovrapposibilità tra i concetti di capacità giuridica⁶, soggetto di diritto e persona⁷, il d.d.l. mira ad introdurre nel codice civile – e dunque a generalizzare – una regola che troverebbe conferma nel diritto internazionale⁸ e nella disciplina italiana sulla procreazione medicalmente assistita, laddove afferma che la legge «assicura i *diritti di tutti i soggetti* coinvolti, compreso il *concepito*»⁹. L’intervento proposto sul codice viene dapprima definito

«Ogni essere umano ha la capacità giuridica fin dal momento del concepimento. I diritti patrimoniali che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita».

² V. p. 4 della Relazione di accompagnamento al d.d.l. AS N. 162, d’iniziativa del senatore Gasparri, comunicato alla Presidenza il 13 ottobre 2022 e assegnato alla 2^a Commissione permanente (Giustizia), in sede redigente, il 14 novembre 2022.

³ Presentata nel 1995 (XII legislatura) dal Movimento per la vita italiano (atto Camera N. 2922). Per un breve ma incisivo commento, P. ZATTI, *Diritti dell’embrione e capacità giuridica del nato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 107 ss.

⁴ Nella XV legislatura con atto Camera N. 80; nella XVI legislatura con atto Senato N. 1915; e nella XVIII legislatura con atto Senato N. 950.

⁵ Si tratta, per il vero, di una prospettiva semplicistica e inappagante che intrappola chi l’adotta «nel vecchio pregiudizio (che risulta sfatato proprio dalle più penetranti indagini sulla capacità di diritto, e sulla relatività della nozione) che di ogni fatto naturale pensa sia necessaria la reificazione, o, al contrario, la personificazione “umanizzante”, ignorando gli spazi che resistono al dilemma» (sono le parole di P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1988, 794).

⁶ Sulla formula tecnica tradizionalmente utilizzata per configurare la posizione della persona (non solo) fisica nel mondo del diritto, indicando l’idoneità del soggetto ad essere titolare di poteri e doveri giuridici, è d’obbligo almeno il rinvio a P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, voce in *Digesto, disc. priv.*, II, Torino, 1988, 218 ss.; e allo studio di P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, ristampa 2018, spec. 34 ss.

⁷ Ci riferiamo sempre al concetto di persona adottato dal codice civile, dunque a una *factio* tipica del diritto comune che soddisfa esigenze classificatorie. Essa identifica la persona fisica, quale soggetto di diritto, nell’essere umano nato vivo e la vita quale arco di tempo tra la nascita e la morte, fatti a loro volta individuati con la rigidità delle relative definizioni giuridiche. Il processo di revisione critica che ha investito questi temi e le categorie della capacità, della soggettività e della personalità dall’entrata in vigore della Costituzione è approfondito da P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status, Il soggetto*, II, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2017, 73 ss. Sull’evoluzione storica della nozione giuridica di persona, si legga altresì G. LISELLA, F. PARENTE, *Persona fisica*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. dir. civ. del CNN*, Napoli, 2012, 1 ss.; G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, v. 1, *Le persone e la Famiglia*, 2 ed., Milano, 2019, 3 ss. Rimane la distanza, e non può essere altrimenti, con il concetto di persona elaborato dalle scienze morali. In questa diversa prospettiva, v. L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996; e il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell’embrione umano*, del 22 giugno 1996.

⁸ Così si legge nella Relazione di accompagnamento che si rifà alla Convenzione universale sui diritti del fanciullo (1989) laddove, nel preambolo, enuncia il bisogno di una protezione giuridica speciale del fanciullo «sia prima che dopo la nascita».

⁹ Art. 1 l. n. 40/2004, corsivo aggiunto. Sulla disposizione si sono consumati fiumi d’inchiostro, essendo stata salutata come significativa del riconoscimento legislativo della qualità di soggetto di diritto al concepito (v. F.D.

quale mero “chiarimento legislativo” consequenziale a quanto già previsto dalla legge n. 40/2004, laddove – ecco il travisamento della disposizione – «il concepito è qualificato come “soggetto” *al pari* delle altre persone coinvolte, ed è un *soggetto titolare di diritti*»¹⁰. Ma, di lì a poche righe, si enuncia la reale finalità della modifica che rafforzerebbe la posizione del non ancora nato ricavabile dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza e, attribuendogli il diritto alla vita, «condurrebbe ad una applicazione dell'intera legge n. 194 del 1978 più coerente con l'intento di prevenire l'aborto volontario, in qualsiasi forma, legale o clandestino che sia»¹¹.

La proposta sembra ispirarsi alla cd. teoria organica che identifica la capacità giuridica con la soggettività. In quest'ottica, la capacità (qualità astratta e generica attribuita a priori) è indice dell'esistenza o della rilevanza giuridica del soggetto che l'ordinamento riconosce come titolare dei diritti personali, a partire dal diritto alla vita. Si tratta di una prospettiva angusta che ha subito una rilettura alla luce del quadro valoriale enucleabile dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti fondamentali. Esse individuano nell'essere umano un valore di rilevanza primaria, protetto al di là dei nominalismi e delle astrazioni del linguaggio giuridico. Da qui il fenomeno che ha visto il riferimento al soggetto cedere di fronte all'ascesa del riferimento alla persona¹².

Occorre inoltre osservare che da nessun indice positivo di diritto interno come di diritto internazionale si ricava l'attribuzione al concepito della capacità giuridica generale e della “pienezza” di tutela che in tal modo si annuncia di poter assicurare¹³. Né l'innovazione della norma di apertura del codice risulta necessaria al fine di riconoscere un'ovvietà sulla quale tutti convergono, e che trova conferma

BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 533 ss.; ID., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *NGCC*, II, 2010, 185 ss.). Ma l'entusiasmo è stato fin da subito smorzato da chi (G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 99 ss.) ha considerato la dichiarazione “enfatica” e “ottimistica”, osservando come la disposizione, di «contenuto non direttamente precettivo», «dovesse essere rapportata ai contenuti effettivi del provvedimento per controllare se tutti i soggetti coinvolti abbiano diritti, se tutti i diritti siano “assicurati”, se i “coinvolti” siano tutti “soggetti”». Conferma il contenuto meramente enunciativo della disposizione Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 48.

¹⁰ Corsivo e sottolineatura aggiunti a sottolineare la capziosità del messaggio, che consiste nel parificare ciò che né il legislatore, né la dottrina e nemmeno la giurisprudenza hanno mai considerato identico, ossia la persona nata e il *nondum natus*, la vita perfetta e il principio di vita. E quindi, di conseguenza, il diritto alla vita – quale esistenza umana tra la nascita e la morte – e i diritti del concepito connessi alla sua aspettativa a nascere. Su questo profilo, G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, voce in *Digesto, disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999 (agg. 2013). Sulle difficoltà di equiparare l'embrione alla persona vivente e di estendere al primo ogni tutela che l'ordinamento riserva alla seconda, v. anche G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 36 ss.

¹¹ Così si legge nella Relazione al d.d.l. AS N. 162/2022, 4.

¹² Su quest'ultimo aspetto, v. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 3 ed., Milano, 2018, 25.

¹³ Sulla protezione del nascituro nel diritto interno torneremo brevemente nel paragrafo successivo. Per quanto riguarda la richiamata fonte di diritto internazionale basti aggiungere che, mentre a p. 3 della Relazione al d.d.l. si legge che «l'articolo 4 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo attribuisce la capacità giuridica fin dal concepimento», la norma (art. 4, *Right to life*, par. 1), invece, prevede che la protezione legale del diritto alla vita inizia, in generale, dal momento del concepimento: «*Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life*». Tale protezione – come nella logica sottesa a tutte le discipline che si riferiscono al nascituro – è naturalmente commisurata alla specifica condizione del bene da proteggere, ossia la vita in formazione che può entrare in conflitto e soccombere di fronte a contrapposti interessi di rilevanza primaria.

nella nostra Carta costituzionale¹⁴, ossia la costante tensione dei sistemi giuridici moderni alla protezione dell'essere umano e della vita fin dal germe della sua formazione e, dunque, dalla fase prenatale.

L'intervento modificativo non avrebbe dunque un mero carattere ricognitivo¹⁵. Si presenta, piuttosto, come un tentativo, peraltro inutile e consunto, di intaccare per via indiretta i diritti della donna in gravidanza – costruiti su un bilanciamento di valori tra vita e salute della madre e del figlio – introducendo una generale indifferenziazione delle posizioni in campo, alle quali si riconducono interessi non dotati di uguale forza di resistenza nella disputa che li può riguardare.

Gli ineliminabili conflitti di interesse che possono insorgere durante una gravidanza richiedono, difatti, un bilanciamento che esclude, per definizione, la pienezza della protezione accordata a ciascuno e, quindi, anche del centro di interessi facente capo al concepito, la cui tutela è destinata ad affievolirsi quando risulta incompatibile con la protezione di valori altrettanto rilevanti riferibili alla gestante.

Il disegno di legge esprime dunque il proposito di scardinare l'equilibrio raggiunto con la legge n. 194/1978 e di contestare il sacrificio della vita nascente che essa, a determinate condizioni, consente. È indice, pertanto, di una volontà politica tesa a ridurre l'ampiezza del diritto all'aborto, quale possibile esito di una decisione riservata alla donna.

Si tenta così di dissolvere l'inevitabile distinguo che riecheggia nella celebre affermazione della Corte costituzionale secondo cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»¹⁶.

La proposta in esame mira difatti a riconoscere nell'entità che si sviluppa a partire dal concepimento una "persona" tale e quale a quella che, in tutti i sistemi giuridici europei, si individua nell'essere umano solo a partire dalla nascita; così appiattendolo la gradazione inscritta nel fatto naturale della vita in formazione che, almeno fino a un certo grado di sviluppo, dipende dal corpo materno, immedesimandosi in esso.

Non a caso, il fondamento teorico della modifica viene indicato nel principio di eguaglianza, invocato come «cardine della moderna civiltà giuridica»¹⁷.

In effetti, l'abrogazione che nel 1944 ha interessato il terzo comma dell'art. 1 c.c. era stata adottata all'insegna dell'uguaglianza tra esseri umani, volendosi allora definitivamente superare la grave discriminazione perpetrata dal legislatore fascista in danno delle persone appartenenti alla razza non

¹⁴ La tutela del concepito ha fondamento costituzionale nell'art. 31, comma 2, che protegge la maternità, e nell'art. 2 che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito» (testualmente, Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27).

¹⁵ Riferendosi all'originaria proposta, taluno ha osservato, anzi, che esso costringerebbe a riscrivere gran parte delle norme dedicate alla persona fisica, così C.M. MAZZONI, *La vita nascente: il corpo del nascituro*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008, 216 ss.

¹⁶ Sempre Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27.

¹⁷ Così la Relazione di accompagnamento (a p. 3) che qui riecheggia la valutazione sull'art. 1 c.c. espressa dalla più risalente dottrina, la quale considerava la norma «indice di somma civiltà dell'ordinamento giuridico italiano» e «massima espressione del principio di eguaglianza di tutti gli "esseri umani"» (lo ricorda E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, 16, alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici).

ariana. E la nozione di capacità giuridica generale, considerata di scarso rilievo pratico, riveste – secondo la dottrina – un innegabile valore morale proprio nell’esprimere il definitivo ripudio di discriminazioni conosciute in altre epoche storiche e nel confermare l’impegno a rimuovere le disparità di carattere formale e le diseguaglianze che di fatto incidono sulla proclamata idoneità ad acquistare diritti e doveri¹⁸.

Senonché, ci troviamo ora al cospetto di un intervento assai diverso che impropriamente invoca il principio di eguaglianza per applicarlo a situazioni differenti, quali la condizione della persona già vivente e di quella non ancora nata, la cui sopravvivenza dipende dal grembo materno¹⁹. La modifica sarebbe inoltre inservibile al fine dichiarato e, come tale, ha incassato un giudizio negativo fin dalla sua prima ideazione²⁰. Difatti, la norma codicistica che individua nella nascita la condizione per il “riconoscimento” generale ed egualitario della totalità dei diritti non patrimoniali spettanti al soggetto, non implica – come la migliore dottrina ha chiarito da tempo – una esclusione “a contrario” del non nato da tutti e da ciascuno di quei diritti²¹.

Pertanto, è davvero necessario procedere alla modifica dell’art. 1 c.c. al fine di tutelare il concepito e la vita nascente? La “pienezza” di tutela invocata da chi propone di anticipare al concepimento l’acquisto della capacità giuridica a quale “entità” si commisura? Qual è il reale significato e il costo che sconterebbe la sua attuazione?

2. L’inizio della vita umana e la tutela dell’aspettativa a nascere. Il *nondum natus* non necessita della capacità generale

La nozione tradizionale di capacità sottesa all’art. 1 c.c., indicando una «qualità astratta ed ideale, sempre identica a sé stessa»²², mal si adatta alla condizione del concepito per descrivere la quale si è parlato di una mera aspettativa alla nascita e a nascere sano²³.

Se non v’è dubbio che, dal punto di vista biologico, la vita umana inizi ben prima della nascita e si sviluppi in un processo continuo dal concepimento²⁴, non può stupire che la corrispondente nozione

¹⁸ Tra i primi a condividere l’osservazione, P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, cit., 794.

¹⁹ Persino la dottrina assestata su posizioni conservatrici e tendenzialmente restrittive riconosce che «non vi è quella “equivalenza” tra la “individualità” del concepito e la “personalità” della madre che potrebbe giustificare una – peraltro comunque azzardata – operatività del principio di parità di trattamento», così F.D. BUSNELLI, *Di chi è il corpo che nasce?*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., 117.

²⁰ V., per tutti, il giudizio espresso da G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 44 ss.

²¹ V. P. ZATTI, *Diritti dell’embrione e capacità giuridica del nato*, cit., 109.

²² La sottolineatura in questi termini è di M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI (continuato da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2019, 28.

²³ Ancora M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 32 ss., il quale scrive con fermezza che la l. n. 194 non lede alcun presunto diritto del concepito al conseguimento della vita.

²⁴ Processo del quale, peraltro, possono essere individuate alcune tappe cruciali anche per il diritto, come il momento in cui si inverte la cd. *viability* del feto. Il processo riproduttivo in chiave biologica è illustrato da C. FLAMIGNI, *Le tappe dell’evoluzione biologica*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, II, 1281 ss.

giuridica si sia invece imperniata su due fatti – la nascita e la morte – che la legge ha eretto a confini dell’arco della vita²⁵, ricorrendo a criteri fissi per determinare il loro verificarsi²⁶.

Di fronte alla complessità e gradualità del processo, ora non più solo naturale, di formazione della vita umana, il diritto civile individua nella nascita²⁷ il momento decisivo e di facile accertamento per il riconoscimento della capacità giuridica generale²⁸, ossia quella prerogativa che, secondo una nota definizione, indica l’astratta attitudine ad essere titolare di diritti e doveri che si riscontra nella persona intesa in senso giuridico²⁹. Conseguentemente, si è giunti a distinguere la soggettività piena delle persone già nate da quelle forme di soggettività che possono ricondursi alla condizione dell’embrione e del feto. Emerse soprattutto con l’avvento delle biotecnologie, esse esprimono l’attenzione dell’ordinamento per valori, considerati di interesse generale, che si collocano nella fase prenatale.

La dottrina giuridica, nell’affrontare i dilemmi posti da alcune questioni morali di inizio vita (dall’aborto alla tutela dell’embrione nella procreazione medicalmente assistita), ha dunque indagato l’atteggiarsi della “soggettività” prima della nascita, al fine di delineare i contorni della protezione che il diritto può assicurare a valori universalmente condivisi, quali la vita prenatale e la dignità dell’embrione. Nelle sue analisi, oltre ad aver da tempo abbandonato l’alternativa secca tra *personae* e *res*, propugnando la costruzione di una soggettività “tagliata su misura del corpo che nasce” ha perentoriamente escluso che questa costruzione passi attraverso l’attribuzione di una capacità giuridica generale al nascituro concepito³⁰.

²⁵ Risale ad Alcmeone, un medico vissuto nel VI secolo a.C., la considerazione secondo la quale, a fronte della figura più perfetta, il cerchio, noi siamo un cerchio incompiuto, un “arco”, appunto. Lo ricorda I. DIONIGI, *Parole che allungano la vita*, Milano, 2020, 88, laddove osserva che «per una meravigliosa e tremenda ambiguità linguistica la morte e la vita sono iscritte nella stessa parola greca *bios*: *bíos* è “vita”, *bíos* è “arco”».

²⁶ Nella prospettiva del legislatore del 1942, «il nascere e il morire tracciano i confini del soggetto: tanto dura la vita altrettanto dura l’uomo come persona giuridica», scrive N. IRTI, *La giuridificazione del bios*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 337 ss., osservando peraltro come la saldezza di questi confini, con l’avvento della biotecnica e del biodiritto, appartenga al passato.

²⁷ V. P. RESCIGNO, *Nascita*, voce in *Digesto, disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 1 ss.

²⁸ Ciononostante, la tesi secondo la quale l’acquisto della capacità giuridica sarebbe anticipato al concepimento è stata formulata in dottrina da E. GIACOBBE, *op. cit.*, 255 s., la quale esprime il convincimento che «nulla ostacola l’affermazione della capacità giuridica del concepito ad eccezione dell’autodeterminazione della donna», frapponendosi all’affermazione della sua personalità giuridica esclusivamente la legge sull’aborto. V. anche G. BALLARANI, *La capacità giuridica “statica” del concepito*, in *Dir. fam.*, II, 2007, 1462 ss., secondo il quale «l’art. 1 c.c. potrebbe leggersi con una aggiunta: *La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita, e fin dal momento del concepimento per quanto attiene alla tutela della persona*». La tesi è ripresa nel successivo scritto dell’autore: *La situazione giuridica del concepito tra esigenze di qualificazione e istanze di tutela*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, Roma, 2012, 60 ss.

²⁹ V. ancora P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, voce cit., 218 ss.

³⁰ Fondamentale il contributo di P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti. L’art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., 159 ss.; *Id.*, *Questioni della vita nascente*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, II, 1307 ss. V. anche P. BUSNELLI, *Di chi è il corpo che nasce?*, cit., 120 s. Prima della nascita non c’è soggetto capace, ma a prescindere da ciò, secondo la nota prospettazione di G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 829 ss., con il concepimento si crea il “principio dell’uomo”. Sui riflessi delle qualificazioni soggettive riferite alla vita prenatale, si leggano le interessanti pagine di D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, cit., 1253 ss. Più di recente, a favore della soggettività del concepito

Si è privilegiato in sostanza, e tale visione non può che condividersi, un approccio più vicino possibile al dato empirico; alla mutevolezza di una condizione in divenire, che richiede un certo grado di relatività delle valutazioni che la concernono in ragione dei differenti contesti (gravidanza, PMA, ricerca scientifica) nei quali la tutela dell'embrione e del feto può entrare in conflitto con altri interessi.

Per altro verso, anche sul piano giuridico, è da tempo matura l'idea secondo la quale l'esistenza e la tutela dell'uomo – di ogni "persona" secondo la terminologia in uso nelle Carte dei diritti fondamentali³¹ – non è condizionata dalla nascita³².

In questo quadro, la qualificazione dell'embrione o del feto come individuo umano non implica l'attribuzione di una soggettività piena, né della capacità giuridica. Oltretutto, la meccanica estensione di queste qualifiche non è funzionale ad una tutela che viene comunque garantita – con la tecnica del bilanciamento – nei particolari e noti ambiti in cui il percorso verso l'autonomia vitale può subire interferenze³³.

Su questi presupposti, con specifico riferimento alla gravidanza, il concepito può legittimamente essere oggetto di un intervento abortivo, lasciato all'autonoma valutazione della donna circa l'incidenza della gestazione sulla propria salute fisica o psichica, nei primi 90 giorni³⁴, e a condizioni più rigorose nel periodo successivo, privilegiandosi, in tal caso, la tutela della vita della donna o della sua salute (artt. 4 e 6 l. n. 194/1978).

Allo stesso tempo, altre norme della legge n. 194/1978 giustamente riservano una particolare protezione alla vita nascente. Basti qui ricordare la significativa disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 7 secondo la quale, quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione

(distinto dalla persona dotata di capacità ex art. 1 c.c.) si è espresso R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1554 ss. Per una critica alla dissociazione tra capacità giuridica e soggettività che, con riferimento al concepito, si ritrova in alcuni orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, v. invece P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status*, cit., 107 ss., secondo il quale la protezione dei beni e dei valori inerenti al concepito è attuata dall'ordinamento «attraverso singole e specifiche forme di tutela, che prescindono dall'attribuzione della qualità di soggetto di diritto» (112).

³¹ Le fonti di diritto internazionale e comunitario sui diritti dell'uomo dedicano tutte uno tra i primi articoli al diritto alla vita (v. art. 3 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 2 Convenzione europea dei diritti umani; art. 2 Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

³² Parafrasando G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, cit., 830, l'uomo esiste, anche nel seno materno, quando è formato come vivente con capacità di vita, da intendersi come capacità di esistenza fisica, non essendo richiesto altro per la tutela della sua vita; *Id.*, *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2007, 259 ss.

³³ V. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 229 ss., secondo la quale «L'attribuzione della capacità giuridica dell'embrione non è dunque la via obbligata per assicurargli tutela. Essa sembra anzi, sotto qualche aspetto, addirittura riduttiva e fuorviante» (così 234). Considera del tutto inadeguato il richiamo ai concetti di personalità, soggettività e capacità per la tutela dell'uomo e della vita prenatale C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, cit., 1299 ss. Secondo l'autore «occorre svincolare il discorso giuridico dai "pantani della soggettività" ed assegnare al concepito garanzia di difesa senza obbligare il giurista alla necessità pregiudiziale di attribuirgli qualità soggettive nel significato e con le conseguenze che il diritto accorda a questo concetto». Ciò che deve stare a cuore è «preservare una tutela materiale del concepito», dato che «l'essere umano nascente rileva ai fini del diritto come entità ed identità corporea, l'uomo che si sviluppa in un processo di vita» (1304).

³⁴ V., da ultimo, L. BUSATTA, *L'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *Nomos*, 2, 2022.

della gravidanza può essere praticata solo in caso di grave pericolo per la vita della donna e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del nascituro³⁵.

Si potrebbe sostenere, per contro, che l'attribuzione della qualità di persona (nell'angusto senso codicistico) a partire dalla nascita non è una necessità logica, ma una scelta giuridica, ed in quanto tale può essere teoricamente modificata. Ma il punto non sta nel riconoscere o escludere la capacità generale³⁶ e con essa il carattere di persona di diritto comune al *nondum natus* perché, a voler portare a conclusione il ragionamento con riferimento all'aborto e alla protezione della vita nascente, l'estensione di questa qualifica al concepito «può spostare i pesi nei piatti del bilanciamento, ma non escluderne la necessità»³⁷.

L'eccedenza dell'estensione della capacità giuridica generale al nascituro ai fini della sua tutela ha poi trovato conferma in altri settori del diritto civile. Tra le questioni più rilevanti che hanno intersecato l'art. 1 c.c. si annovera la risarcibilità dei danni derivanti da un fatto avvenuto nella fase prenatale. Ma anche questi problemi, inclusi quelli riconducibili alle diverse fattispecie di cd. nascita indesiderata, hanno avuto soluzione mediante il ricorso alle regole esistenti (segnatamente alle norme che regolano la responsabilità civile), senza bisogno di costruire un'anticipata capacità del nascituro³⁸.

3. La matrice ideologica della proposta di modifica dell'art. 1 c.c. nel quadro globale di arretramento della tutela dei diritti riproduttivi della donna

Come ricordato, l'iniziativa legislativa odierna non è una novità. Potrebbe dunque essere prontamente archiviata alla luce delle considerazioni che la dottrina civilistica ha sviluppato sulla questione. Tanto più perché il tempo trascorso, nonostante l'intensificarsi dei problemi connessi a scelte morali e giuridiche sulla vita prenatale, ha confermato la lungimiranza di quel pensiero.

Tuttavia, l'ostinata riproposizione dell'anacronistica idea di retrocedere al concepimento l'acquisto della capacità giuridica – di cui pure, fin dalle sue prime apparizioni, è stata ampiamente dimostrata l'inutilità – impensierisce poiché esprime una matrice ideologica che si colloca in un quadro globale di arretramento della tutela dei diritti di genere, che sta altrove avendo manifestazioni particolarmente odiose. Difatti, tra le più subdole minacce allo Stato di diritto e ai diritti civili dell'epoca attuale, si an-

³⁵ Per approfondimenti, P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, cit., 1328 ss.

³⁶ Secondo G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 99 ss., la disposizione dell'art. 1 c.c. non va sopravvalutata perché «il problema non è di capacità giuridica, ma di esistenza e consistenza del principio di vita nel quale è già tutto l'uomo futuro». Del resto, prosegue l'autore, la stessa norma riconosce diritti in favore del concepito e la subordinazione alla nascita non esclude che si sia in presenza di una realtà giuridica attuale e tutelabile.

³⁷ Cfr. P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2001, 149 ss.

³⁸ Come aveva sostenuto P. RESCIGNO, *Nascita*, voce cit., 2; *Id.*, *Frammenti da varie riflessioni nel tempo*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., 150. Per un approfondimento su questi temi, v. G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, 115 ss. La giurisprudenza pronunziatasi in materia di danni subiti dal feto nella vita intrauterina ha dapprima riconosciuto la soggettività del concepito, pur considerandolo privo di capacità giuridica generale (v. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *NGCC*, I, 2009, 1258, con nota critica di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*), per poi assestarsi sull'orientamento espresso dalle Sezioni Unite (Cass., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Foro it.*, 1, 2016, 494) secondo le quali non è indispensabile elevare il nascituro a soggetto di diritto dotato di capacità giuridica per fornirgli protezione.

noverano le incursioni del potere politico nella dimensione morale, corporea, sessuale e riproduttiva dell'individualità umana³⁹.

La vicenda americana sfociata nella sentenza *Dobbs*⁴⁰ rappresenta un esempio emblematico di quanto si va affermando e dello specifico fenomeno di indebolimento delle prerogative individuali sul corpo femminile⁴¹.

In ambito europeo, è stata preceduta dall'involuzione recentemente subita dal diritto all'interruzione volontaria della gravidanza nelle cd. democrazie illiberali di Polonia e Ungheria.

In Polonia, con sentenza del 22 ottobre 2020 (K 1/2020), il Tribunale costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 4a della "*Legge sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto*" che dal 1993 regola l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza. A seguito della decisione è venuta meno la possibilità di procedere all'aborto in presenza di gravi malformazioni fetali, casistica che riguardava la maggioranza delle procedure di IVG praticate. Nella motivazione della sentenza emerge la visione del concepimento come origine della persona e si utilizza la qualificazione del feto come "fanciullo" al fine di rafforzare la protezione della vita nel periodo prenatale, considerando la vita del "bambino concepito", portatore di gravi malformazioni, quale bene di valore sufficiente a sacrificare la libertà della donna di abortire⁴².

In Ungheria, con decreto entrato in vigore il 15 settembre 2022, il governo è intervenuto sulla legge n. 32 del 1992 "*Protezione della vita fetale*" che consente di abortire entro la dodicesima settimana di gestazione, prescrivendo l'inserimento di un paragrafo aggiuntivo nel modulo standard che la donna deve compilare per l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza. Tale modifica richiede che l'operatore sanitario attesti di aver presentato alla gestante, prima di procedere con l'intervento, un'indicazione chiaramente identificabile dei segni vitali del feto, la cd. rilevazione del battito cardiaco. Ufficialmente la novità si giustifica con l'esigenza di rendere alla donna informazioni più complete sulla gravidanza, ma – com'è facilmente intuibile – si presta ad essere strumentalizzata per disincentivare e ostacolare l'esercizio del diritto sottoponendo la donna che si determina all'IVG ad un ulteriore faticoso adempimento.

³⁹ V., tra gli altri, E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022, 221 ss., laddove osserva: «Gli interventi sul corpo delle donne e sull'autodeterminazione rappresentano una delle principali, sebbene non l'unica, manifestazione di questo arretramento (n.d.r.: subito dai "diritti di genere"), fortemente legata, peraltro, alla crisi dello stato di diritto che caratterizza gli ordinamenti segnati da gestioni populiste del potere, in cui rinvigoriscono del patriarcato e indebolimento dei principi cardine del costituzionalismo sembrano sempre più integrarsi e confermarsi reciprocamente».

⁴⁰ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sentenza 24 giugno 2022, *Dobbs v. Jackson Womens' Health Organization* reperibile qui: [19-1392 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization \(06/24/2022\) \(supreme-court.gov\)](https://www.supremecourt.gov/opinion/2022/06/24/dobbs-v-jackson-womens-health-organization).

⁴¹ V. l'accurata analisi di S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE Online*, [S.I.], 53, 3, sep. 2022. Available at: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1661>. (last access: 03 jan. 2023). Ma anche le considerazioni di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v. Wade»*, in *Foro it.*, 9, IV, 2022, 432 ss.

⁴² Per approfondimenti, J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos*, 2, 2022.



In tutti questi paesi, con accenti e sistemi diversi, si è dunque esasperato sul piano giuridico, ma anche sociale, l'inevitabile conflitto di interessi sotteso all'aborto utilizzando il metodo, tipico delle posizioni antiabortiste, che consiste nel rafforzare la protezione del feto, mediante la sua personificazione, per erodere di riflesso il diritto all'autodeterminazione della donna⁴³.

Si tratta di una strategia, comune al più recente d.d.l. italiano sull'art. 1 c.c., di cui la dottrina rinviene traccia nella decisione della Corte Suprema americana, che ha segnato il definitivo *overruling* di *Roe*⁴⁴. Benché la pronuncia non sia centrata su questo profilo, non è sfuggito agli osservatori come dal concetto di "*potential life*" cui si riferiva *Roe* e la successiva *Casey*⁴⁵, in *Dobbs* il feto sia diventato "*unborn child*" o "*unborn human being*", mentre la donna non viene più menzionata⁴⁶. Il conferimento della personalità al feto, che fa capolino nella sentenza americana della scorsa estate, segna dunque un significativo mutamento di prospettiva⁴⁷ che oltreoceano implica l'apertura «a normative che impediscono alle donne di abortire in Stati in cui l'interruzione della gravidanza è lecita»⁴⁸.

In Europa, il diffondersi di questa visione potrebbe mettere a repentaglio la tenuta delle leggi nazionali sull'interruzione volontaria della gravidanza, che pure rappresenta una delle conquiste sociali più rilevanti degli ultimi decenni, condivisa da quasi tutti i Paesi dell'Unione⁴⁹ e difesa dalle sue istituzioni⁵⁰.

⁴³ Va da sé che ci si riferisce a un'autodeterminazione non slegata da vincoli, ma che si esercita negli spazi che le diverse legislazioni nazionali sull'aborto consentono in connessione alla tutela della vita e della salute della gestante; quindi, in termini diversi e sfumati rispetto a quel diritto all'*autonomy privacy* che la Corte Suprema americana nel 1973 aveva posto a fondamento del diritto all'aborto nel primo trimestre della gravidanza con la storica sentenza *Roe v. Wade*. Difatti, limitando la considerazione alla legge italiana, essa «si caratterizza, con sufficiente chiarezza, come un provvedimento che tutela la vita umana fin dal suo inizio e ne consente il sacrificio a tutela della salute della donna, alla quale rimette la scelta se sopportare rischi di diversa gravità per la propria salute, e proseguire la gravidanza, o invece interrompere la gravidanza per potersi sottrarre a quei rischi; l'autodeterminazione ne risulta garantita non come valore in sé protetto che ponga a discrezione della madre la vita del feto, ma come modo di assunzione di responsabilità in ordine alla soluzione del conflitto tra vita del feto e salute della stessa madre», così P. ZATTI, U.G. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della)*, voce in *Digesto, disc. priv.*, IX, Torino, 1993, 264.

⁴⁴ *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).

⁴⁶ Lo rileva M.R. MARELLA, «*Dobbs*» e la geopolitica dei diritti, in *Foro it.*, 9, IV, 2022, 442 ss., ma v. altresì ID., *Dobbs v. Jackson Womens' Healt Organization, l'Europa e noi*, in *Giustizia insieme*, 26 settembre 2022. La "invisibilizzazione" delle donne in *Dobbs* è una cifra della decisione messa in evidenza anche da E. STRADELLA, *op. cit.*, 215 ss.

⁴⁷ È opinione abbastanza diffusa che uno dei profili di debolezza della sentenza *Roe* sia consistito nell'aver la Corte utilizzato un criterio assolutistico, incentrando la costruzione del diritto all'aborto sull'autodeterminazione della donna. E che un passaggio argomentativo particolarmente critico di questa impostazione fosse quello in cui si negava la qualità di persona al feto. V., tra i tanti, P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale*, cit., 150, il quale premoniva: «É del tutto evidente che l'errore può prodursi in senso opposto».

⁴⁸ Così E. GRANDE, *Aborto negato una storia (non solo) americana*, in *Micromega*, 6, 2022, 84 ss., alla quale si rinvia per un'efficace sintesi del percorso giurisprudenziale americano culminato con la sentenza *Dobbs*.

⁴⁹ Con l'eccezione di Malta dove l'accesso alla procedura di IVG è oggetto di una totale criminalizzazione.

⁵⁰ V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 "sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne nell'UE", che propone di inserire il diritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali, con un nuovo articolo 7 bis del seguente tenore: «*Ogni persona ha diritto all'aborto sicuro e legale*».

In questa temperie culturale, il fondamentale principio dell'inviolabilità fisica della persona umana risulta evidentemente in pericolo. Il rischio che la prospettiva morale – di chi ritiene che il valore della vita prenatale meriti una tutela assoluta e incondizionata – penetri nella regolamentazione giuridica, scardinando gli equilibri finora raggiunti dalle legislazioni sull'aborto, sembra difatti crescere in concretezza.

Chi si pone lungo questa scia deve essere coerentemente disposto ad ammettere che intende la gravidanza come una condizione coercibile e che il corpo della donna può essere violato in funzione della tutela della vita e della salute del nascituro che cresce nel suo grembo, rendendosi così complice di un tragico arretramento della condizione femminile.

Nell'attuale scenario globale sull'aborto, l'idea di modificare l'art. 1 del codice civile italiano assume perciò le sembianze di un tedioso rigurgito di sovranità sul corpo delle donne.

Special issue



Abortion rights in EU law: recent developments

Tamara Hervey, Tiyash Banerjee*

ABORTION RIGHTS IN EU LAW: RECENT DEVELOPMENTS

ABSTRACT: The European Parliament's 2022 Resolution on *Global Threats to Abortion Rights* promotes a wide-ranging and women-focused approach to sexual and reproductive health and rights, which continue to be in jeopardy globally, and have worsened following the US Supreme Court's *Dobbs* ruling. The Resolution's most striking aspect is a call for the right to abortion to be included in the European Union's Charter of Fundamental Rights. The legal effects of such an inclusion would be limited, although potentially improving cross-border access to abortion. Union law remains a legally constrained space for pursuing abortion rights.

KEYWORDS: Abortion; women's rights; European Union

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Brief history of Union involvement in abortion law – 3. Recent developments in Union abortion law – 4. The Motion – 5. The Resolution – 6. Process for incorporating a right to abortion in the EU Charter of Fundamental Rights – 7. Legal effects of incorporating a right to abortion in the EU Charter of Fundamental Rights – 8. Conclusions.

1. Introduction

The USA Supreme Court's *Dobbs* ruling¹ has reverberated across the globe. In this chapter, we discuss recent developments in abortion law at the level of the European Union. Our focus is not the national law of the Union's Member States. These are covered elsewhere.² In principle, abortion law is not a European Union ('Union') competence. The European regional organisation that has been concerned with abortion is the Council of Europe, especially through application of its Convention on Human Rights (ECHR).³ Nevertheless, the Union's judicial and legislative institutions have engaged with abortion law for decades.

* Tamara Hervey, *The City Law School, City, University of London*. Mail: Tamara.Hervey@city.ac.uk. Tiyash Banerjee, *The City Law School, City, University of London*. Mail: Tiyash.Banerjee@city.ac.uk. The article was subject to a blind peer review process.

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 19, 1392, 2022.

² For a recent summary, see L. BERRO PIZZAROSSA, T. HERVEY, A. DE RUIJTER, *Abortion Law in Europe: the promise and pitfalls of human rights and transnational trade law in the face of criminalization with exceptions*, in M. ZIEGLER, ed, *Research Handbook on International Abortion Law*, 2023 and the references therein.

³ See *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* ECHR (Grand Chamber), 29 October 1992, Applications 14235/88 and 14234/88; *Vo v. France* ECHR (Grand Chamber), 8 July 2004, Application 53924/00; *Tysiack v. Poland*, ECHR (Fourth Section), 20 March 2007, Application 5410/03; *A., B. & C v. Ireland*, ECHR (Grand Chamber), 16 December 2010, Application 25579/05; *P and S v. Poland*, ECHR (Fourth Section), 30 October 2012, Application 57375/08. See also, eg Council of Europe, *Women's Sexual and Reproductive Rights in Europe*, 2017, <https://rm.coe.int/women-s-sexual-and-reproductive-health-and-rights-in-europe-issue-pape/168076dead>,

The article proceeds as follows. First, we briefly outline some key elements of the history of Union institutions engaging with questions of abortion. We conclude this section by mentioning some possible future bases on which Union law might be used by women to secure or provide safe abortions. Here, we refer to earlier work by Hervey and Sally Sheldon.⁴ We then turn to the recent involvement of the European Parliament on abortion rights. This development is directly in response to the *Dobbs* ruling. We consider the detail of Parliamentary activity, and explore its possible effects. We note that the European Parliament is only a co-legislature in the Union's 'constitutional' system, and that the European Parliament has little formal role in Treaty reform. Even if the most striking aspects of the Resolution were to come to fruition, ensuing legal changes would be limited. We conclude by pointing out that current Union abortion law is inherently legally constrained in its nature and scope.

2. Brief history of Union involvement in abortion law

The earliest well-known involvement of the Union's institutions in abortion involves the Union's Court of Justice in the early 1990s.⁵ At a time prior to the widespread availability of information about abortion clinics through the internet, students unions in Irish universities published a guide to clinics in England where abortions could be performed legally. An anti-abortion organisation, the Society for the Protection of Unborn Children, brought a legal claim seeking an injunction against the publication of the guide. The Irish Supreme Court referred the matter to the European Court of Justice, asking whether Union Member States were prohibited, as a matter of Union law, from banning advertising a service that is illegal in one Member State, but lawful in another, where the service would be provided. The Court of Justice focused on the advertising services, not on the service of abortion *per se*. The Court was reluctant to consider the question from the point of view of sexual health and reproductive rights.

Union law does not directly cover abortion. The EU's Charter of Fundamental Rights, which is a primary source of Union law, does not mention abortion. The Court of Justice of the European Union has not ruled directly on the matter. The EU Charter does refer to the European Convention on Human Rights in its explanations, which provide a source for interpretation of its provisions. The European Convention on Human Rights is also a source of 'general principles' of Union law, which again

(last visited 09/03/2022). For discussion see L. BERRO PIZZAROSSA, T. HERVEY, A. DE RUIJTER, *Abortion Law in Europe: the promise and pitfalls of human rights and transnational trade law in the face of criminalization with exceptions*, in M. ZIEGLER (ed.), *Research Handbook on International Abortion Law*, 2023; F. FABBRINI, *The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the Right to Abortion: Roe v. Wade on the Other Side of the Atlantic?*, in *Columbia Journal of European Law*, 18, 2011, 1–54; D. FENWICK, 'Abortion Jurisprudence' at Strasbourg: Deferential, Avoidant and Normatively Neutral? in *Legal Studies*, 34, 2014, 214–45; D. FENWICK, *The Modern Abortion Jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Medical Law International*, 12, 2012, 249–76.

⁴ T. HERVEY, S. SHELDON, *Abortion by telemedicine in Northern Ireland: patient and professional rights across borders* in *Northern Ireland Law Quarterly*, 68, 1, 2017, 1–33.

⁵ Case C-159/90, *SPUC v Grogan*, EU:C:1991:378. See G. DE BÚRCA, *Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law* in *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 3, 1993, 283; D. ROSSA PHELAN, *Right to Life of the Unborn v Promotion of Trade in Services: the ECJ and the normative shaping of the EU* in *Modern Law Review*, 55, 1992, 670; E. SPALIN, *Abortion, speech and the European Community: I. Abortion and state border conflicts* in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 14, 1, 1992, 17–32.

provides an interpretative guide, as Union law is assumed to be consistent with the European Convention on Human Rights. As far as we are aware, however, there have been no attempts to rely on European Convention rights in litigation involving Union law. Hervey and Sheldon suggested a possible route for such litigation in 2017.⁶ This suggestion would involve a doctor providing cross-border abortion services in the Union relying on her freedom to provide services in Union law. The focus of such potential litigation is not on women as human rights holders. Instead, the idea is to frame women as economic actors, giving and receiving medical services, exercising autonomy not against the state *per se*, but operating in a trade or professional context. The possibility of such litigation has not (as yet) been realised.

3. Recent developments in Union abortion law

Instead of litigation, recent developments in Union law involve the European Parliament. The European Parliament is the directly elected institution of the Union.⁷ Unlike the Council, whose members are drawn from the governments of the Union's Member States,⁸ Members of the European Parliament are directly elected by the Union electorate. The powers and duties of the European Parliament include acting as a co-legislature⁹ with the European Commission (which has powers to propose Union legislation) and the Council (which, under the ordinary legislative procedure, decides, along with the European Parliament, whether to adopt a Commission proposal for new Union legislation). The power of the Union legislature to adopt legislation is constrained by Union law on competence.¹⁰

The European Parliament's Rules of Procedure¹¹ determine how Parliament undertakes its business. Under Rule 132, members of the European Commission or the Council may seek permission from the President of Parliament to make a statement in Parliament. The President decides whether each statement is to be followed by a full debate, or by a brief 30 minute period of questions and answers. If the President decides that a full debate is to take place, Parliament then has to decide whether to wind up that debate with a formal Resolution. If Parliament decides that this will be the case, a committee of Parliament, a political group within Parliament, or simply a group of one twentieth of all Members of the European Parliament (36/705 MEPs), may table a formal Motion for a Resolution. On 8 June 2022, Isabelle Rome, on behalf of the Council, and Valdia Dombrovskis, on behalf of the Commission made statements in the European Parliament on "Global threats to abortion rights: the possible overturn of abortion rights in the US by the Supreme Court". Rome's statement pointed to the complexities and sensitivities of discussions of abortion, health and human rights. She reminded MEPs that abortion law is a matter for national constitutions within the Union, and that Union law does not interfere with such matters. However, she went on to note that "there is no doubt" that women's rights are fundamental human rights, and that breach of such rights is discriminatory. She

⁶ HERVEY, SHELDON, *Abortion by telemedicine*, see 4.

⁷ Article 223 TFEU.

⁸ Article 237 TFEU.

⁹ Articles 289 and 294 TFEU.

¹⁰ Article 5 TEU; Articles 2-6 TFEU.

¹¹ Adopted under Article 232 TFEU, European Parliament, Rules of Procedure — 9th parliamentary term — July 2019 OJ L 302, 22.11.2019, 1-128.

noted that the Parliament has often discussed such matters in the context of its external affairs – the way the Union interacts with the rest of the world – and that the Union is committed to the rights of women and girls across the globe, following developments in this regard attentively, and seeking progressive changes in human rights protection, both within its borders and elsewhere.¹² Dombrovskis focused more explicitly on the *Roe v Wade* ruling, describing a (then) potential overruling of the right to access abortion guaranteed in the US constitution as “a profound retrogression”. He expressed a shared concern with US President Biden’s view that to overturn *Roe v Wade* would be to put in question other rights, such as women’s access to reproductive healthcare, and women’s control over their own lives and bodies. The consequences of that decision would have a radical effect not just in the USA, but globally, leading to an increase in unsafe abortions, preventable maternal deaths and morbidities. The Union’s commitment to sexual and reproductive health and rights is expressed through the Union’s external development policies,¹³ where the Union works in partnership with its Member States, the United Nations, and partner countries across the world. Dombrovskis described the Union as a “leader” in sexual and reproductive health and rights, and “staunch supporter” of their realisation.

On 3 June 2022, the European Conservatives and Reformist Group, a centre-right political group in the European Parliament, tabled a formal Motion¹⁴ for a Resolution following the Council and Commission statements and the ensuing Parliamentary debate on 8 June 2022. Founded in 2009, the European Conservatives and Reformist Group in the European Parliament focuses on the Union “doing less, but better”. Their tagline on their website¹⁵ is “cooperation, yes; superstate, no”, and they claim to embody a “commonsense” approach to European integration. Their “family and life” policies include “respecting motherhood”.¹⁶ Prominent members of the Group support anti-abortion campaigns.¹⁷

4. The Motion

The Motion situates the debate within the context of the Treaty on the Functioning of the European Union, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the Declaration of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC), the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, the European Parliament Resolution on 10 December 2013 on Sexual and Reproductive Health and Rights,¹⁸ and Parliament’s Rules of Procedure.

¹² See, for example, European Parliament resolution of 24 June 2021 on the situation of sexual and reproductive health and rights in the EU, in the frame of women’s health (2020/2215(INI)); European Parliament resolution of 26 November 2020 on the de facto ban on the right to abortion in Poland (2020/2876(RSP)).

¹³ Articles 208-212 TFEU.

¹⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0292_EN.html (last visited 25/11/2022).

¹⁵ <https://ecrgroup.eu/> (last visited 25/11/2022).

¹⁶ https://ecrgroup.eu/campaign/family_and_life (last visited 25/11/2022).

¹⁷ See, for example, <https://bit.ly/4096HTI> (last visited 25/11/2022).

¹⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0548_EN.html (last visited 25/11/2022).

The Motion refers specifically to several provisions within these frameworks. The European Parliament is invited to have regard to Article 168(7) TFEU, which states that Union action “shall respect the responsibilities of the Member States for the definition of their health policy and for the organisation and delivery of health services and medical care”. Article 3 UDHR concerns the right to life, liberty and security of person, and Article 18 UDHR the right to freedom of thought, conscience and religion. Article 10 of the EU’s Charter of Fundamental Rights similarly concerns the right to freedom of thought, conscience and recognises the right to conscientious objection, in accordance with the national laws governing the exercise of this right. The preamble of the UNCRC notes that “the child [...] needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth.” In focusing on these provisions, the Motion seeks to situate the debate within particular aspects of abortion debates and policies, particularly those focused on the idea of embryos or foetuses being similar enough to children to have rights; those focused on women’s motherhood as an essentialist aspect of womanhood; and those focused on the Union’s limited competences in healthcare. For example, on 10 December 2013, the European Parliament had adopted a Resolution which noted that “even though it is a competence of the Member States, to formulate and implement policies on health and on education, the EU can contribute to the promotion of best practices among Member States”. This Resolution was adopted within the context of sexual education in schools and sexual and reproductive health and rights more generally. By referring to this, the Motion of June 2022 recognises the status of any Resolution as a mere promotion of best practices, rather than specifically formulating or affecting the policies of Member States. The constrained nature of Union competence in the field of abortion is stressed.

The Motion reflects concerns about abortion and the divisive nature of the debate. By contrast to the Resolution (discussed below), which focuses on increasing sexual and reproductive health and rights, the Motion emphasises the more controversial elements of abortion. The Motion centres children (arguably not at issue in the context of abortion, which by definition concerns women and embryos or foetuses). It defines abortion as “the termination of a life in progress in a mother’s womb”. One of the most striking aspects of the Motion is its explicit statement to the effect that “abortion can never be considered a human right because it violates the very basis of human rights and contravenes human nature itself”. This is in stark contradiction to the reasoning, for example, in *Roe v Wade*.¹⁹ Women, their rights, autonomy, health or dignity, are absent from the Motion, except where women are constructed as mothers. The Motion considers negative practices around abortion, such as the selective abortion of girls, and the negative consequences of encouraging mothers whose babies may have some kind of malformation or physical or biological limitation to have abortions, alongside the violation of forced abortion.

Overall, the emphasis of this Motion, reflecting the views of the European Conservatives and Reformist Group, differs significantly from the Resolution that was ultimately adopted by the European Parliament as a whole. The Motion shows more explicitly the controversial nature of abortion debates, whereas the Resolution downplays these, by adjusting its focus towards women (and girls); drawing on global data about abortion practice, and its effects on women; and reframing the relevant concepts.

¹⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

5. The Resolution

The European Parliament's Resolution on *Global Threats to Abortion Rights: the possible overturn of abortion rights in the US by the Supreme Court*²⁰ was adopted on 9 June 2022. As the title suggests, the Resolution was passed within the political context of the initial draft majority of the Supreme Court of the United States in the *Dobbs* case.²¹ Following a plenary debate, the Parliamentary Resolution was passed by 364 votes in favour, 154 against, and 37 abstentions.

The Resolution is situated within a number of relevant International Covenants, including the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979 and the European Convention on Human Rights of 1950. Beyond international covenants and the relevant American sources, the European Parliament makes reference to six of its own resolutions: 1) its resolution on 7 October 2021 on the state law relating to abortion in Texas, USA; 2) its resolution on 24 June 2021 on the situation of sexual and reproductive health and rights in the EU in the frame of women's health; 3) its resolution on 11 November 2021 on the first anniversary of the de facto abortion ban in Poland; 4) its resolution on 13 February 2019 on experiencing a backlash in women's rights and gender equality in the EU; 5) its resolution on 11 February 2021 on challenges ahead for women's rights in Europe, more than 25 years after the Beijing Declaration and Platform for Action; and 6) its resolution on 5 May 2022 on the impact of the war against Ukraine on women. The existence of these six resolutions reflects the European Parliament's active consideration of women's rights and sexual and reproductive health and rights in recent years.

Paragraphs A-T of the Resolution provide a factual outline of the status of abortion globally. This analysis forms the basis for the European Parliament's view on the unique status and importance of *Roe v Wade* and the consequences of overturning it. The Resolution highlights that, according to the WHO, around 45% of all abortions are unsafe²² and that the United Nations Population Fund²³ estimates 121 million unintended pregnancies each year, over 60% of which end in abortion. The European Parliament's Resolution calls for contraception to be "integrated within the provision of age-appropriate and comprehensive sexual and reproductive health and rights information, education and services, and that they are accessible to all".²⁴ The Resolution considers the findings of the UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women that highlight that where abortion is criminalised, abortion becomes "a privilege of socio-economically advantaged women"²⁵ and that "the proportion of unsafe abortions are significantly higher in countries with highly restrictive abor-

²⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_EN.html (last visited 25/11/2022).

²¹ *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v Jackson Women's Health Organization, et al.*, dated February 2022 and leaked to the press in May 2022 (<https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504> (last visited 25/11/2022)).

²² <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion> (last visited 25/11/2022).

²³ UNFPA state of world population report, *Seeing the Unseen: The case for action in the neglected crisis of unintended pregnancy*, March 2022.

²⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_EN.html#def_1_10, para 8, (last visited 25/11/2022).

²⁵ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_EN.html#def_1_10, para B, (last visited 25/11/2022).

tion laws than in countries with less restrictive laws".²⁶ In essence, drawing on global data, the Resolution highlights that, in practice, abortion itself cannot be banned. The effect of criminalising abortion is simply to ban *safe* abortion, and to foster wide-reaching negative consequences for the sexual and reproductive health of women and girls, particularly those who are vulnerable because of their race, social class, age, or other disadvantage. The Resolution thus pays attention to intersectional²⁷ aspects of abortion rights.

After outlining the international political framework, the Resolution goes on to criticise the backsliding in women's rights and sexual and reproductive health and rights in the USA and globally. Paragraphs 2-15 urge the United States, by way of the Supreme Court, Texan State Government, the Senate, Joe Biden and the US Government, to uphold *Roe v Wade* and support a wide range of reproductive rights. The Resolution highlights that the Women's Health and Protection Act, aimed at protecting the right to abortion care throughout the USA, passed in the House of Representatives, but expresses regret that it failed to pass in the Senate.

The Resolution strongly condemns the roll-back of human rights and constitutional rights. The Resolution notes its concern for the disproportionate impact of these proposed measures on women in poverty, racialized women, women from rural areas, LGBTIQ people, women with disabilities, adolescents, migrant women, including irregular migrants, and single-parent households headed by women. In this, the Parliament highlights that forcing women to carry pregnancies to term against their will is a violation of human rights, and a form of gender-based violence, informed by the 2020 *Information Series on Sexual and Reproductive Health and Rights* produced by the UN Office of the High Commissioner of Human Rights.²⁸

Three apparently unconnected paragraphs follow. Paragraph 17 welcomes positive developments on abortion rights globally. Paragraph 18 highlights the need for female involvement in policies that affect them. Paragraph 19 addresses that the lack of access to contraception and existing unmet needs is connected to the disproportionate responsibility which women bear in relation to these.

Paragraphs 20-32 invite the Union and its Member States to both encourage the US Government to establish the right to abortion, and affirm stronger protections of sexual and reproductive health and rights in the Union. Of these proposals, the most radical can be found at paragraph 24 which: "Calls for the EU and its Member States to include the right to abortion in the Charter". This is not the first time such a proposal has been made. On 20 January 2022, Spanish MEP, Iratxe García Pérez, also proposed that the right to abortion be included in the Union's Charter of Fundamental Rights. Speaking to the European Parliament at the time Macron, the French President, noted: "Twenty years after the proclamation of our Charter of Fundamental Rights, which enshrined the abolition of the death penalty throughout the Union, I hope that we can update this charter, notably to be more explicit on environmental protection or the recognition of the right to abortion."²⁹

²⁶ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion> (last visited 25/11/2022).

²⁷ K. CRENSHAW, *On Intersectionality: Essential Writings*, 2017.

²⁸ <https://bit.ly/3RhRxHH> (last visited 25/11/2022).

²⁹ <https://www.elysee.fr/front/pdf/elysee-module-19159-fr.pdf> (last visited 25/11/2022).

Paragraph 29 offers a softer option, urging “Member States to decriminalise abortion and remove and combat obstacles to safe and legal abortion and access to sexual and reproductive services”.³⁰ Paragraph 29 goes beyond abortion to include pre-natal care, voluntary family planning support, and HIV prevention, treatment, care and support, all without discrimination. Paragraph 31 “Urges the Commission to make full use of its competence in health policy, and to provide support to Member States in guaranteeing universal access to sexual and reproductive health and rights (SRHR) in the framework of the EU4Health Programme for 2021-2027; in promoting health information and education; in strengthening national health systems and the upward convergence of healthcare standards in order to reduce health inequalities within and between Member States; and in facilitating the exchange of best practices among Member States with regard to SRHR [sexual and reproductive health and rights]; calls on the Member States to progress towards universal health coverage, for which SRHR is essential”.

6. Process for incorporating a right to abortion in the EU Charter of Fundamental Rights

If the Resolution’s proposal were to be implemented, in order to amend the EU’s Charter of Fundamental Rights, the procedure for amending the Union’s primary treaties would need to be followed. This procedure is found in Article 48 TEU, and involves agreement of all Member States, and ratification according to their constitutional requirements. The European Parliament plays only a very limited role in Treaty reform.³¹ Given the constitutional position on abortion in several Member States,³² especially Poland and Malta, such an amendment seems inherently improbable as things currently stand.

7. Legal effects of incorporating a right to abortion in the EU Charter of Fundamental Rights

If the right to abortion were included in the Union’s Charter of Fundamental Rights, what would be its principal legal effects? First and foremost, the Charter binds the Union institutions. Union legal acts must be interpreted consistently with Charter provisions, and if consistent interpretation is not feasible, Union acts are judicially reviewable for non-conformity with Charter rights.³³ However, the Charter does not extend the field of application of Union law. Nor does it establish any new Union power or competence.³⁴ As there is currently no clear Union competence to act within the field of

³⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_EN.html#def_1_10, para 29, (last visited 25/11/2022).

³¹ Article 48 TEU.

³² Full *formal* prohibition of abortion exists only in a minority of small European countries, only one of which (Malta) is a Union Member State: Andorra, Malta, San Marino and the Vatican, see World Health Organization. Global Abortion Policies Database, <https://abortion-policies.srhr.org> (last visited 25/11/2022). However, in practice, Poland’s position is close, following a decision of its Constitutional Court in 2021, see Polish Constitutional Court, Dz.U.2021.175, reviewing Dz.U.1993.17.78, Article 4a, para 1(2).

³³ Under Article 263 or 267 TFEU. See A. WARD, *Article 51 in The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, S. PEERS, et al, 2021.

³⁴ Article 51(2) EUCFR.

abortion (except the untested context, as noted above, of cross-border abortion services within the Union), merely adding a provision on abortion rights in the Charter would not, in itself, change the scope of Union competences.

The Union is competent in some aspects of public health.³⁵ As noted above, paragraph 31 of the Resolution urges the European Commission to use its full competences in public health, especially the Commission's competence to use Union funding to promote sexual and reproductive health rights. The Union's use of its resources to promote women's health could be strengthened if abortion rights were included in the EU's Charter of Fundamental Rights, as access to safe abortion is a key part of sexual and reproductive health and rights. This aspect of the Union's competence is *only* to support and complement actions of its Member States. Union financial support for health-related projects normally takes place on the basis of collaboration and co-financing with the Member States. So the use of Union competences and resources would only have a practical effect in those Member States willing to engage with the Union on this basis. There would be no change to the Union's lack of competence to adopt binding Union law that would provide a harmonised Union-level right to abortion. But a change in the EU Charter could bring about a change in the use of Union resources, and the Union's 'soft competence' - a limited but potentially valuable contribution to abortion rights in the Union.

The Charter also binds the Member States, but only when they are acting within the scope of,³⁶ or implementing,³⁷ Union law. Because Union law does not, in general, cover abortion rights, it is difficult to imagine a situation (other than the cross-border provision of services) in which Member States would be acting within the scope of, or implementing, Union law, in the field of abortion. Thus, even if the amendment called for in the Resolution were to be adopted, its legal effects would be inherently limited.

The most promising potential legal difference flowing from incorporation of a right to abortion in the EU's Charter of Fundamental Rights lies in a potential difference in the *interpretation* of other provisions of Union law. The obvious situation is cross-border provision of abortion services within the Union. Union law on cross-border service provision protects the autonomy and choice of patients and the rights of doctors to access patients outside of their 'home state'.³⁸ To begin with, it was assumed that Union market law did not apply to health services, because of the basis of European healthcare systems, which are organised on 'solidarity' rather than 'market' principles. However, in a series of cases from the late 1990s onwards,³⁹ it was established that this was not the case, and that, so long as 'remuneration' (which could be paid by a third party⁴⁰) was present, health services fall within the scope of Union law on freedom to provide services within the Union's internal market, even when

³⁵ Article 168 TFEU.

³⁶ Case 5/88 *Wachauf* EU:C:1989:321; Case C-260/89 *ERT* EU:C:1991:254; Case C-309/96 *Annibaldi* EU:C:1997:631. See A. WARD, "Article 51", above at 33.

³⁷ Article 51(1) EUCFR. See Case C-617/10 *Fransson* EU:C:2013:280.

³⁸ See, in general, for discussion of Union law as applicable in health contexts, T. HERVEY and J. MCHALE, *European Union Health Law: Themes and Implications*, Cambridge, 2015, pp. 77-83.

³⁹ Beginning with Case C-158/96 *Kohll* EU:C:1998:171. For discussion, see T. HERVEY, J. MCHALE, *European Union Health Law: Themes and Implications*, above at 38.

⁴⁰ Case 352/85 *Bond van Adverteerders* EU:C:1988:196.

provided on a 'not-for-profit' basis.⁴¹ It had already been established that abortion constitutes such a service,⁴² and the Union's 'e-Commerce Directive' confirms that medical consultations undertaken through a website constitute electronic services in Union law.⁴³

Unlike ordinary transnational trade law, Union law gives enforceable rights to individuals⁴⁴ - including both providers of cross-border services and people who receive those services.⁴⁵ Any 'restriction' on cross-border services is in principle unlawful, and can be challenged by an individual seeking to provide (or receive) such services. What counts as a 'restriction' in this sense is very broadly defined: "any national rules which have the effect of making the provision of services between Member States more difficult than the provision of services purely within a Member State".⁴⁶ A Member State seeking to justify such a restriction must do so on the basis of objective public interests such as "public policy, in particular the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences ... public health ... the protection of consumers," or where the service presents a "serious and grave risk of prejudice to those objectives".⁴⁷ The burden lies on the Member State to justify restrictions, and the proportionality test which applies here is a narrow one,⁴⁸ not a wide margin of appreciation as often the case in the context of international or regional human rights norms.⁴⁹

If the Union's Charter of Fundamental Rights were to establish a right to abortion, it would become more difficult for a Member State to claim that any restriction on providing or receiving abortions in another Member State would be a proportionate protection of public policy, or any other national objective. While under the current situation, a Member State might refer to its constitutional or other protections of foetal rights, or other constitutional values, as justification, it would become more difficult to maintain such an argument in the context of a Union right to abortion. The way in which

⁴¹ Case C-281/06 *Jund* EU:C:2007:816.

⁴² Case C-159/90 *SPUC v Grogan* EU:C:1991:378.

⁴³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (E-Commerce Directive) OJ 2000 L 178/1, Article 1 (2), 2(a), referring to Directive 98/43/EC, Article 1 (2).

⁴⁴ Case 33/74 *Van Binsbergen* EU:C:1974:131.

⁴⁵ Joined Cases 286/82 & 26/83 *Luisi and Carbone* EU:C:1984:35.

⁴⁶ See Case C-444/05 *Stamatelaki* EU:C:2007:231, paragraph 25. See T. HERVEY, J. MCHALE, *European Union Health Law: Themes and Implications*, above at 38; W. GEKIERE, R. BAETEN, W. PALM, *Free Movement of Services in the EU and Health Care in Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN and T. HERVEY ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2010); L. HANCHER and W. SAUTER, *EU Competition and Internal Market Law in the Healthcare Sector* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

⁴⁷ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (E-Commerce Directive), Article 3 (4).

⁴⁸ In Case C-137/09 *Josemans* EU:C:2010:774, paragraph 70, "a restrictive measure can be considered to be suitable for securing the attainment of the objective pursued only if it genuinely reflects a concern to attain that objective in a consistent and systematic manner." The CJEU adopts a strict scrutiny of public morality as an objective public interest justifying restrictions on free movement of services or goods, with particular care to decline to accept any double standards, see, eg, Case 121/85 *Conegate* EU:C:1986:114 concerning import of sex toys, and Cases 115&116/81 *Adoui and Cornuaille* EU:C:1982:183 and Case C-268/99 *Jany and Others* EU:C:2001:616 concerning prostitution.

⁴⁹ Contrast the approach of the European Court of Human Rights in the cases discussed above at 3.

national courts, or the Union's Court of Justice, interpreted such free movement provisions, would be likely to change. The hesitation seen in the *Grogan* case,⁵⁰ in focusing on questions of women's sexual and reproductive health and rights, would become more difficult to sustain.

8. Conclusions

Legally speaking, including a right to abortion in the European Union's Charter of Fundamental Rights would likely have only relatively modest effects. The Union's competences to act within public health fields would remain unchanged. It is the law of the Member States, not Union law, that determines women's and girls' sexual and reproductive health and rights, including the right to abortion. Union competence is limited to providing support and complementing national laws and policies. However, a Charter provision would make a difference to interpretation of Union internal market law, where Member States seek to justify restrictions on cross-border abortion provision.

The more significant aspects of including a right to abortion in the Union Charter would not be legal: they would be political and social. The European Convention on Human Rights - unlike the US Constitution following *Roe v Wade* and prior to the *Dobbs* case - does not include a right to abortion.⁵¹ If the European Parliament's Resolution were implemented, the European Union's Charter would be the first European level instrument to do so. That would have a tremendous symbolic power, strengthening the position of women not only within the Union, but also globally.

⁵⁰ Case C-159/90, *SPUC v Grogan*, EU:C:1991:378.

⁵¹ See cases cited above at 3.

**«Under His Eye»:
riflessioni sul ruolo della tecnologia sul corpo delle donne
a seguito della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti**

*Sara De Vido**

«UNDER HIS EYE»: REFLECTIONS ON THE ROLE OF TECHNOLOGY ON WOMEN'S BODY AFTER THE US SUPREME COURT JUDGMENT IN THE *DOBBS* CASE

ABSTRACT: This short piece is aimed at showing that the role of technology with regard to women's access to abortion is twofold: on the one hand, it is an *empowering* instrument, because through telemedicine women can overcome the limits of restrictive domestic laws; on the other hand, it might constitute a means to control women through tracking data from visitors to abortion clinics. The analysis is based on international human rights law, considering the specific situation in the US, but also taking into account the role of European NGOs in the provision of services through telemedicine.

KEYWORDS: Abortion; technology; human rights; women's empowerment; *Dobbs*

ABSTRACT: In questo breve scritto si argomenterà che la tecnologia ha una duplice funzione nell'accesso all'aborto da parte delle donne: da un lato, è uno strumento *empowering*, perché la telemedicina consente di superare i limiti di leggi restrittive in materia di accesso all'aborto; dall'altro lato è un potenziale strumento di controllo delle donne, mediante il commercio e la circolazione di informazioni relative alla geolocalizzazione di coloro che si avvicinano a cliniche che praticano l'interruzione di gravidanza. Lo scritto rifletterà su questi temi, considerando la situazione statunitense, ma focalizzandosi altresì sul ruolo di organizzazioni non governative europee nella fornitura di servizi tramite la telemedicina.

PAROLE CHIAVE: Aborto; tecnologia; diritti umani; women's empowerment; *Dobbs*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il diritto all'accesso all'aborto nel diritto internazionale dei diritti umani – 3. La sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana quale fattore incrementale dell'uso delle tecnologie – 4. La tecnologia come strumento *empowering* delle donne. La telemedicina – 4.1. Telemedicina, conflitti «intergiurisdizionali» e tutela dei diritti umani negli Stati Uniti – 4.2. La fornitura del servizio di *e-abortion* da parte di organizzazioni non governative europee – 5. La tecnologia come strumento di controllo delle donne. Il tracciamento dei comportamenti delle donne negli Stati Uniti – 5.1. Diritto alla privacy, servizi digitali e accesso all'aborto in Europa – 6. Conclusioni.

* Professoressa associata di diritto internazionale, Università Ca' Foscari di Venezia. Mail: sara.devido@unive.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Introduzione

La letteratura, soprattutto non giuridica, ha assunto posizioni divergenti in merito alla relazione tra corpo delle donne e tecnologia: quest'ultima può essere intesa quale fonte di oppressione e di dominazione o, al contrario, espressione di *empowerment* delle donne¹. Meno diffusamente si è discusso con riguardo alle modalità con cui la tecnologia possa interferire o aiutare l'autodeterminazione delle donne nell'accesso a servizi di salute riproduttiva e, più specificatamente per quanto qui rileva, all'interruzione volontaria di gravidanza. L'obiettivo di questo contributo è di indagare brevemente, a seguito della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema statunitense², il ruolo della tecnologia – o, meglio, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC)³ – nell'accesso all'interruzione di gravidanza per le donne, alla luce del diritto internazionale, incluso il diritto internazionale dei diritti umani⁴.

In questo breve scritto si argomenterà che la tecnologia ha una duplice funzione. Da un lato, essa è uno strumento *empowering*, perché la medicina che prevede l'uso delle TIC «when distance separates the participants»⁵ consente di superare i limiti di leggi restrittive in materia di accesso all'aborto⁶. Il riferimento è principalmente all'aborto farmacologico, espressione con la quale si intende una procedura medica, distinta in più fasi, che si basa sull'assunzione di almeno due principi attivi diversi, il *mifepristone* (meglio conosciuto col nome di RU486) e una *prostaglandina*, a distanza di 48 ore

¹ Si veda, ad esempio, L.B. LEMPERT, *Women's Health from a Woman's Point of View: A Review of the Literature*, in *Health Care Women Int*, 7, 3, 1986, 255 ss.; A. HARDON, *The Development of Contraceptive Technologies: A Feminist Critique*, in *Focus Gend*, 2, 2, 1994, 40 ss.; A. BALSAMO, *Technologies of the Gendered Body*, Durham-London, 1996; G.M. GOSLINGA-ROY, *Body Boundaries, Fiction of the Female Self: An Ethnographic Perspective on Power, Feminism, and the Reproductive Technologies*; F. COLLYER (a cura di), *The Palgrave Handbook of Social Theory in Health, Illness and Medicine*, New York, 2015. Si veda altresì il manifesto di D.J. HARAWAY, *A Cyborg Manifesto*, trad. it., *Manifesto cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo*, Milano, 1995, che evidenzia molto chiaramente come «i nostri corpi, noi stessi: i corpi sono mappe del potere e dell'identità». Sull'assenza di prospettiva di genere nella medicina, v. *inter alia*, L. DOYAL, *What Makes Women Sick*, Basingstoke, 1995; C. GALLAGHER, T. LAQUEUR (a cura di), *The Making of the Modern Body: Sexuality and Society in the Nineteenth Century*, Berkeley, 1987; D. LUPTON, *Medicine as Culture. Illness, Disease and the Body in Western Societies*, London, 1994.

² Corte suprema degli Stati Uniti, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, certiorari to the US Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 19–1392. Argued December 1, 2021—Decided June 24, 2022, https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Sul punto L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal*, 3, 2022, 5 ss.

³ Il termine «Information and communication technology (ICT)» copre «both computing and telecommunication technologies, with an emphasis on their combined use in information processing and transmission»: A. BUTTERFIELD, G.E. NGONDI, A. KERR, *A Dictionary of Computer Science*, Oxford, 7. ed., 2016, 842.

⁴ Sull'accesso all'aborto e il diritto alla salute riproduttiva delle donne, si veda, ad esempio, R.J. COOK, J. ERDMAN, B.M. DICKENS, *Abortion law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, Philadelphia, 2017.

⁵ M. J. FIELD, *Telemedicine: A Guide to Assessing Telecommunications in Health Care*, Washington, 1996, introduction.

⁶ Studi recenti hanno dimostrato il ruolo di internet nell'accesso all'aborto negli Stati Uniti. Si veda, ad esempio, M. MADERA et al., *Experiences Seeking, Sourcing, and Using Abortion Pills at Home in the United States through an Online Telemedicine Service*, in *SMM-Qualitative Research*, 2022; S. GUENDELMAN et al., *Shining the Light on Abortion: Drivers of Online Abortion Searches Across the United States in 2018*, in *PLoS One*, 15, 5, 2020, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0231672>.

l'uno dall'altro⁷. Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), «access to safe and legal abortion is an essential part of sexual and reproductive health services» e l'aborto farmacologico consiste in una «non-invasive and highly acceptable option to pregnant persons»⁸. Le due pillole sono inserite nella *Model List of Essential Medicines*, con la seguente specificazione, che suggerisce la conservazione di un deciso margine di apprezzamento in capo agli Stati: «where permitted under national law and where culturally acceptable»⁹.

Dall'altro lato la tecnologia è un potenziale strumento di controllo delle donne, mediante il commercio e la circolazione di informazioni relative alla geolocalizzazione di coloro che si avvicinano a cliniche che praticano l'interruzione di gravidanza.

Lo scritto, dopo aver contestualizzato l'accesso all'aborto nel sistema di tutela dei diritti umani fondamentali, rifletterà su questi temi, considerando la situazione statunitense, ma focalizzandosi altresì sul ruolo di organizzazioni non governative europee nella fornitura di servizi tramite la telemedicina. L'obiettivo è di evidenziare l'importanza di garantire alle donne il diritto a *non* avere accesso ad un aborto *non* sicuro, tutelando allo stesso tempo il loro diritto alla privacy.

Il titolo del presente contributo inizia con la frase «Under His Eye», che riprende uno dei saluti del paese di Gilead del romanzo distopico di Margaret Atwood «Il racconto dell'ancella»¹⁰, che ben descrive il cuore della riflessione che si vuole svolgere: ovvero dei rischi di controllo paternalistico del corpo delle donne, attraverso «occhi» che tutto vedono per poi denunciare coloro che non si conformano a ruoli predefiniti da una società patriarcale che silenzia la voce femminile. Il romanzo, come è stato sottolineato da una autrice nel 1996, mette in luce la situazione «spesso oscurata» di donne in età riproduttiva nella cultura contemporanea statunitense: «for some women, the regime of surveillance is less fiction than reality»¹¹.

2. Il diritto all'accesso all'aborto nel diritto internazionale dei diritti umani

Nel diritto internazionale, è complesso identificare un diritto all'aborto quale diritto autonomo delle donne¹². Il Protocollo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli sui diritti delle donne in Africa (Protocollo di Maputo) è l'unico strumento giuridico a carattere vincolante che riconosce espressamente il diritto delle donne alla salute, compresa la salute sessuale e riproduttiva, e obbliga

⁷ Si vedano ad esempio le informazioni contenute nel sito del Ministero della Salute italiano: <https://www.salute.gov.it/portale/donna/dettaglioContenutiDonna.jsp?area=Salute%20donna&id=4476&menu=societa> (ultimo accesso a tutti i siti citati il 31 gennaio 2023).

⁸ WHO *Recommendations on self-care interventions*, 2020, <https://bit.ly/3FojdWT>.

⁹ WHO, *22nd Model List of Essential Medicines*, 30 settembre 2021, p. 50; WHO, *Abortion Care Guideline*, 8 marzo 2022, 68-71.

¹⁰ M. ATWOOD, *Il racconto dell'ancella*, trad. it., Milano, 2019.

¹¹ A. BALSAMO, *op.cit.*

¹² Si veda, tra gli altri, R.J. COOK, D.M. DICKENS, *Human rights and abortion laws*, in *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 65, 1999, 81 ss.; R.J. COOK, *Abortion laws*, in L. BRESLOW, *Encyclopedia of public health*, New York and Detroit, 2002; C. ZAMPAS, J.M. GHER, *Abortion as a human right – international and regional standards*, in *Oxford Human Rights Law Review*, 8, 2008, 249 ss.; R. SIFRIS, *Restrictive regulation of abortion and the right to health*, in *Medical Law Review*, 18, 2010, 185; R. SIFRIS, *Reproductive freedom, torture and international human rights*, London, 2014; R. SIFRIS, S. BELTON, *Australia: Abortion and human rights*, in *Health and Human Rights Journal* 19, 2017, 210.

gli Stati a proteggere «i diritti riproduttivi delle donne autorizzando l'aborto terapeutico nei casi di violenza sessuale, stupro, incesto e quando portare avanti la gravidanza comporterebbe la salute mentale e fisica della donna o la vita della donna o del feto»¹³. È stato osservato che questa norma «situat[es] abortion as a human right that is recognised in the substantive provisions of a regional treaty»¹⁴. Tuttavia, nell'assenza di espliciti riferimenti in altri strumenti giuridici a carattere regionale o universale, il diritto delle donne ad avere accesso all'aborto può ritenersi protetto dal diritto internazionale dei diritti umani nella misura in cui il suo diniego possa causare gravi violazioni dei diritti delle donne, incluso il diritto alla vita privata e familiare e il divieto di tortura o trattamento inumano o degradante. Osserva a riguardo Rebecca Cook:

When a state criminalizes induced abortion [...], it is constructing its social meaning as inherently wrong and harmful to society. Through criminal prohibition, a state is signaling conditions in which abortion is criminally wrong, reflecting the historical origin of crime in sin that can and should be punished. In contrast, the legal framing of abortion as a health issue constructs meanings of preservation and promotion of health. A state is signaling that abortion is a public health concern, and should be addressed as a harm reduction initiative¹⁵.

Il *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice* ha definito il controllo esercitato dallo Stato sulle decisioni assunte dalle donne quale forma di «strumentalizzazione del corpo delle donne»: «patriarchal negation of women's autonomy in decision-making leads to violation of women's rights to health, privacy, reproductive and sexual self-determination, physical integrity and even to life»¹⁶.

Decisioni di corti regionali sui diritti umani e di *treaty-based bodies* delle Nazioni Unite hanno confermato che gli Stati devono decriminalizzare l'aborto *almeno* se è conseguenza di uno stupro, di violenza sessuale o di incesto, in caso di serie malformazioni o di rischi alla vita o alla salute, anche mentale, della donna. Il diniego di aborto provoca quella che ho definito altrove «violenza contro la salute delle donne»¹⁷, riconducibile a politiche dello Stato che causano o rischiano di produrre violenza contro le donne, in termini di «intenso stigma» e «perdita di dignità», nonché «alti livelli di angoscia»¹⁸. Il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, nel Commento Generale sul diritto alla vita del 2019, ha ricostruito un dovere per gli Stati di assicurare che le donne e le ragazze non debbano sottoporsi ad aborti non sicuri e ha riconosciuto che gli Stati parte del Patto sui diritti civili e politici devono garantire disponibilità e accesso effettivo a servizi sanitari di qualità, sia prenatali sia post-aborto, in tutte le circostanze¹⁹. Dagli strumenti di diritto internazionale dei diritti umani discendono altresì altri obblighi per gli Stati. Così, ad esempio, nelle constatazioni sul caso *L.C. c. Perù* (2011), il Comitato istituito dalla Convenzione ONU per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle

¹³ Article 14(1) e 14(2)(c).

¹⁴ C.G. NGWENA, *Inscribing abortion as a human right: significance of the Protocol on the rights of women in Africa*, in *Human Rights Quarterly*, 32, 2010, 783 ss.

¹⁵ R.J. COOK, *Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law*, in R.J. COOK et al. (eds), *Abortion Law*, cit., p. 347.

¹⁶ A/HRC/32/44, para. 63.

¹⁷ S. DE VIDO, *Violence against women's health in international law*, Manchester, 2020.

¹⁸ In tal senso, v. le constatazioni del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Siobhán Whelan c. Irlanda*, CCPR/C/119/D/2425/2014, 11 luglio 2017, par. 7.3 e par. 7.7.

¹⁹ General Comment No. 36 on Article 6: right to life, CCPR/C/GC/36, 3 settembre 2019, par. 8.

donne (CEDAW) ha richiesto allo Stato di adottare programmi educativi e di *training* per incoraggiare i fornitori di servizi sanitari, incluso l'aborto, a cambiare atteggiamento e comportamento verso donne – nel caso di specie si trattava di una adolescente – che cercano di avere accesso all'aborto e di rispondere agli specifici bisogni sanitari, incluso appunto l'accesso ai servizi di salute riproduttiva, relativi a casi di violenza sessuale²⁰.

Sul piano regionale, la Corte europea dei diritti umani, pur concedendo ampio margine di discrezionalità agli Stati²¹, ha concluso, in un caso contro la Polonia, che quest'ultima avesse violato l'articolo 3 della Convenzione europea per i diritti umani (CEDU) nei confronti della ricorrente²². La donna, il cui feto presentava la sindrome di Turner, avrebbe avuto diritto all'accesso all'aborto secondo la legislazione allora vigente²³, ma il personale sanitario ritardava l'accesso ai test definitivi per l'accertamento della malformazione al punto da non consentirle l'interruzione di gravidanza nei termini previsti; ciò le provocava – come ha riportato poi la Corte europea dei diritti umani – «angoscia acuta» per le «umiliazioni» subite.

Spostandoci al sistema americano, in *Manuela y otros c. El Salvador*²⁴, la Corte interamericana si è occupata delle restrizioni all'accesso all'interruzione di gravidanza in El Salvador, Stato dove le donne rischiano fino a 30 anni di carcere, anche in caso di aborto spontaneo. Nella sentenza del 2 novembre 2021, la Corte interamericana ha riscontrato la violazione da parte di El Salvador di numerosi diritti fondamentali della donna, di povere condizioni, che era stata condotta in ospedale per una preclampsia che le aveva indotto l'aborto spontaneo. I medici, prima di fornirle sostegno, la denunciavano alle autorità e la ammanettavano al letto. Condannata al carcere, la donna moriva poco dopo per le conseguenze del problema ostetrico di cui aveva sofferto, senza ricevere durante la detenzione le cure necessarie. La Corte, che nel caso di specie ha applicato anche la Convenzione di Belém do Pará sul contrasto alla violenza nei confronti delle donne²⁵, ha sostenuto che lo Stato era responsabile per la violazione del diritto alla difesa, del divieto di trattamento crudele, inumano o degradante, dei diritti alla vita, all'integrità personale, alla privacy, all'uguaglianza di fronte alla legge e alla salute della ricorrente, come garantiti dalla Convenzione americana sui diritti umani²⁶.

Alla luce della giurisprudenza delle corti regionali sui diritti umani e della quasi giurisprudenza dei comitati delle Nazioni Unite, qui solo per brevissimi cenni descritte, si potrebbe ragionevolmente argomentare a favore del consolidamento di un diritto umano delle donne a *non* avere accesso ad un aborto *non* sicuro. La doppia negazione sottolinea come, se da un lato non è identificabile nel diritto

²⁰ CEDAW Committee, *L.C. c. Perù*, CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 novembre 2011, <https://bit.ly/3mpwM1r>.

²¹ Si veda, in particolare, Corte europea dei diritti umani, *A.B.C. c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, sentenza del 16 dicembre 2010; si veda poi L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2017, 189 ss.

²² Corte europea dei diritti umani, *R.R. c. Polonia*, ricorso n. 27617/04, sentenza del 26 maggio 2011.

²³ Con sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020, la legge che consente l'interruzione di gravidanza per anomalie fetali è stata dichiarata incostituzionale.

²⁴ Inter-American Court of Human Rights, *Manuela y otros c. El Salvador*, sentenza del 2 novembre 2021, (Preliminary objections, merits, reparations and costs), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf.

²⁵ *Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne* (1994).

²⁶ *Manuela y otros*, cit., par. 326.

internazionale dei diritti umani un diritto all'accesso all'aborto *tout court* in ogni circostanza, privo di bilanciamenti, dall'altro lato, ostacoli all'accesso all'interruzione di gravidanza, anche con l'utilizzo dello strumento del diritto penale, possono costituire violenza contro le donne – tesi confermata dalla recente sentenza della Corte interamericana dei diritti umani – o meglio, violenza contro la loro salute riproduttiva, nonché una violazione dei diritti umani fondamentali, incluso il divieto di tortura, trattamento inumano o degradante.

3. La sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti quale fattore incrementale dell'uso della tecnologia

Come è noto, la Corte suprema degli Stati Uniti si è pronunciata (con sei giudici a favore, tre contro) il 24 giugno 2022 nel caso *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, operando l'*overruling* della sentenza *Roe v. Wade* del 1973²⁷, la quale garantiva copertura costituzionale sul piano federale del diritto ad accedere a procedure di interruzione della gravidanza. In oltre duecento pagine, incluse opinioni concorrenti e dissenzienti, la Corte Suprema, che al momento presenta una composizione particolarmente conservatrice, ha negato che la Costituzione federale statunitense garantisca il diritto delle donne di avere accesso all'interruzione di gravidanza e ha «restituito l'autorità [di decidere in materia] al popolo e ai suoi rappresentanti eletti»²⁸. L'oggetto del ricorso era il *Gestational Age Act del Mississippi*²⁹, secondo il quale, ad eccezione di situazioni di emergenza medica o in caso di serie malformazioni fetali, una persona non potrà «intentionally or knowingly» praticare o indurre un aborto di un «unborn human being» (la scelta delle parole è particolarmente significativa nella legislazione di taluni Stati) se è stato determinato che l'età gestazionale probabile dell'essere umano non ancora nato sia superiore a 15 settimane³⁰.

La sentenza ha avuto immediatamente degli effetti sulla vita delle donne e delle ragazze soggette alla giurisdizione di molti stati federati. Qualche giorno dopo la sentenza *Dobbs*, ad esempio, la Corte Suprema del Texas ha consentito l'applicazione di una legge del 1925 che vietava l'aborto punendo coloro che lo eseguissero (e lo eseguiranno) con il carcere³¹. Inoltre, un atto normativo del Missouri applica le restrizioni all'accesso all'aborto anche al di fuori dei confini dello stato, quando l'aborto è praticato su una cittadina residente del Missouri o quando l'*unborn child* può essere considerato residente in Missouri o persino «anywhere in the world, when it involves an offense related to genocide and forced abortions»³².

²⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²⁸ *Dobbs*, cit., 69.

²⁹ See <https://law.justia.com/codes/mississippi/2018/title-41/chapter-41/gestational-age-act/section-41-41-191/>.

³⁰ Si veda un commento alla sentenza nella prospettiva del diritto internazionale in S. DE VIDO, *Blessed Be the Fruit. Un'analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte Suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in *SIDIBlog*, 2022, <http://www.sidiblog.org/2022/07/25/blessed-be-the-fruit-unanalisi-di-genere-della-sentenza-dobbs-della-corte-suprema-statunitense-alla-luce-del-diritto-internazionale-dei-diritti-umani/>.

³¹ La notizia è stata diffusa da più giornali: ad esempio, <https://www.courthousenews.com/texas-judge-blocks-abortion-prosecutions-under-1925-ban/>.

³² S.B. 603, 2752S.011 (2021) disponibile al link <https://bit.ly/3mokQwN>.

La sentenza della Corte Suprema, lasciando agli stati federati la libertà di adottare qualsivoglia legislazione contro l'aborto, può costituire un «fattore incrementale» dell'uso – e potenzialmente dell'abuso³³ – di sistemi informatici e telecomunicazioni.

Come anticipato, le domande alle quali si cercherà di rispondere in questo scritto sono le seguenti: la tecnologia è in grado, e se sì in che termini, di aiutare le donne che vivono in Stati dalle legislazioni particolarmente restrittive in tema di accesso all'aborto ad avere facile accesso ai farmaci necessari alla procedura? E può invece la tecnologia costituire lo strumento per perseguire le donne che cercano di abortire, in una sorta di moderna caccia alle streghe, dove le streghe sono le donne che sfuggono allo stereotipo della donna necessariamente madre?³⁴

4. La tecnologia come strumento *empowering* delle donne. La telemedicina

La telemedicina rientra nella categoria concettuale della «E-health», riconosciuta dai ministri della salute dei 192 Stati membri dell'OMS nel 2005 quale opportunità unica per lo sviluppo della medicina pubblica³⁵. La «E-health» viene definita quale «cost-effective and secure use of Information and Communication Technologies in support of health and health-related fields, including health care services, health surveillance, health literature, and health education, knowledge and research»³⁶. Della telemedicina si coglie altresì la capacità di rafforzare il rispetto dei diritti umani fondamentali: il diritto alla salute, naturalmente, ma anche il diritto alla riservatezza e alla vita privata e familiare. L'OMS ha fornito una definizione di telemedicina che sfrutta le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la trasmissione di informazioni mediche:

The delivery of health care services, where distance is a critical factor, by all health care professionals using information and communication technologies for the exchange of valid information for diagnosis, treatment and prevention of disease and injuries, research and evaluation, and for the continuing education of health care providers, all in the interests of advancing the health of individuals and their communities³⁷.

Spesso si utilizza «self-managed abortion» quale termine intercambiabile rispetto a «aborto mediante telemedicina»; tuttavia, il primo è più ampio del secondo e lo include. Mentre tutti gli aborti mediante telemedicina rientrano nella categoria «self-managed abortion», quest'ultima include anche aborti che sono praticati autonomamente senza l'ausilio di una clinica o di un consulto medico, resi

³³ Secondo il direttore esecutivo della associazione non governativa statunitense *National Association of Boards of Pharmacy*, il numero di siti online illegali che vende pillole abortive non autorizzate e fasulle è aumentato. Cfr. M. FRELICK, *More Illegal Sites Running Online Abortion Scams*, in *WebMD*, 4 agosto 2022, www.webmd.com.

³⁴ R. SIEGEL, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in *Stanford Law Review*, 44, 1991-1992, 266: «a legislature's decision to save foetal life by compelling pregnancy is one that both reflects and enforces social judgments concerning women's roles». Si veda altresì, in prospettiva comparata, S. FREDMAN, *Comparative Human Rights Law*, Oxford, 2018, 187 ss.

³⁵ WHO, Fifty-eighth World Health Assembly, *eHealth*, Ninth plenary meeting, Committee A, seventh report, 58.28, 25 maggio 2005.

³⁶ PAHO, WHO, *Framework for the Implementation of a Telemedicine Service*, 2016, 11, <https://bit.ly/41H9T9Q>.

³⁷ WHO, *Global Observatory for eHealth Series*, v. 2, 2010, http://www.who.int/goe/publications/ehealth_series_vol2/en/.

possibili da una «costellazione di attori», inclusi network femministi informali operanti dove l'aborto è difficilmente accessibile oppure vietato.

L'accesso all'aborto (farmacologico) avvalendosi della telemedicina è possibile già da tempo³⁸, ma si è intensificato durante la pandemia, che ha limitato significativamente gli accessi fisici alle strutture sanitarie³⁹. Nel 2020, ad esempio, il Regno Unito ha introdotto l'aborto mediante telemedicina⁴⁰. Le pazienti sono assistite da un team medico al telefono o tramite videochiamate durante la procedura. Il consulto medico avviene solo a distanza e i farmaci sono assunti sotto la supervisione medica. L'aborto farmacologico tramite telemedicina supera, nei paesi in cui l'accesso all'aborto è consentito per legge, le difficoltà che si presentano *de facto*, nell'accesso «fisico» alla procedura, ad esempio nell'ipotesi in cui vengano richiesti più accessi alle strutture sanitarie prima della somministrazione dei farmaci. Un potenziale vantaggio di un maggiore accesso alla telemedicina può riguardare, tra gli altri, la riduzione del rischio di sovraesposizione delle donne a forme di violenza psicologica. L'OMS ha riportato che in Germania, ad esempio, alcune donne in stato di gravidanza hanno subito umiliazioni e molestie quando si sono rivolte fisicamente alle cliniche per chiedere informazioni sull'interruzione volontaria di gravidanza: l'aborto non è consentito *de jure* nel paese, ma non è punibile nel primo trimestre se la donna si sottopone ad un consulto obbligatorio e a un periodo di attesa di tre giorni. Alcune associazioni non governative hanno quindi proposto il Progetto *Schwangerschaftsabbruch-zuhause* che supera le barriere *de facto* all'accesso all'aborto offrendo il servizio a domicilio⁴¹.

In Italia, dove l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza è ostacolato *de facto* da un alto tasso di obiezione di coscienza⁴² e durante la pandemia ha subito gravi ed ingiustificate restrizioni⁴³, il Mi-

³⁸ Si veda ad esempio, L. BERRO PIZZAROSSA, P. SKUSTER, *Toward human rights and evidence-based legal frameworks for (self-managed) abortion: A review of the last decade of legal reform*, in *Health and Human Rights Journal*, 23, 1, 2021, 199 ss.; L. BERRO PIZZAROSSA, R. NANDAGIRI, *Self-managed abortion: A constellation of actors, a cacophony of laws*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 29, 1, 2021, 1 ss. Così anche in Europa, dove l'aborto tramite telemedicina è stato utilizzato ampiamente in Irlanda, che pre-referendum del 2018 presentava una delle legislazioni più restrittive al mondo in materia: cfr. A. AIKEN et al., *Self-Reported Outcomes and Adverse Events after Medical Abortion through Online Telemedicine: Population-Based Study in the Republic of Ireland and Northern Ireland*, in *BMJ*, 2017, <https://doi.org/10.1136/bmj.j2011>; T. HERVEY, S. SHELDON, *Abortion by Telemedicine in the European Union*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 145, 1, 2019, 125 ss.

³⁹ M.P. ASSIS, S. LARREA, *Why Self-Managed Abortion is so much more than a Provisional Solution for Times of Pandemic*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 28, 1, 2020, 37 ss.; A. AIKEN, *Demand for self-managed online telemedicine abortion in eight European countries during the COVID-19 pandemic: a regression discontinuity analysis*, in *BMJ Sex Reprod Health*, 47, 2021, 38 ss.

⁴⁰ Uno studio condotto nel Regno Unito ha evidenziato la soddisfazione delle persone per il teleaborto incluso il rispetto del diritto alla privacy. C. PORTER ERLANK, J. LORD, K. CHURCH, *Acceptability of No-Test Medical Abortion Provided via Telemedicine during Covid-19: Analysis of Patient-Reported Outcomes*, in *BMJ Sexual & Reproductive Health*, 47, 2021, 261 ss.

⁴¹ <https://www.who.int/europe/news/item/14-06-2022-introducing-telemedicine-medical-abortion-in-germany>.

⁴² Si veda in dottrina, tra gli altri, I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 19 ss.; I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 111 ss.

⁴³ In Italia, durante la pandemia, alcuni ospedali hanno bloccato l'accesso all'aborto farmacologico, sostenendo che l'azione fosse in linea con i decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri adottati in tempo di pandemia, illegittimamente considerando tuttavia che l'aborto sia un servizio non essenziale. Sul punto, v. C. MURA-

nistero della salute ha adottato le nuove linee guida per l'aborto farmacologico nell'agosto 2020, estendendo il periodo di accesso a 9 settimane e richiedendo un solo accesso all'ospedale o al consultorio familiare⁴⁴. L'aborto in telemedicina è invece poco conosciuto.

Negli Stati Uniti, e non solo come conseguenza della sentenza *Dobbs*, in quanto *de facto* l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza era ostacolato in molti stati anche prima della pronuncia della Corte Suprema⁴⁵ – l'aborto farmacologico tramite telemedicina potrebbe essere la strada da percorrere per tutelare il diritto umano della donna ad avere accesso ad un aborto sicuro, o, alla luce dell'evoluzione della prassi degli Stati, nonché della giurisprudenza di corti regionali e della quasi giurisprudenza di comitati ONU, a non avere accesso ad un aborto non sicuro⁴⁶. La doppia negazione qui proposta, come si è detto, serve a sottolineare che il diritto all'aborto non può dirsi affermato come norma consuetudinaria nel diritto internazionale dei diritti umani, ma tale diritto – e i corrispondenti obblighi in capo agli Stati – possono dirsi consolidati in alcune circostanze, ovvero quando il mancato accesso a questa procedura causa violenza contro la salute delle donne, in termini di rischi per la loro vita, di angoscia e stress psicologico⁴⁷.

4.1. Telemedicina, conflitti «intergiurisdizionali» e tutela dei diritti umani negli Stati Uniti

L'accesso all'aborto mediante telemedicina pone dei quesiti tanto in termini di giurisdizione, quanto di diritto applicabile. Negli Stati Uniti, l'aborto farmacologico potrebbe essere fornito da un *provider* sito in uno stato federato diverso da quello che vieta l'aborto, la cui legislazione consente la procedura. Dal punto di vista dell'accesso fisico, una sentenza della Corte suprema statunitense, del 1975, nel caso *Bigelow c. Virginia*⁴⁸, riflettendo sulla legislazione della Virginia che vietava ogni forma di pubblicazione sull'accesso all'aborto – nel caso di specie si trattava della pubblicità di un servizio fornito a New York distribuita al campus dell'Università della Virginia – i giudici avevano chiaramente affermato che la Virginia non poteva impedire ai propri residenti di spostarsi a New York per ottenere l'interruzione di gravidanza o perseguire coloro che intendevano farlo⁴⁹.

Potrebbe questo ragionamento estendersi anche all'accesso alle pillole abortive mediante telemedicina? In linea teorica sì. L'aborto in telemedicina è tuttavia espressamente proibito nella legislazione

TORI, L. DI TOMMASO, *Dall'obiezione di coscienza alla violenza domestica, come e perché le crisi hanno effetti negativi sulle donne e questa non farà eccezione*, in *InGenere*, 15 April 2020, <http://www.ingenero.it/articoli/i-segni-della-crisi-sui-corpi-delle-donne>; S. DE VIDO, *Gender inequalities and violence against women's health during the COVID-19 pandemic: An international law perspective*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 77 ss.; L. BUSATTA, *Puntualità ed effettività nella tutela dei diritti. Riflessioni sul valore del tempo per le questioni di genere nella contingenza della pandemia*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 123 ss.

⁴⁴ Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine, aggiornamento, 4 agosto 2020, https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3039_allegato.pdf.

⁴⁵ D.S. COHEN, C. JOFFE, *Obstacle Course. The Everyday Struggle to Get an Abortion in America*, Oakland, 2020.

⁴⁶ Un'analisi dei casi rilevanti per sostenere questa tesi in S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit., capitolo *The anamnesis*.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ US Supreme Court, *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/421/809/>.

⁴⁹ Si veda in dettaglio, includendo prospettive di diritto statunitense, D. COHEN et al., *The new abortion battleground*, in *Columbia Law Review*, 123, 2022, 19.



di alcuni stati federati⁵⁰. La *Food and Drugs Administration* (FDA) statunitense ha autorizzato a dicembre 2021 la spedizione per posta delle pillole abortive e ha previsto che non sia necessario che il primo dei due farmaci sia assunto di persona in clinica o in ospedale. Tuttavia, in molte giurisdizioni, le pazienti che vogliono avere accesso alla procedura in telemedicina devono essere fisicamente presenti nello Stato dove questa procedura è legale, anche se per un brevissimo consulto con il *provider*, che a sua volta può trovarsi fisicamente in tutt'altro Stato. *Abortion on Demand* (AOD), servizio offerto da un team composto da personale medico con esperienza nell'accesso all'aborto, opera in 22 stati federati e prescrive le pillole abortive fino all'ottava settimana di gravidanza (la FDA consentirebbe fino a 10) e solo a donne che abbiano già compiuto i 18 anni. AOD verifica che la paziente sia in uno stato che consente l'accesso all'aborto in telemedicina verificando l'indirizzo IP (internet protocol)⁵¹: se l'IP indica una localizzazione diversa da quella invocata dalla paziente, questa è tenuta a fornire *in-state identification*. Alla luce della sentenza *Bigelow, mutatis mutandis*, una donna potrebbe spostarsi in uno stato dove l'aborto in telemedicina è consentito. La normativa non è tuttavia, volutamente, chiara e provoca un *chilling effect* su molti provider⁵². Ad esempio, *Whole Woman's Health*, che garantisce l'accesso a servizi di salute riproduttiva, opera mediante cliniche o tramite sanitari in telemedicina che hanno licenza medica in cinque Stati: Illinois, Minnesota, New Mexico, Virginia e Maryland, ma ha smesso di lavorare con operatori in Texas⁵³.

In termini di *jurisdiction* la questione è piuttosto complessa. Così, ad esempio, il già citato atto del Missouri applica le restrizioni all'accesso all'aborto anche al di fuori dei confini dello stato: la normativa in questione potrebbe dunque applicarsi anche ai casi di aborto farmacologico mediante telemedicina. Come è stato osservato, la sentenza *Bigelow* non impedirà l'adozione di leggi come quella del Missouri: servono anni prima che la *litigation* arrivi alla Corte Suprema, e, sottolinea un autore, «in the meantime, States will proceed as if they have the power, waiting for the courts to call their bluff»⁵⁴.

Il medesimo autore ha rilevato che:

Out-of-state and out-of-country providers could be guilty of state crimes if they knowingly send pills into antiabortion states; but antiabortion states will struggle to establish jurisdiction over these providers, while abortion-protective states will attempt to protect their providers from out-of-state prosecutions. The legal uncertainty in this newly developing world of remote abortion will shape the actions of patients, providers, and the networks that support them in the years to come⁵⁵.

⁵⁰ Sulla legislazione degli Stati in materia di teleaborto, si vedano i dati forniti qui <https://www.kff.org/womens-health-policy/fact-sheet/the-availability-and-use-of-medication-abortion/> e qui <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/medication-abortion>. L'aborto mediante telemedicina è espressamente vietato in Arizona, Arkansas, Louisiana, Indiana, Texas, Virginia occidentale.

⁵¹ Infatti, nel sito di *Abortion on demand* è chiaramente indicato: "abortion is still legal in all of the States we serve".

⁵² <https://www.npr.org/sections/health-shots/2022/09/26/1124360971/telemedicine-abortion-medication-ban>

⁵³ Ibid.

⁵⁴ D. COHEN et al., *The new abortion*, cit., p. 21.

⁵⁵ Ivi, p. 4.

Al di là delle questioni di diritto statunitense, qui solo brevemente e senza pretesa di esaustività descritte, che non competono ad un'internazionalista, è interessante valutare la situazione dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani. Invero, non può certo dirsi esista un obbligo per lo stato di garantire l'accesso all'aborto in telemedicina, ma lo Stato ha l'obbligo di garantire i diritti umani fondamentali della donna in stato di gravidanza, in particolare che non sia violato il suo diritto alla vita, il diritto alla privacy, il divieto di discriminazione, il diritto alla salute e alla salute riproduttiva, il divieto di tortura, trattamento inumano o degradante⁵⁶. Nel caso degli stati federati, l'obbligo internazionale è in capo allo Stato federale stesso. Gli Stati Uniti, pur non avendo ratificato, *inter alia*, la Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979, la Convenzione americana sui diritti umani⁵⁷ del 1969, la Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne⁵⁸ del 1994, sono Stato parte del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e hanno firmato la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo⁵⁹ del 1948. In base alla Dichiarazione, ogni essere umano ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona (articolo I); diritto alla *privacy* (articolo V); tutte le donne hanno diritto ad una speciale attenzione durante la gravidanza (articolo VII); ogni persona ha diritto alla salute (articolo XI). La tutela disponibile sul piano regionale per le donne statunitensi è limitata, ma non impossibile, potendo operarsi una petizione individuale alla Commissione interamericana dei diritti umani contro gli Stati Uniti, laddove ricorrano le condizioni di ammissibilità previste, per violazione della Dichiarazione americana dei diritti umani⁶⁰. Invero, benché la Dichiarazione sia un atto di *soft law*, la Commissione interamericana ha riconosciuto che «the American Declaration of the Rights and Duties of Man constitutes a source of international obligation for the United States and other OAS Member States that are not parties to the American Convention on Human Rights» e che «these obligations are considered to flow from the human rights commitments of Member States under the OAS Charter»⁶¹. Essa ha competenza, in altri termini, in base agli articoli 18 e 20 del suo statuto, a ricevere e valutare ricorsi sul mancato rispetto di questi obblighi. L'esito della procedura è un rapporto della Commissione.

4.2. La fornitura del servizio di *e-abortion* da parte di organizzazioni non governative europee

Anche organizzazioni non governative europee si sono rese disponibili a fornire servizi di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza mediante telemedicina oltre oceano. Ad esempio, *Aid Access*, un servizio interamente gestito online da una medica olandese, Rebecca Gomperts, opera negli Stati Uniti. Una legislazione statale che ha per *ground of jurisdiction* la residenza della donna o il luogo del concepimento, come nel caso del Missouri già citato, si applica evidentemente anche

⁵⁶ Sul punto, R. SIFRIS, *Reproductive Freedom*, cit.; S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit.

⁵⁷ https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf.

⁵⁸ <https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/belemdopara-english.pdf>.

⁵⁹ <http://humanrightscommitments.ca/wp-content/uploads/2018/10/American-Declaration-of-the-Rights-and-Duties-of-Man.pdf>.

⁶⁰ Così avvenne in un caso di violenza domestica: Commissione interamericana dei diritti umani, *Jessica Lenahan c. Stati Uniti*, report n. 80/11, 21 luglio 2011.

⁶¹ Commissione interamericana dei diritti umani, *Hugo Armendáriz c. Stati Uniti*, report sull'ammissibilità, n. 57/06, 20 luglio 2006, par. 30.

nell'ipotesi in cui sia un *provider* europeo a fornire il servizio. In pratica, tuttavia, è complesso per le autorità statunitensi, o meglio per le autorità dei singoli stati federati, riuscire a perseguire un *provider* che si trovi in Europa⁶². In uno studio, pressoché unico, condotto sulla base di una serie di interviste anonime a donne che hanno avuto accesso ai farmaci per auto-procurarsi l'aborto tramite un servizio di telemedicina, nello specifico proprio *Aid Access*, sono emerse le potenzialità dello strumento, che genera allo stesso tempo ansia e stress dovuti soprattutto ai tempi di attesa per l'arrivo dei farmaci⁶³. Tuttavia, è stato altresì dimostrato che, in assenza di accesso a questa possibilità negli stati federati, i servizi di telemedicina non statunitensi hanno consentito alle donne di vivere un'esperienza «supportive and reassuring»⁶⁴.

Sul piano del diritto internazionale dei diritti umani, si deve altresì notare che, da un lato, un accesso ai servizi alla salute riproduttiva così «ad ostacoli» non garantisce il godimento pieno del diritto, soprattutto nei casi in cui il mancato accesso all'aborto causi violenza contro la salute delle donne, in termini di forte stress psicofisico; dall'altro lato, non tiene conto di intersezionali elementi di discriminazione, nello specifico, il *digital divide*, l'incapacità materiale – il mancato accesso ad internet – e sostanziale – la mancata capacità di ottenere informazioni attendibili. Se la telemedicina è dunque certamente uno strumento di *empowerment*, essa presenta anche dei limiti che sono determinati da disuguaglianze di genere persistenti nella società.

5. La tecnologia come strumento di controllo delle donne. Il tracciamento dei comportamenti delle donne negli Stati Uniti

Se da un lato la tecnologia consente di avere accesso ai servizi di interruzione volontaria di gravidanza, dall'altro lato la tecnologia può costituire uno strumento di controllo delle donne. Computer, smartphone e altri strumenti di comunicazione legati a internet hanno un indirizzo IP unico, che identifica e consente il tracciamento. Mediante GPS è inoltre possibile localizzare i dispositivi che presentano un indirizzo IP unico.

Sull'utilizzo del tracciamento nei casi di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, gli studi giuridici non sono ancora numerosi, quindi le considerazioni che si svolgeranno in queste pagine costituiscono l'inizio di una riflessione dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani. In base ad un rapporto del *Congressional Research Service* statunitense, il diritto federale statunitense in materia di *data privacy* prevede «relatively limited constraints upon law enforcement's ability to acquire privacy data relating to criminal activity», quindi potenzialmente anche con riferimento all'accesso all'aborto previsto in base alle leggi dello stato da cui promana la richiesta⁶⁵. Nonostante la giurisprudenza relativa al quarto emendamento riconosca alcuni limiti nella capacità delle autorità di ottenere dati di terze parti, questi limiti potrebbero difficilmente applicarsi nell'ipotesi di una sospetta

⁶² D. INGRAM, *A Dutch Doctor and the Internet are Making Sure Americans Have Access to Abortion Pills*, in *NBC News*, 7 luglio 2022, <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/dutch-doctor-internet-are-making-sure-americans-access-abortion-pills-rcna35630>.

⁶³ M. MADERA et al., *op. cit.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Congressional Research Service, *Abortion, Data Privacy, and Law Enforcement Access: A Legal Overview*, 8 luglio 2022, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10786>, p. 5.

attività criminale, ad eccezione dei casi in cui si avvii una sorveglianza prolungata della persona sospettata dell'attività criminosa⁶⁶. È stato infatti osservato che la sorveglianza «digitale» può includere dati sulla localizzazione⁶⁷. La polizia statunitense utilizza dati che provengono da smartphone per raccogliere prove contro sospetti criminali.

Alcune app scaricate sul proprio mezzo di comunicazione telefonica tracciano la localizzazione e la condividono con data brokers, che a loro volta «vendono» letteralmente questi dati a molteplici attori, incluse le forze dell'ordine. Ciò accade, riporta un autore, anche là dove le persone abbiano deciso di non optare per la raccolta dati sulla propria localizzazione⁶⁸. E ciò accade anche nei casi in cui la app sia europea e, in quanto tale, soggetta ai rigidi standard del GDPR⁶⁹: nei casi di attività effettuata dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati, il regolamento non si applica.

A tutela dell'accesso all'aborto da parte delle donne negli Stati Uniti sono state avviate alcune proposte legislative, tra cui *My Body, My Data Act*, presentato lo scorso giugno da Sara Jacobs, democratica californiana, che proibisce alle società e agli enti non profit di raccogliere, mantenere, usare e condividere dettagli sulla salute sessuale e riproduttiva di una persona senza il consenso scritto di quest'ultima⁷⁰. Un'altra proposta legislativa, il *Fourth Amendment is Not for Sale Act*, impedirebbe alle autorità di acquistare dati sulla localizzazione e altri dati personali dai data brokers⁷¹. Già a luglio, l'*executive order* del Presidente statunitense Biden sulla protezione dell'accesso ai servizi di salute riproduttiva ha previsto:

To address the potential threat to patient privacy caused by the transfer and sale of sensitive health-related data and by digital surveillance related to reproductive healthcare services, and to protect people seeking reproductive health services from fraudulent schemes or deceptive practices⁷².

Alla luce del diritto internazionale dei diritti umani, si deve rilevare che il diritto alla privacy è espressamente contenuto nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (Patto), di cui gli Stati Uniti sono parte, e della Dichiarazione americana dei diritti umani. L'analisi della dottrina statunitense raramente prende in considerazione l'aspetto internazionale per argomentare a favore di misure contenitive dell'azione degli stati federati. È certo vero che la strada dei ricorsi individuali innanzi al Comitato sui diritti umani delle Nazioni Unite, posto a tutela del Patto, è bloccata dalla mancata ratifica da parte degli Stati Uniti del Protocollo opzionale⁷³, ma non è escluso che il Comitato possa preparare un rapporto sulla situazione del rispetto del diritto alla privacy nello Stato, e che un ricorso si produca da-

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ U. GAL, *Post Roe, Women in America Are Right To Be Concerned About Digital Surveillance – and It's Not Just Period-Tracking Apps*, in *The Conversation*, 28 giugno 2022, <https://theconversation.com/post-roe-women-in-america-are-right-to-be-concerned-about-digital-surveillance-and-its-not-just-period-tracking-apps-185865>.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Si veda *infra*.

⁷⁰ H.R.8111 - My Body, My Data Act of 2022.

⁷¹ S.1265 - Fourth Amendment Is Not For Sale Act.

⁷² *Executive Order on Protecting Access to Reproductive Healthcare Services*, 8 luglio 2022, sec. 4, <https://bit.ly/3ZlQny6>.

⁷³ Protocollo Opzionale relativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966).

vanti alla Commissione interamericana, pur con gli esiti “soft” di cui si è detto. Invero, in base all’articolo 17 del Patto:

1. Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione.
2. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese.

In particolare, la norma consente una protezione del diritto individuale contro interferenze arbitrarie e illegittime. La congiunzione è alternativa, nel senso che la norma copre anche i casi di interferenze previste dalla legge, dunque legittime, le quali devono risultare «in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances»⁷⁴.

Inoltre, il recente rapporto della *Special Rapporteur* (SR) sul diritto alla privacy ha ricordato alcuni principi cardine, utili nell’esame di prassi di tracciamento e geolocalizzazione, tra cui il principio del consenso al trattamento dei dati personali, il principio della trasparenza, il principio dello scopo⁷⁵. La SR ha sottolineato che «ensuring the integrity, availability and confidentiality of personal data is an essential task and a major responsibility» e che «the variety of technologies and their dynamic transformation must be taken into account in order to evaluate risks and appropriate security measures in a responsible and ethical manner»⁷⁶. Alla luce di quanto sottolineato dagli organismi ONU che si sono occupati di privacy, si potrebbe ragionevolmente sostenere che si manifestano interferenze arbitrarie nella privacy di una donna, quando quest’ultima si rivolge ad una clinica abortiva e proprio per questo suo comportamento viene geolocalizzata con possibile conseguente invio dei dati alle autorità.

La Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri degli uomini prevede all’articolo V che ogni persona ha diritto ad una protezione fornita per legge contro attacchi abusivi contro il proprio onore, la propria reputazione e la propria vita privata e familiare. Questo diritto trova conferma nell’articolo 11 della Convenzione americana dei diritti umani, non ratificata dagli Stati Uniti. In base agli standard elaborati nel sistema americano, il fatto che una persona lasci tracce pubbliche della propria attività «non autorizza lo stato a raccogliere i dati sistematicamente ad eccezione di specifiche circostanze dove questa interferenza sarebbe giustificata»⁷⁷. Forme di sorveglianza possono essere solo previste per legge ed essere esplicite, rigorose, precise e chiare, sia dal punto di vista sostanziale sia dal punto di vista procedurale⁷⁸. Si potrebbe legittimamente ritenere che talune leggi e prassi statali negli Stati Uniti violino i requisiti stabiliti tanto a livello internazionale quanto a livello interamericano in materia di tutela della privacy. Ad esempio, la cronologia della ricerca online e le app che consentono il monitoraggio di dati sulla salute riproduttiva e la localizzazione degli utenti potrebbero servire per dimostrare l’intenzione della persona di ottenere un aborto. In uno stato come il Texas dove un singolo può avviare un ricorso civile contro chiunque «knowingly aids or abets» un aborto, con riconosci-

⁷⁴ Comitato per i diritti umani, *General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy)*, 8 aprile 1988.

⁷⁵ UN Special Rapporteur on the right to privacy, Ana Brian Nougères, *Right to Privacy*, A/77/196, 20 luglio 2022, par. 147.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Ufficio dello Special Rapporteur per la libertà di espressione della Commissione interamericana dei diritti umani, *Standards for a Free, Open and Inclusive Internet*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 15 marzo 2017, par. 214.

⁷⁸ *Ivi*, par. 217.

mento “danni” di almeno 10,000 dollari americani⁷⁹, è evidente che il pericolo di questi sistemi di geolocalizzazione è tutt’altro che fantascienza⁸⁰.

5.1. Diritto alla privacy, servizi digitali e accesso all’aborto in Europa

Spostandoci al contesto europeo, si deve osservare che la protezione dei dati personali rientra nel diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all’articolo 8 della Convenzione europea per i diritti umani⁸¹, anche se non è ricostruibile un generale diritto all’accesso ai dati personali⁸². In *S. e Marper c. Regno Unito*, la Corte ha sottolineato che la protezione dei dati personali è di fondamentale importanza per il godimento del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare e che «the domestic law must afford appropriate safeguards to prevent any such use of personal data as may be inconsistent with the guarantees of this Article», considerato che «the need for such safeguards is all the greater where the protection of personal data undergoing automatic processing is concerned»⁸³. La raccolta, la conservazione e la diffusione di informazioni relative alla vita privata interferiscono inevitabilmente con il diritto alla privacy di un individuo⁸⁴. In base all’articolo 8 CEDU, l’ingerenza di un’autorità pubblica è giustificata solo se prevista dalla legge e se costituisce una misura che, in una società democratica, è necessaria, *inter alia*, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

È la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 2000 che contiene un espresso riferimento nel testo al diritto dell’individuo «alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» (Articolo 8)⁸⁵. I dati devono essere trattati «secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge». Rispetto all’articolo 8 della Convenzione europea, la Carta distingue la protezione dei dati dal rispetto della vita privata e familiare ed individua delle specifiche garanzie per il loro trattamento⁸⁶.

⁷⁹ SB No. 8, <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB00008F.pdf>.

⁸⁰ R. TORCHINSKY, *How period tracking apps and data privacy fit into a post-Roe v. Wade climate*, 24 giugno 2022, in <https://www.npr.org/2022/05/10/1097482967/roe-v-wade-supreme-court-abortion-period-apps>: riporta l’autore che Google periodicamente condivide informazioni con autorità statali negli Stati Uniti, anche senza mandato.

⁸¹ Corte europea dei diritti umani, *Leander c. Sweden*, ricorso n. 9248/81, sentenza del 26 marzo 1987. V. il commento all’articolo 8 in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 297 ss.

⁸² Si veda altresì la Convenzione del Consiglio d’Europa *sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale*, Strasburgo, 28 gennaio 1981 (STCE n. 108), che specificatamente si occupa di protezione dei dati personali.

⁸³ Corte europea dei diritti umani, *S. and Marper c. Regno Unito*, ricorso n. 30562/04, 30566/04, sentenza del 4 dicembre 2008, par. 103.

⁸⁴ Corte europea dei diritti umani, *Amann c. Svizzera*, ricorso n. 27798/95, sentenza del 16 febbraio 2000, par. 69 ss.; *Rotaru c. Romania*, ricorso n. 28341/95, sentenza del 4 maggio 2000, par. 46.

⁸⁵ O. POLLICINO, M. BASSINI, Art. 8, in R. MASTROIANNI et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, 134 ss.; S. RODOTÀ, *Data protection as a fundamental right*, in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT, C. DE TERWANGNE, S. NOUWT (eds), *Reinventing data protection*, Heidelberg, 2009, 77 ss.

⁸⁶ Si veda sul punto, l’analisi dell’avvocata generale Kokott. J. KOKOTT, C. SOBOTTA, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in *International Data Privacy Law*, 3(4), 2013, p. 222 ss. Si veda altresì M. TZANOU, *Data protection as a fundamental right next to privacy? Reconstructing a not so new right*, in *International Data Privacy Law*, 3(2), 2013, p. 88 ss.

L'articolo in questione è stato ispirato dalla Direttiva 95/46/EC del Parlamento europeo e del Consiglio⁸⁷, che precede l'adozione del *General Data Protection Regulation (GDPR)*⁸⁸. In base al GDPR, un dato personale è «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»)», dove per identificabile si intende anche mediante dati relativi all'ubicazione o tramite un identificativo online; mentre il trattamento è qualsiasi operazione che comporta «la messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione»⁸⁹. In base all'articolo 5, i dati personali sono «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità».

Nel 2019, *Privacy International* ha pubblicato uno studio basato sulla raccolta dati da sei app per il ciclo mestruale, per comprendere se queste aderivano ai requisiti previsti dal GDPR⁹⁰. Quando i ricercatori hanno tentato di avere accesso ai loro dati, solo due delle sei app esaminate hanno risposto e, anche in quei casi, i dati erano stati occasionalmente condivisi con parti terze⁹¹. Nel 2021, un ricorso è stato presentato contro la app Flo, accusata di condividere con parti terze informazioni, inclusa la conferma di gravidanza dell'utente⁹².

Il GDPR si applica al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, anche laddove sia stato effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando si tratta di offerta di beni o prestazione di servizi (articolo 3, par. 2 (a)). Ciò dovrebbe garantire tutela alle donne in Europa.

Alla luce del quadro normativo qui descritto, sia nel quadro del Consiglio d'Europa, sia nel quadro del sistema dell'Unione europea, ci sembra difficilmente argomentabile che una restrizione al diritto alla privacy delle donne, mediante geolocalizzazione dei loro spostamenti o mediante comunicazione alle autorità del loro accesso ad un ospedale che pratica l'interruzione di gravidanza, possa giustificarsi alla luce del sistema europeo di tutela dei diritti umani fondamentali.

Più preoccupante, invero, ci pare, piuttosto, sempre nel contesto europeo, una disposizione del recente *Digital Services Act*⁹³, che, se da un lato protegge le donne contro discorsi d'odio diffusi sul web, dall'altro contiene una definizione di «contenuto illegale» che potrebbe essere utilizzata dagli

⁸⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *GU n. L 281 del 23/11/1995*, 31.

⁸⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, *GU L 119 del 4.5.2016*, p. 1. EU FRA, *Handbook on European data protection law*, Lussemburgo, 2018.

⁸⁹ Articolo 4, par. 1 e 2.

⁹⁰ *No body's business but mine: How menstruation apps are sharing your data*, <https://privacyinternational.org/long-read/3196/no-bodys-business-mine-how-menstruations-apps-are-sharing-your-data>

⁹¹ Nel sito, aggiornato a ottobre 2020, è riportato che quattro delle app hanno modificato le loro opzioni nella condivisione dei dati o lanciato indagini interne.

⁹² B. SAIKIA, K. DOSHI, *Rethinking explicit consent and intimate data collection: the looming digital privacy concern with Roe v. Wade overturned*, *LSE Blog*, 14 dicembre 2022, <https://bit.ly/3ZHOFHd>.

⁹³ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE, PE/30/2022/REV/1, in *GU L 277 del 27.10.2022*, 1 ss.

Stati membri dell'Unione europea la cui legislazione è più restrittiva in materia di aborto. Si legge infatti che è considerato contenuto illegale: «any information that, in itself or in relation to an activity, including the sale of products or the provision of services, is not in compliance with Union law or the law of any Member State which is in compliance with Union law, irrespective of the precise subject matter or nature of that law». L'offerta di servizi di aborto tramite un sito internet che diffonde in Polonia, ad esempio, potrebbe essere indicata quale contenuto illegale ai sensi del *Digital Services Act*?⁹⁴

6. Conclusioni

In questa breve riflessione si è indagato il ruolo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza. La tecnologia potrebbe essere la risposta a leggi e politiche statali sempre più restrittive in materia di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, ma potrebbe costituire anche lo strumento attraverso il quale l'accesso diventa *de facto* sempre più complesso mediante pericolose forme di sorveglianza. La riflessione che si è proposta, data la brevità, non coglie naturalmente tutti i possibili profili della materia. Ad esempio, potrebbe essere utile allargare lo sguardo ai meccanismi di libera circolazione nello spazio europeo, dove esiste una libera circolazione delle persone garantita dai trattati costitutivi che dovrebbe agevolare l'*empowerment* delle donne che richiedono l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza⁹⁵.

Le implicazioni giuridiche della relazione tra TIC e corpo femminile sono numerose, ma alla base di ogni ragionamento vi deve essere sempre la tutela dell'autodeterminazione delle donne nell'accesso, anche mediante telemedicina, al proprio diritto alla salute riproduttiva.

⁹⁴ Sul punto si veda A. KUCZERAW, L. DUTKIEWICZ, *Accessing information about abortion. The role of online platforms under the EU Digital Services Act*, in *Verfassungsblog*, 28 luglio 2022, <https://verfassungsblog.de/accessing-information-about-abortion/>.

⁹⁵ A seguito del quasi totale divieto di accesso all'aborto deciso con sentenza del tribunale costituzionale polacco, le donne polacche hanno trovato accesso in altri paesi europei, sfruttando la cittadinanza europea che garantisce il diritto alla libera circolazione delle persone nel territorio degli Stati membri. Ad esempio, *Abortions Without Borders* (Aborcja Bez Granic) ha aiutato, anche in termini economici, moltissime donne ad ottenere un aborto all'estero. <https://notesfrompoland.com/2021/07/09/abortion-ban-forces-polish-women-to-sseek-terminations-abroad-and-mental-health-support-at-home/>.

Femtech and the law (or a tale of how Eve fights to overturn Adam and take control over her body)

Vera Lúcia Raposo, Sofia Palmieri*

ABSTRACT: “Femtech” is a fancy word that refers to digital products and services aimed to cope with women’s health concerns and other issues that specifically regard women. Originally, femtech was created with the clear purpose of giving women a voice in the digital market, as they have traditionally been a silent audience assisting tech developments. However, along the line femtech became exactly the opposite: a mechanism for law enforcement authorities to build legal cases against women and for other public entities and private invade women’s privacy. More radical criticism goes as far as arguing that femtech is a tool of oppression. This paper will analyse the potential legal/social hazards of femtech, its legal framework within EU law and the possible remedies to make femtech come back to its roots as a mechanism of women empowerment.

KEYWORDS: European law; femtech; medical device; privacy; women’s rights

SUMMARY: 1. Introduction: contextualization of femtech – 2. From women’s control to control over women – 3. Controlling women by using femtech data – 3.1. Control by public entities – 3.2. Control by private bodies – 4. Controlling women by using femtech stereotypes – 4.1. The criticisms of femtech as a mechanism of oppression – 4.2. The criticism of the criticism – 5. The legal framework of femtech within European law – 6. What about the future?

1. Introduction: contextualization of femtech

The term femtech was coined by Ida Tin, back in 2016, to describe the set of products and services aimed to cope with women’s health issues, or other matters specifically concerning women.¹ Today, this kind of products are extremely popular² (for instance, they occupy a leading role in the app market)³ which might be a result of a basic premise of our times: women are the largest consumer group.

* Vera Lúcia Raposo, NOVA School of Law – NOVA University of Lisbon, Lisbon, Portugal, Centre for Research on Law and Society (CEDIS), FutureHealthlaw / WhatNext.Law. Mail: vera.lucia.raposo@novalaw.unl.pt; Sofia Palmieri, Ghent University, Metamedica, Faculty of Medicine and Health Sciences, (Department of Public Health and Primary Care). Mail: sofia.palmieri@ugent.be. The article was subject to a blind peer review process.

¹ B. KIEFER, *The Femtech Revolution*, Adweek, August 2022, 8.

² E.A. BROWN, *The Femtech Paradox: how workplace monitoring threatens women’s equity*, in *Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology*, 61, 3, 2021, 2.

³ M.D. MANHART, M.A. DUANE, *A comparison of app-defined fertile days from two fertility tracking apps using identical cycle data*, in *Contraception.*, 115, 2022, 12-16. There are, however, criticism, even from the perspec-

Femtech⁴ embraces a large spectrum of technologies, aiming to empower women about their health, and enhance their autonomy. Many femtech solutions are already available on the market. Examples of these solutions are bracelets to combat hot flashes associated with menopause, fertility-tracking mobile apps, apps for pre- and post-partum care, digital blood tests for pregnancy detection, apps for pregnancy and maternity educational purposes, and apps aimed at controlling anxiety (more common in women than on men).⁵ Issues related to pregnancy – or the avoidance of it – play a significant role in femtech⁶ (even though not all are based on scientific evidence).⁷ Fertility plays a major role in femtech. Femtech apps are employed to notify women that the menstrual cycle is overdue, that it is time to take their contraceptive pill or when it is the best period to have sexual intercourse considering a future pregnancy. As for their format, femtech comes in the form of stand-alone apps, wearable or even insertable technology that sends data to a paired smartphone app.

Because of the “innocent” and helpful function of these apps, users are willing to input personal information, which might range from simple facts, like name and age, to more complex and private matters, like occasions of intimacy.⁸ Besides data actively input by the app user, femtech apps are also fed with data collected from the woman’s body, by using, for instance, biosensors that measure body temperature, analyse saliva samples and/or measure the heartbeat.⁹

Femtech enthusiasts claim that these solutions can help both to destigmatise female-specific conversations and to nurture and improve knowledge of typically female conditions on which there is still little research.¹⁰ Furthermore, through the collection of health data, femtech empower women, supporting them in knowing and understating their bodies. Femtech also has the potential to improve healthcare accessibility: women living in remote and underserved areas may find a valuable first digital response to their health concerns in femtech solutions. Overall, these technologies can improve women’s wellbeing in general and their maternal experience through a personalized healthcare experience.

tive of women’s rights. An overview of the main remarks in T. HENDL, B. JANSKY, *Tales of self-empowerment through digital health technologies: a closer look at “Femtech”*, in *Review of Social Economy*, 80, 1, 2022, 30.

⁴ In general about FemTech from a legal standpoint see C. McMILLAN, *Monitoring Female Fertility Through “Femtech”: The Need for a Whole-System Approach to Regulation*, in *Medical Law Review*, 30, 3, 2022, 410-433; E.A. BROWN, op. cit., 1; P. MISHRA, Y. SURESH, *Datafied body projects in India: Femtech and the rise of reproductive surveillance in the digital era*, in *Asian Journal of Women’s Studies*, 27, 4, 2021, 597-606.

⁵ R. VACH, “Femtech” Seeks A Movement Toward Holistic Women’s Health’, in *Chiropractic Economics*, 2021, 64-68.

⁶ M. DUANE, A. CONTRERAS, E.T. JENSEN, A. WHITE, *The performance of fertility awareness-based method apps marketed to avoid pregnancy*, in *J Am Board Fam Med*, 4, 2016, 508-11.

⁷ M.D. MANHART, M.A. DUANE, op. cit., 1.

⁸ See D. LUPTON, *Quantified Sex: A Critical Analysis of Sexual and Reproductive Self-Tracking Using Apps*, in *Cult Health Sex*, 17, 4, 2015, 440-53.

⁹ R.E. MADRID, F. ASHUR RAMALLO, D.E. BARRAZA, R.E CHAILE, *Smartphone-Based Biosensor Devices for Healthcare: Technologies, Trends, and Adoption by End-Users*, in *Bioengineering*, 9, 2022, 101; T. BEDUK, D. BEDUK, M.R. HASSAN, E. GULER CELIK, J. KOSEL, J. NARANG, K.N. SALAMA, S. TIMUR, *Smartphone-Based Multiplexed Biosensing Tools for Health Monitoring*, in *Biosensors*, 12, 2022, 583.

¹⁰<http://bit.ly/3EkrxWP> (last visited 8/02/2023); <http://bit.ly/3Kiszq6> (last visited 8/02/2023); <http://bit.ly/3KfBtEZ> (last visited 8/02/2023); <https://www.entrepreneur.com/en-in/technology/femtech-in-a-guest-for-better-female-health/442597> (last visited 8/02/2023).

However, alongside those who perceive femtech positively, many have a pessimistic or even nefarious vision of these technologies. These two perspectives are, in a sense, a mirror of what is happening with femtech: on one hand, it is a flourishing market, nourishing promises of increased knowledge and control over one's own body; on the other hand, a darker backdrop of the broader ever-present risk of control and stigmatisation of women's bodies within society.¹¹

This negative perception of femtech is further aggravated by recent events in the United States regarding the right to abortion, in the aftermath of the reversion of *Roe v. Wade*,¹² and policies which also in Europe are moving towards a reduction of women's autonomy about their reproductive choices.¹³

These events increase the perception of multi-layered, institutionalised attacks on autonomy that women have to face when it comes to their health and well-being. Examples of these are the politicisation and criminalization of women's bodies and reproductive decisions, the use of captivating layout to prompt "optimal" and subliminal decision-making during pregnancy,¹⁴ the parallel stigmas surrounding (in)fertility and menstruation,¹⁵ and the absence of women's issues from clinical trials.¹⁶ Furthermore, the leakage of women's health data from major femtech companies increases the fear that technologies such as femtech may fuel stigmatisation and ultimately jeopardize women's rights. The growing pessimism and dystopia around the above-mentioned events generate the need to clarify the European regulatory framework applicable to femtech and understand whether the fears are well-founded. Against this backdrop of potential promise and feared pitfalls, this paper describes some of the main concerns related to the misuse of femtech and its growing presence in the market. Secondly, the paper gives an insight into the regulations applicable to femtech within the European Union (EU).

2. From women's control to control over women

Thanks to femtech, women's issues and health-related questions are no longer spoken in a whisper to become objects of open conversation between femtech's CEOs. By bringing women's issues to the

¹¹ See L. GURRIERI, J. PREVITE, J. BRACE-GOVAN, *Women's Bodies as Sites of Control: Inadvertent Stigma and Exclusion in Social Marketing*, in *J Macromarketing*, 3, 2013, 128.

¹²We refer to the discussion raised after *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022). In this landmarking decision of the U.S. Supreme Court, the court held that the Constitution of the United States does not confer a right to abortion. The court's decision overruled both *Roe v. Wade* (1973) and *Planned Parenthood v. Casey* (1992), giving each state the full power to regulate any aspect of abortion not protected by federal law. See also, as a commentary, A. KOBAYASHI, M. THOMAS, *How will the reversal of Roe v. Wade affect American women?*, in *Economic Observatory*, 2022, <https://www.economicsobservatory.com/how-will-the-reversal-of-roe-v-wade-affect-american-women/>.

¹³ Thinking one for all, to the example of Poland. See, *inter alia*, <https://www.euractiv.com/section/politics/news/eu-parliament-to-look-into-polands-deadly-abortion-laws/>.

¹⁴ See WHO, *Global Alcohol Action Plan 2022-2030 to Strengthen Implementation of the Global Strategy to Reduce the Harmful Use of Alcohol* (WHO, June 2021).

¹⁵ M. SHILDRICK, *Leaky bodies and Boundaries: Feminism, Postmodernism and (Bio) Ethics*, 2015, Routledge.

¹⁶ I. MALHAME, R. D'SOUZA, M.P CHENG, *The Moral Imperative to Include Pregnant Women in Clinical Trials of Interventions for COVID-19*, in *Ann Intern Med*, 173, 2020, 836.

private area,¹⁷ femtech managed to put the spotlight on traditional taboos, such as menstruation, women's sexual appetite, menopause, and infertility. Reproduction and fertility used to be private issues restricted to the house and close family members. Femtech managed to bring it to the public sphere, opening the discussion and directing science and medicine toward topics always perceived as marginal.

With this jump into the spotlight, femtech also had the chance to bust women's autonomy. The idea behind fertility apps was to empower women and enhance their freedom to make conscious choices about their health (leading to its qualification as a "feminist issue").¹⁸ By knowing more about their bodies (basically, knowing the respective data),¹⁹ they would gain control over them and their reproductive function, ultimately deciding if and when to have kids.

"Empowerment is, thus, framed as a result of a woman acquiring data-driven knowledge about her body and its processes to step up in charge of her body and exercise individual autonomy and choice in her menstrual, sexual and reproductive health and life more broadly".²⁰ Ultimately, the aim was to grant women the control over their bodies they have been lacking for years. Though the 70's emancipation revolutions were a major step in that regard, the fact is that some of the acquired rights and liberties were not accompanied by technological advanced suited to materialize those rights and liberties. Tech companies have traditionally focused on men's issues and only recently has the aim to satisfy women's needs gained the spotlight.²¹ However, this empowerment could be overturned against women, as it has become a way for external entities to control women's bodies. In the following lines, we explore the darker side of the femtech industry that lurks in the shadows, calling in to question the beneficial nature of these devices.²²

3. Controlling women by using femtech data

3.1. Control by public entities

Privacy intrusion from public entities, namely law enforcement agencies, were fuelled by recent event surrounding abortion laws. In the US, some State governments tried (and managed) to seek access to data collected by femtech devices and other digital tools to initiate or advance legal proceedings against women,²³ regarding abortion, drug use, or prostitution.²⁴ The Iranian situation pro-

¹⁷ P. MISHRA, Y. SURESH, *op. cit.*, 1.

¹⁸ C. McMILLAN, *op. cit.*, 1.

¹⁹ P. MISHRA, Y. SURESH, *op. cit.*, 4.

²⁰ T. HENDL, B. JANSKY, *op. cit.*, 1.

²¹ L. WILSON, *Femtech Companies Closing the Gender Health Gap*, June 2022, <https://www.beaurost.com/blog/uk-femtech-startups/>.

²² C. CODINHA, *What Is Femtech, and Is It the New Pink Tax?*, in *Allure: wellness*, April 2019, <http://www.allure.com/story/what-is-femtech>.

²³ A woman's search history on the internet was used as evidence to show intention to carry out an abortion. Cf. A. GEOFFREY, *Fowler and Tatum Hunter, "For people seeking abortions, digital privacy is suddenly critical"*, in *The Washington Post*, Published May 4, 2022, Updated June 24, 2022, <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/05/04/abortion-digital-privacy/>.

vides another example of the use of femtech data by public entities. Following the criminalization of abortion and other practices hindering reproductive capacity, the government has imposed a “tracking” of Iranian women’s pregnancies (e.g., centralizing the results of every pregnancy test in a unique governmental system) to prevent abortive practices.²⁵

Not much imagination is required to speculate about a future in which some governments may use these technologies to reinforce discriminatory and borderline eugenic policies. An example could be tracking the menstrual cycles of migrant girls through fertility apps, with an agenda in line with a policy of birth control within these ethnic minority groups.²⁶

These dystopian scenarios seem far from coming true on this side of the Atlantic. In the majority of European countries, abortion laws remain more based on women’s self-determination and the use of femtech in abortion criminal proceedings is not a foreseeable issue. However, in some countries, such as the UK, data taken from devices (femtech included) are being used in other criminal proceedings. For instance, victims of rape, and sexual or domestic violence are being asked to deliver their devices to get data regarding their communications, web searches, and downloaded materials. The British Information Commissioner’s Office (the competent data protection authority in the UK) has already issued a report on this question, alerting police forces to the need to comply with the 2018 Data Protection Act (the UK’s implementation of the GDPR).²⁷

Besides police forces, femtech data can be of particular interest to other public authorities, for instance, to organize and manage health services. This option could also be a force for good, making the provision of health services more inclusive for women. Still, there are no guarantees as to the real implication of such data access, which in theory could make healthcare more women-tailored. On the contrary, what we have witnessed in terms of sharing these specific data on women’s health have been attempts to gain a new kind of control over women’s bodies.²⁸

3.2. Control by private bodies

Data intrusions might also come from private companies, eager to use the data generated by femtech for business-related purposes, making women’s bodies (again) a source of profit. This time, not because of services provided with their bodies, but because of the data collected from them. After all, behind the golden armour of an altruistic purpose femtech apps and products are created for profit in the same way as other consumer products.²⁹

The problem lies in the fact that, although most users know that femtech apps collect information in exchange for the service offered, they are not aware of the specificities of these business models or

²⁴ Cf. B. CORBIN, N. GWILT LAW, *The Shifting Data Privacy Landscape For Femtech & Beyond*, in *MedDevice online*, June 29, 2022, <https://www.meddeviceonline.com/doc/the-shifting-data-privacy-landscape-for-femtech-beyond-0001>.

²⁵ Iran death penalty threat for abortion unlawful: UN rights experts. United Nations (2021). <https://news.un.org/en/story/2021/11/1105922>.

²⁶ In a horrifying history of forced sterilizations, some fear the US is beginning a new chapter. <https://edition.cnn.com/2020/09/16/us/icehysterectomy-forced-sterilization-history/index.html>.

²⁷ R v Carl Bater-James and Sultan Mohammed [2020]EWCA Crim 790.

²⁸ B. CORBIN, *op. cit.*, 5.

²⁹ C. McMILLAN, *op. cit.*, 1.

the privacy policies that govern them. Companies tend to comply with the General Data Protection Regulation (GDPR)³⁰ obligations that require consent for data sharing (otherwise they will be sanctioned for a violation of the GDPR), however, users are not always completely aware of how their information is used (which might also equate to a GDPR violation).³¹

A 2020 study by the Norwegian Consumer Council examined some of the most popular femtech apps, including Clue³² and Flo,³³ and concluded that data collected by them were far and wide.³⁴ The study found that these apps collectively transferred personal data to at least 135 third-party companies, or “data brokers”, who collect, aggregate and combine personal information about the user from different sources to create a digital profile. The breadth of uses that can be made is as manifold as the information collected is vast and inclusive. Data ranging from a user’s location to information on his/her personal health and sexual orientation are sold to data brokers for various functions, such as marketing and targeted advertising campaign, ascertaining the price of health insurance premiums, developing novel women’s products, or even deepening scientific knowledge. Overall, data-sharing practices, frequently with money involved,³⁵ created a parallel business.

There are also other common “private purposes” which relate to the labour environment. Femtech apps are being used by employers to manage the workplace and control their personnel. Indeed, it is a growing and laudable trend for employers to pay attention to the general well-being of their employees. However, when that is done by having access to their personal health details – e.g., using wearable health apps, very often provided by the company itself – a legal problem arises. Moreover, this genuine interest towards employees often comes hand in hand with the interest to save money on employees’ health insurance or adopt targeted management policies. The expansion of this trend to more intimate details – such as fertility and menstrual cycle data – is inevitable and thus threats to privacy and data protection are on the rise.

For instance, the gaming company Activision Blizzard encourages its female workers to use the app Ovia³⁶ and subsequently transmit to the company the respective aggregated data, allegedly for the

³⁰ *EU General Data Protection Regulation (GDPR)*: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ 2016 L 119/1.

³¹ The GDPR applies to the treatment of personal data as defined by Article 4 and Recital 26. According to Article 2(1) of the GDPR, the situations here described involving the processing of health data through femtech app, fall in the material scope of the regulation.

³² Clue (<https://play.google.com/store/apps/details?id=com.clue.android&hl=en&gl=US>) is a very popular fertility tracking app that claims to merely use the data for scientific research: “When you track in Clue, you contribute to an unprecedented data set that is forwarding the understanding of female health” (Amanda Shea, Scientific research at Clue, Clue, June 20 2022, <https://helloclue.com/articles/about-clue/scientific-research-at-clue>).

³³ Likewise, Flo (<http://bit.ly/3Z00JDI>) is a very popular menstrual and period tracker, that some consider the number one female OB-GYN (<https://www.news-medical.net/news/20220322/Flo3b-Much-more-than-a-period-tracker.aspx>).

³⁴ See <https://bit.ly/3YHhQUj>.

³⁵ Data brokers (i.e., companies that sell personal data) are selling abortion related data for merely \$160 (B. CORBIN, op. cit., 5).

³⁶ Ovia is a fertility, pregnancy tracking, and parenting app; (<https://play.google.com/store/apps/details?id=com.ovuline.fertility&hl=en&gl=US>).

company to better manage their costs with health insurance plans.³⁷ However, it is fair to assume that some more business-related concerns were the base of such requests to access data, namely, to identify how many employees were planning to have children (and thus will be unavailable to work). Data retrieved from femtech solutions could also trigger strong discrimination by health insurers based on the “fertility status” or other health issues related to women. This may be the case, for example, if a private insurance company comes into possession of data symptomatic of an infertility condition or concerning the presence of breast cancer or other pathologies that would require specific medical treatment.³⁸ The breach of strictly private information such as this not only leads to privacy violations, as it also can carry detrimental consequences for the ones involved because once it gets into the hands of insurance companies, the latter might consider not covering that individual or doing it at much higher rates.³⁹

Femtech solutions could boost targeted – and perhaps politicized – advertising campaigns. Femtech apps frequently incorporate social media plugins and built-in features that link to forums focused on health issues. While users may view these forums as closed places, businesses and other parties frequently view this information as public.⁴⁰ The user may not always be aware of the group’s interests that are driving the apps. For instance, a 2019 Guardian investigation revealed that a period and fertility tracking app was backed by Catholic anti-abortion and anti-gay activists and that it was unclear how the app owners and these other entities were using the aggregated data sets.⁴¹ Furthermore, there is a strong chance that misinformation will continue to circulate through these forums, a phenomenon that has been well-researched in relation to other healthcare-related topics, such as anti-vaccination movements.⁴²

4. Controlling women by using femtech stereotypes

4.1. The criticisms of femtech as a mechanism of oppression

Besides the potential risks due to the misuse of these technologies by private and public actors, the marketing and use of femtech solutions might simultaneously enforce and impose various oppressive biases that have historically plagued women. It has been extensively argued that

³⁷ D. HARWELL, *Is your pregnancy app sharing your intimate data with your boss?*, in *The Washington Post*, April 2019, <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/04/10/tracking-your-pregnancy-an-app-may-be-more-public-than-you-think/?noredirect=on>.

³⁸ M. CROSSLEY, *Discrimination against the unhealthy in health insurance*, in *Kansas Law Review*, 54, 2005, 73.

³⁹ M. MEHRNEZHAD, L. SHIPP, T. ALMEIDA, E. TOREINI, *Vision: Too Little too Late? Do the Risks of FemTech already Outweigh the Benefits?* In Proceedings of the 2022 European Symposium on Usable Security (EuroUSEC '22). Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 145-150.

⁴⁰ L. SHIPP, J. BLASCO, *How private is your period?: A systematic analysis of menstrual app privacy policies*, in *Proc. Priv. Enhancing Technol.*, 4, 2020, 491-510.

⁴¹ J. GLENZA, *Revealed: women’s fertility app is funded by anti-abortion campaigners*, in *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/world/2019/may/30/revealed-womens-fertility-app-is-funded-by-anti-abortion-campaigners>.

⁴² G. PENNYCOOK ET AL., *Shifting attention to accuracy can reduce misinformation online*, in *Nature*, 592, 2021, 590-595.

femtech presumes compliance with the stereotypical role of the woman.⁴³ Through the use of predefined settings and design assumptions, such as choice of specific layouts and features,⁴⁴ it is said that femtech developers have created products that categorize women, imposing a range of values that are considered “normal”. In consequence, it arguably ostracizes women whose personal and unique biology is not within the range of artificial normal values,⁴⁵ requiring women to flatten to cultural standards. These perspectives argue that numerous subsets of women, including transgender women, are excluded, stigmatized and devalued in their most intimate experiences.

Some authors have envisaged even more obscure outcomes related to the oppression and the stereotyping of women. Elisabeth Brown gives the following example: suppose that the data collected from a menstruation tracking app reveal that women’s brains operate differently during the different stages of the fertility cycle. In the “wrong hands” this information might be used to exclude competent women from top leading positions, by synchronizing (or desynchronizing) their agenda in such a way that important tasks are scheduled for those less auspicious days, leading to women’s dismissal for poor performance.⁴⁶ At the same time, this information could be used as a scientific basis to relegate women to a role of semi-incapacity, once again subjecting them to male power. The outcome is particularly gloomy if we look into a futuristic scenario where instead of apps femtech embraces mandatory wearable devices or even mandatory implantable chips.⁴⁷ However, there is no sound ground for such an apocalyptic feminist scenario.

4.2. The criticism of the criticism

It is a fact that conception or fertility-related technologies may work with the presumption that users adhere to specific social, sexual, and physical standards.⁴⁸ It could not be in any other way. Data-driven products are developed based on given standards, which refer to the source of the data used and on a population-based statistical model. However, it should be recognised that in the specific case of femtech products the standard relates to gender-based norms and “gender-based reprisals” (prejudice, discrimination) that women often face. Digital products tend to tell women what their biological characteristics should be (e.g. a thirty-day cycle), what reproductive goals they should aim for (e.g. through the apposition of a smiley face on a menstruation monitoring app when a woman does not have her period, which means her goal should be pregnancy), and what their sexual activi-

⁴³ M.E. GILMAN, *Periods for Profit and the Rise of Menstrual Surveillance*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 41, 1, 2021, 100-13.

⁴⁴ Often presented in pastel colours and “feminine” motifs (e.g., hearts and flowers).

⁴⁵ J. MCGRATH, *With Period-Tracking Apps, the Fate of Your Fertility Is Far from Clear*, in *Digital trends*, September 2019, <http://www.digitaltrends.com/mobile/the-problems-and-promises-of-periodtracking-apps/>; M. MCHUGH, *Does Femtech Give Users Control of Their Health or Take It Away?*, in *Ringer Tech*, <http://bit.ly/3ICY3q0> (explaining that “many health apps try to shove users and their bodies into strict categories”).

⁴⁶ E.A. BROWN, *op. cit.*, 1.

⁴⁷ About mandatory wearable devices, see V.R. RAPOSO, *Big Brother Knows that you are infected: wearable devices to track potential COVID-19 infections*, in *Law, Innovation and Technology*, 13, 2, 2021, 422-438;

⁴⁸ D LUPTON, “Mastering Your Fertility” *The Digitised Reproductive Citizen*, in A. MCCOSKER, S. VIVIENNE, A. JOHNS (eds), *Negotiating Digital Citizenship: Control, Contest and Culture*, 2016, 81-87.

ties and preferences should be (with images on the apps strongly focusing on male genitalia).⁴⁹ The way in which fertility (and its importance) is socially and culturally constructed has a direct impact on the well-being of women and thus these arbitrary standards reinforce the notion of otherness for women who do not – and often cannot – conform.⁵⁰

However, against these criticisms, it seems appropriate to make two observations. Firstly, the generalised attack on femtech on several fronts would seem to lead to the unequivocal solution of giving up on this sector of medical innovation. A solution that is more drastic than sensible, renouncing innovation and the undeniable benefits of such applications, rather than building on them to improve femtech products. How is it better to fossilise innovation until the perfect balance of viewpoints is found, instead of advancing step by step towards a more comprehensive solution? Putting it even more simply, better no one than someone? Secondly, the criticism cannot be built in such a way that the desire of having kids, shared by many women, becomes the target. One thing is to argue that femtech apps shall be designed to embrace a more diversified range of users, especially considering transgenders and women who do not want/can have children; and that femtech could be featured less stereotypically, recognising that women, as well as women's tastes and desires, are not uniform. A different thing is to claim that femtech is a mechanism of female oppression and that we all will be shaped to think alike because of femtech. While the first observation is broadly agreeable, the second leads to the inevitable reversed discrimination against the "standardized women" represented in femtech. The claim that femtech and other technologies alike are oppressing women that do not want/can have kids might be reverted into an opposite criticism: would the ban of these technologies be an attack on women that do want to have kids?

5. The legal framework of femtech within European law

Within the EU, femtech manufacturers must untangle themselves in a waltz of old, renewed and desired regulations, which contribute in varying degrees to the regulation of these products. Regulation cannot solve all the problems raised by femtech. However, some of them, especially the ones related to safety and data, might benefit from a proper legal framework.

The first set of legal norms derives from the qualification of femtech as medical software. Some femtech apps and/or devices are considered medical devices in the EU under the Medical Devices Regulation (EU) 2017/745 (MDR)⁵¹, as software aimed for medical purposes. Medical devices in the EU should be certified following the demand requirements of the MDR and thus the manufacturer will have to satisfy growing safety requirements according to the risks related to the device.⁵²

⁴⁹ C. McMILLAN, *op. cit.*, 1.

⁵⁰ MCHUGH, *op. cit.*, 7; J. TODRES, *Law, Otherness, and Human Trafficking*, in *Santa Clara Law Review*, 49, 2009, 605.

⁵¹ Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC (Text with EEA relevance) (OJ L 117 05.05.2017, 1, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/745/oj>).

⁵² See the classification system explained in S. PALMIERI, T. GOFFIN, *A blanket that leaves the feet cold: exploring the AI Act safety framework for medical AI*, in *European Journal of Health Law*, 1, 2023.

Femtech software frequently works based on artificial intelligence (AI) in its various forms (AI *stricto sensu*, machine learning).⁵³ The fact that it is constantly developing based on the “self-learning” components raises complex issues, as the current legal frameworks in Europe (and around the world) is not yet prepared to support AI models and applications. Regulators are debating how to guarantee the security, efficacy, and performance of AI-enabled medical devices, applications, and other digital technologies used in healthcare. Designing and establishing proportional legislation that permits a safety risk-based strategy to oversee AI-powered systems is a crucial problem in this regard. In this vein, the EU has made numerous efforts in recent years to curb the risks arising from big data and new technologies through robust regulatory proposals.

One of such set of norms, still in the draft stage, is the so-called AI Act.⁵⁴ AI-based medical devices – as it is the case of many femtech apps and related femtech technologies – are considered high-risk AI systems under the AI Draft Act,⁵⁵ and as such they must comply with various requirements before getting the CE marking of conformity and being allowed to go into the market.⁵⁶ One of such requirements relates to cybersecurity safeguards, which, in turn, might be useful to prevent undue access to information gathered by the device.

The harm caused by femtech devices is another concern. The Product Liability Directive, currently under reformulation,⁵⁷ provides a regime of strict liability for defective products, and it will soon be complemented by the AI Liability Directive.⁵⁸ The Product Liability Directive is targeted at safety issues pertaining to the use of such devices, while the AI Liability Directive relates to other malfunctions. Undue access or undue use of data are not among the issues included in the Directives, even though the revised Product Liability Directive will cover “material losses due to the loss, destruction or corruption of data”,⁵⁹ as confirmed by Article 6(4)(c) of the draft, that lists the “loss or corruption of data that is not used exclusively for professional purposes” as one of the damages to be covered by this Directive.

⁵³ V. SUBBHURAAM, B.K. WIEDERHOLD, *Femtech: Digital Help for Women’s Health Care Across the Life Span*, in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 24, 11, 2021, 697-698; C. ROSAS, *The Future Is Femtech: Privacy and Data Security Issues Surrounding Femtech Applications*, in *Hastings Business Law Journal*, 15, 2, 2019, 319-341; L.M. BRAYBOY, A.M. QUAAS, *The DIY IVF cycle—harnessing the power of deeptech to bring ART to the masses*, in *J Assist Reprod Genet*, 2022.

⁵⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative acts, COM/2021/206 final, meanwhile already updated. The last version – and all the ones in between – in <https://artificialintelligenceact.eu/developments/>.

⁵⁵ S. PALMIERI, P. WALRAET, T. GOFFIN, *Inevitable Influences: AI-Based Medical Devices at the Intersection of Medical Devices Regulation and the Proposal for AI Regulation*, in *European Journal of Health Law*, 28, 4, 2021, 341-358.

⁵⁶ V.L. RAPOSO, *Ex machina: preliminary critical assessment of the European Draft Act on artificial intelligence*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 30, 1, 2022, 88-109;

⁵⁷ Proposal for a Directive of the European parliament and the Council on liability for defective products (https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/3193da9a-cecb-44ad-9a9c-7b6b23220bcd_en).

⁵⁸ Proposal for a Directive of the European parliament and the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496>).

⁵⁹ Proposal for a Directive of the European parliament and the Council on liability for defective products – Explanatory Memorandum, 30.

Moreover, compliance with the data regulations norms is required: the GDPR for a start, and eventually the future Data Act,⁶⁰ Data Governance Act,⁶¹ and European Health Data Space.⁶² Presently, the GDPR is the law that best protects data subjects from undue and illegitimate access.⁶³ According to it, any data processing requires a proper legal ground,⁶⁴ to be found in Article 6(1) of the GDPR and, in case sensitive data are involved (as it is the case of health and genetic data), an additional one in Article 9(2) GDPR. Violations of the GDPR can lead to severe administrative penalties and allow the data subject that suffered moral or material harm to file a compensation request (chapter 8 of the GDPR).⁶⁵

From all the potentially problematic issues raised by femtech, the possible discrimination and eventual oppression is the one we can most hardly trace back to a precise source of EU law, or, for what matters, in any law. Some of the norms of the Charter of Fundamental Rights⁶⁶ could be applicable, namely Articles 1 (Human dignity), 7 (Respect for private and family life), 8 (Protection of personal data), 10 (Freedom of thought, conscience and religion), 20 (Equality before the law), 21 (Non-discrimination), 22 (Cultural, religious and linguistic diversity) and 23 (Equality between women and men), 38 (Consumer protection), as well as others secondary regulations on non-discrimination.⁶⁷ However, the exact consequences of femtech in what regards women's oppression (or, at least, some women) is a matter open to debate and thus it is not evident how would these rights apply to a potential claim.⁶⁸

⁶⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), Brussels, 23.2.2022 COM(2022) 68 final 2022/0047 (COD), Strasbourg, 3.5.2022 COM(2022) 197 final 2022/0140 (COD).

⁶¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act) COM/2020/767 final.

⁶² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space.

⁶³ Compared to the protection offered to individual rights by other legal instruments dedicated to the protection of personal data, the GDPR adopts a more guarantee-based approach. See C.J. MCKINSTRY, *The HIPAA Privacy Rule: Flawed Privacy Exposed When Compared with the European Union's General Data Protection Regulation*, in *Journal of Healthcare Finance*, 45, 1, 2018; see also the case Privacy Shield ECLI:EU:C:2020:559; More in general see: G. CHASSANG, *The impact of the EU general data protection regulation on scientific research*, in *Ecancermedicalscience*, 3, 11, 709, 2017; <http://bit.ly/3SaMmKe>.

⁶⁴ Principle of lawfulness of processing (Article 5(1)(a) GDPR).

⁶⁵ More details in C.J. HOOFNAGLE, B. VAN DER SLOOT, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *The European Union general data protection regulation: what it is and what it means*, in *Information & Communications Technology Law*, 28, 1, 2019, 65-98.

⁶⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union, http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj.

⁶⁷ Directive 2000/43/EC against discrimination on grounds of race and ethnic origin; Directive 2000/78/EC against discrimination at work on grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation; Directive 2006/54/EC equal treatment for men and women in matters of employment and occupation; Directive 2004/113/EC equal treatment for men and women in the access to and supply of goods and services; Directive Proposal (COM(2008)462) against discrimination based on age, disability, sexual orientation and religion or belief beyond the workplace.

⁶⁸ More details on how the Charter protect women's rights in R. GUERRINA, *Gender, Mainstreaming and the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Policy and Society*, 22, 1, 2003, 97-115.

6. What about the future?

Femtech was born as a mechanism of women's liberation and self-determination, but with recent legal changes in some jurisdictions, it risks becoming a mechanism of women's external control. The diffusion of femtech can certainly allow accessible and supportive healthcare, offering a sense of community, but also, as the discussion explored, a network of false or manipulative information, data gathering, and profiteering. It seems that women's issues reached the wrong side of the public area: instead of becoming a tool for emancipation, they became a mechanism for persecution and external control from governments, employers, and potentially any other entity (insurance companies, doctors). Some go even further and claim that femtech became a mechanism of women's oppression, though the substance of such radical accusations remains controversial.

As discussed earlier in the paper, some of the most popular fertility apps turned out to be sharing very intimate data of their user to advertisement companies. Fearing that poor data privacy and security practices could result in the disclosure of their reproductive data to law enforcement agencies, who could use it to investigate and prosecute women who have had illegal abortions, many women gave up on their femtech apps or swap for more privacy compliant apps.⁶⁹ If governments cannot have access to the information collected by the apps, access to their bodies is likewise barred.

As smart as this strategy is, it takes with it an evident downside: femtech, especially AI-driven femtech, needs data to improve and develop a better version of itself. However, if women up their fertility apps – and many women are doing that to avoid having their bodies controlled by public powers – the amount of collected data will substantially decrease, thus jeopardizing the future of femtech.⁷⁰ With fewer data, the accuracy of femtech apps will decrease.⁷¹ Apps, especially AI-based apps, are only as good as the data they have been provided with. The lack of data and failures in their quality and quantity raise biases and lead to discriminatory and inexact results.⁷²

In order to prevent these outcomes, femtech companies shall develop more robust privacy and cybersecurity measures and adopt FAIR data quality standards.⁷³ Such events led some femtech companies to consider adjustments and changes that are already taking place. Not long ago, the femtech app Flo announced that considering how data collected by femtech apps are being used to persecute women for illegal abortion they would include an “anonymous mode” to prevent the user's identi-

⁶⁹ <https://bit.ly/4185Sep> (last visited 8/02/2023).

⁷⁰ B. CORBIN, *op. cit.*, 5.

⁷¹ C. McMILLAN, *op.cit.*, 1.

⁷² M. MEHRNEZHAD, T. ALEMIDA, *Caring for Intimate Data in Fertility Technologies*, CHI '21: Proceedings of the 2021 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, 409, 2021, 1-11.

⁷³ Research around the concept of data quality is a booming area. Today, there are numerous standards and systems for assessing data quality. Among many, by way of example and for assonance with the phrase referred to, we mention FAIR, which stands for findability, accessibility, interoperability, and reusability. See <https://www.go-fair.org/fair-principles/>. To date, there is no universally accepted data quality standard. However, there is a shared need, especially in the health sector, to find this standard to improve the quality of care, as expressed in the recent Porto Declaration (<https://www.i-hd.eu/health-data-forum-2022/ihd-porto-declaration-on-health-data-quality-2022/>).

cation.⁷⁴ These obvious cautions, however, will have little impact if the legal framework allows the state to gain access to such data for law enforcement purposes.

If femtech companies fail to protect their users, women will very likely abandon the use of these products, eventually converted into mechanisms of control. This outcome will jeopardize women's rights (reproductive rights, rights over the body, privacy rights) and sink what has been up until now a very profitable business.

Femtech should go back to what it was meant to be: a tool to empower women. Maybe for now it cannot satisfy all women, as we came in different "shapes and forms", but hopefully in the future femtech can develop to cover a wide range of the female public. If and when that happens femtech will become much more respectful of individual rights and liberties (and, by the way, much more profitable).

Special issue

⁷⁴ <https://www.femtechworld.co.uk/news/period-tracker-app-flo-introduces-anonymous-mode-after-roe-outcome/>.



Il difficile bilanciamento tra dignità del feto e autodeterminazione della donna: analisi normativa della sepoltura dei feti nelle realtà statunitense e italiana

Beatrice Perego*

THE DIFFICULT BALANCE BETWEEN THE DIGNITY OF THE FETUS AND THE SELF-DETERMINATION OF THE WOMAN: NORMATIVE ANALYSIS OF THE BURIAL OF FETUSES IN THE AMERICAN AND ITALIAN REALITIES
ABSTRACT: This paper, through the analysis of Italian legislation and U.S. jurisprudence on the subject of the burial of aborted fetuses, aims to highlight the effects of the imposition of legal obligations in this matter on women's constitutionally guaranteed rights to freedom of conscience, religion and choice. The experiences analyzed highlight how the disciplines introduced in order to protect the dignity of the conceived stand as an obstacle, as much to access to the abortion practice, as to the full self-determination of the woman.

KEYWORDS: Burial; aborted fetuses; mortuary regulations; special waste disposal; self-determination

ABSTRACT: Il presente contributo, attraverso l'analisi della normativa italiana e della giurisprudenza statunitense in tema di sepoltura dei feti abortiti, intende evidenziare gli effetti dell'imposizione di obblighi giuridici in tale materia sui diritti di libertà di coscienza, religione e scelta della donna, costituzionalmente garantiti. Le esperienze analizzate evidenziano come le discipline introdotte al fine di tutelare la dignità del concepito si pongono come ostacolo, tanto all'accesso alla pratica abortiva, quanto alla piena autodeterminazione della donna.

PAROLE CHIAVE: Sepoltura; feti abortiti; disciplina mortuaria; smaltimento di rifiuti speciali; autodeterminazione

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi – 2. Il caso dell'Indiana: la sentenza Doe v. Rakita – 3. Il quadro normativo italiano – 4. Considerazioni conclusive.

* *Dottoranda di ricerca in Scienze Politiche, curriculum Governo e Istituzioni Università degli Studi Roma Tre.*
Mail: beatrice.perego@uniroma3.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Brevi cenni introduttivi

Con la celebre sentenza *Roe v. Wade*¹, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha sancito che le leggi statali di criminalizzazione dell'aborto violano la clausola del giusto processo del quattordicesimo emendamento, che protegge contro l'azione dello Stato il diritto alla privacy, all'interno del quale è riconducibile il diritto di una donna di interrompere la gravidanza. Allo stesso tempo, la Corte Suprema ha affermato che i singoli Stati hanno il potere di regolamentare i tempi e le circostanze in cui possono essere praticati gli aborti².

Ebbene, negli anni successivi all'adozione di questa sentenza³, i legislatori statunitensi hanno adottato un'ingente quantità di norme inerenti a tale pratica, limitando, di fatto, il diritto delle donne ad interrompere una gravidanza indesiderata – scoraggiandole dall'utilizzare i servizi abortivi ed ostacolando l'accesso all'aborto⁴ –, giustificando tali restrizioni con il pretesto del «protezionismo materno» e della «conservazione del feto»⁵. In particolare, il «destino» del feto rappresenta uno degli argomenti su cui maggiormente si accende il dibattito intorno all'aborto e ciò sin dal momento in cui si è paventata la possibilità del trattamento dei tessuti fetali per scopi medici, con conseguente destinazione degli stessi alla ricerca scientifica⁶. Così, nell'ambito delle misure che limitano l'accesso all'assistenza sanitaria riproduttiva, a partire dal 2016, nel panorama americano, si è assistito

¹U.S Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

²Sebbene lo Stato non possa ignorare tale diritto, vengono riconosciuti allo stesso interessi legittimi nel proteggere tanto la salute della donna incinta, quanto la potenzialità della vita umana. Si veda, *id.*, 163-165: «[A] State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health. [...] (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability the State, in promoting its interest in the potentiality of human life, may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother».

³In particolare, il precedente di *Roe v. Wade* è stato definitivamente superato con la recente pronuncia della U.S. Supreme Courts, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 2022, con la quale la Corte ha escluso che la Costituzione degli Stati Uniti preveda un diritto all'aborto, lasciando, quindi, alla discrezionalità dei singoli stati la regolazione in materia.

⁴S. EWALL-WICE, M. QUINN, *With Roe v. Wade overturned, which states would restrict or protect abortion rights?*, in *CBS News*, 2022.

⁵Guttmacher Institute, *An Overview of Abortion Laws*, 2022, <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/overview-abortion-laws> (03/01/2023); E. NASH, R.B. GOLD, L. MOHAMMED, Z. ANSARI-THOMAS, O. CAPPELLO, *Policy Trends in the States 2017*, in *Guttmacher Institute*, 2018, <https://www.guttmacher.org/article/2018/01/policy-trends-states-2017> (03/01/2023); Guttmacher Institute, *Last Five Years Account for More than One-Quarter of All Abortion Restrictions Enacted Since Roe*, 2016, <https://www.guttmacher.org/article/2016/01/last-five-years-account-more-one-quarter-all-abortion-restrictions-enacted-roe> (03/01/2023); Center for Reproductive Rights, *Roe v. Wade in the States*, 2007, <https://reproductiverights.org/wpcontent/uploads/2020/12/pubs fs Overview of Types of Abortion Restrictions in the States 2007.pdf> (03/01/2023).

⁶C.A. SEIFERT, *Fetal Tissue Research: State Regulation of the Donation of Aborted Fetuses without the Consent of the Mother*, in *J. Marshall Law Review*, 1997; J.F. CHILDRESS, *Deliberations of the Human Fetal Tissue Transplantation Research Panel*, in K.E. HANNA (a cura di), *Deliberations of the Human Fetal Tissue Transplantation Research Panel*, Washington, 1991.

all’emanazione di leggi volte a regolamentare lo smaltimento dei tessuti fetali⁷ e alla conseguente compressione del diritto di autodeterminazione della donna.

Tradizionalmente lo smaltimento dei resti fetali – in particolare con riguardo a quelli di meno di 20 settimane di gestazione – , assimilati a rifiuti medici, avviene tramite l’incenerimento o altri metodi determinati da regole non adottate all’interno degli organi appartenenti al circuito politico-rappresentativo⁸. Tuttavia, le normative statali finalizzate alla “disposizione dignitosa” del feto hanno imposto limitazioni rigorose all’utilizzo del tessuto fetale⁹, nonché previsto che i prodotti degli aborti (tanto quelli volontari, quanto spontanei) debbano essere inumati o cremati al fine di evitare sanzioni penali¹⁰: ad esempio, in Arkansas e Georgia sono in vigore leggi restrittive sullo smaltimento dei feti¹¹; l’Indiana, la Louisiana e il Texas hanno implementato l’obbligo di interrimento o cremazione¹²; con legge approvata nel dicembre 2020, anche in Ohio si impone alle donne di indicare la destinazione del feto in caso di aborto e, nel silenzio della stessa, la clinica dove lo stesso viene praticato ha l’obbligo di procedere con la cremazione o la tumulazione¹³.

Tali normative sono state da più parti – *in primis* dalle associazioni per la difesa dei diritti civili – fortemente criticate: l’imposizione di obblighi normativi in materia di destinazione del feto, in quanto prive di un legittimo interesse statale e di uno scopo medico, rappresentano un ostacolo sostanziale per le donne che cercano di abortire, potendo, inoltre, «indurre molti centri sanitari a limitare le pra-

⁷Da un lato, la Corte Suprema in *Roe v. Wade* ha riconosciuto agli Stati l’autorità di regolamentare l’aborto (v. sub. 2), dall’altro, rientra nella competenza degli stessi regolamentare lo smaltimento dei rifiuti medici. E.K. KEY, *The Forced Choice of Dignified Disposal: Government Mandate of Internment or Cremation of Fetal Remains*, in *U.C. Davis Law Review*, 2017, 312.

⁸A. COLETTE, *Concern or Calculation: an Examination of State Law Mandating the Burial or Cremation of a Fetus*, in *Wake Forest Law Review*, 2019.

⁹Così, in Alabama e nell’Idaho è vietato comprare, vendere, donare o sperimentare sui tessuti fetali (House Bill n. 45, 2016 Leg., Reg. Sess., Ala. 2016; Senate Bill n. 1404, 63rd Leg., 2d Reg. Sess., Idaho 2016); ugualmente, in Arizona e South Dakota è fatto divieto di utilizzare tali tessuti ai fini di ricerca (Senate Bill 1474, 52nd Leg., 2d Reg. Sess., Ariz. 2016; Senate Bill n. 24, 2016 Leg., 91st Sess., S.D. 2016); in Louisiana la vendita – come anche nello Stato del Tennessee ai sensi del S.B. 2568, 109th Gen. Assemb., Reg. Sess., Tenn. 2016 – , ricezione o il trasporto di tessuti fetali è illegale (Senate Bill n. 33, 2016 Leg., Reg. Sess., La. 2016).

¹⁰Si vedano, tra gli altri, E.K. KEY, *op. cit.*; A. ZAVIS, *The Latest Battlefield in the Abortion Wars: Some States Want to Require Burial or Cremation for Fetuses*, in *L.A. Times*, 2017; R. GRANT, *The Latest Anti-Abortion Trend? Mandatory Funerals for Fetuses*, in *The Nation*, 2016; L. STACK, *Texas Will Require Burial of Aborted Fetuses*, in *N.Y. Times*, 2016.

¹¹Cfr. Arkansas Code Annotated §20-17-801 e § 20-17-802; Georgia Code Annotated § 16-12-141.1.

¹²House Enrolled Act 1337, 119th Gen. Assemb., 2nd Reg. Sess. (Ind. 2016); House Bill 815, 2016 Leg., Reg. Sess. (La. 2016); Texas Register, 41, 7659, 7664, 2016.

¹³S.K. SIMON, *Can Ohio Require Burials for Embryos?*, in *University of Cincinnati Law Review*, <https://uclawreview.org/2021/03/17/can-ohio-require-burials-for-embryos/> (27/12/2022); A. ZAVIS, *The latest battlefield in the abortion wars: Some states want to require burial or cremation for fetuses*, in *Los Angeles Times*, 2017, <https://www.latimes.com/nation/la-na-aborted-fetus-burial-2017-story.html> (27/12/2022); C. BEUSMAN, *Fetus Funerals: The dystopian new turn in the fight against abortion rights*, in *Vice*, 2016, <https://www.vice.com/en/article/qvdpbp/fetus-funerals-the-dystopian-new-turn-in-the-fight-against-abortion-rights> (03/01/2022).

tiche abortive»¹⁴, risolvendosi, quindi, in un “*undue burden*” che viola il diritto di scelta e alla privacy delle donne, tutelato costituzionalmente ai sensi del quattordicesimo emendamento¹⁵.

Le criticità sin qui emerse, tuttavia, non sono relegate ai confini della realtà statunitense, bensì simili riflessioni sono oggetto di dibattito anche nel nostro Paese.

In particolare, la questione della sepoltura dei feti è stata resa nota a seguito della vicenda di una donna che, dopo essersi sottoposta ad un aborto terapeutico presso un ospedale romano, sebbene avesse escluso di voler procedere con il seppellimento del feto, mesi dopo l’interruzione della gravidanza scopre che lo stesso era stato sepolto nel Giardino degli angeli del cimitero Flaminio con indicazione dei suoi dati anagrafici sulla lapide.

Quello di Roma, lungi dal rappresentare un caso isolato, ha posto l’attenzione sulla prassi della sepoltura di feti all’insaputa delle donne che li hanno generati, molto diffusa in Italia¹⁶.

Detta pratica incide su diversi aspetti legati alla tutela dei diritti fondamentali: anzitutto, sulla privacy di quelle donne che hanno visto inciso su una tomba non loro il proprio nome¹⁷; in secondo luogo, la sepoltura, in quanto fortemente connotata da fattori religiosi, intacca la libertà di coscienza e di religione delle donne coinvolte, nonché il principio di laicità dello Stato posto che, tali prassi vengono favorite da amministrazioni pubbliche, tenute alla garanzia di neutralità ed imparzialità rispetto a questioni strettamente connesse a convinzioni etico-religiose e inerenti la sfera più personale dei soggetti interessati¹⁸; infine, l’aspetto più rilevante afferisce alle ripercussioni che simili pratiche hanno sul diritto della donna ad autodeterminarsi, risolvendosi in un ulteriore tentativo di ostacolare e stigmatizzare l’applicazione della legge n. 194, «una delle più rilevanti conquiste storiche per il mondo femminile, faticosamente raggiunta e ancor più faticosamente mantenuta in vita»¹⁹.

¹⁴G.M. RICCIO, *Sepoltura dei feti e protezione dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3. Si vedano anche U. S. Supreme Court, *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582, 2016; U. S. District Court Middle District of Louisiana, *June Medical Services v. Gee et. al.*, 2016; District Court for the Southern District of Indiana, Indianapolis Division, *Planned Parenthood of Indiana & Kentucky, Inc. v. Commissioner of the Indiana State Department of Health*, et. al, 2016.

¹⁵A. COLETTE, *op. cit.*; L.M. LITMAN, *Response: Potential Life in the Doctrine*, in *Texas Law Review*, 2017, <https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2018/01/Litman-Vol95-SeeAlso.pdf> (03/01/2023)

¹⁶Sul tema si vedano, in generale, i contributi raccolti nella sezione *Focus* della rivista *BioLaw Journal*, 2, 2021, 79-11.

¹⁷Cfr. G.M. RICCIO, *op. cit.*; A. IANNUZZI, *Il destino dei feti abortiti. Uno sguardo d’insieme su una questione complessa*, in *BioLaw Journal*, 2021. In generale, sul tema della privacy e del trattamento dei dati sanitari si vedano C. COLAPIETRO, F. LAVIOLA, *I trattamenti in ambito sanitario*, in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Il “nuovo codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*, Torino, 2019, 201 ss.; G. FARES, *I dati relativi alla salute e i trattamenti in ambito sanitario*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017.

¹⁸G. DI COSIMO, *Fattore religioso e sepoltura dei feti abortiti*, in *BioLaw Journal*, 2021.

¹⁹Così, ad esempio, in Piemonte è stata vietata la somministrazione della Ru486 nei consultori, ostacolata anche dalle politiche attuate nelle Marche e in Abruzzo; in Umbria, nel giugno 2020, attraverso l’abrogazione della DGR 1417 del 4 dicembre 2018, è stato ripristinato l’obbligo di ricovero anche per l’interruzione di gravidanza farmacologica, prima praticata in day hospital; Nell’area del bresciano sono stati stanziati dei fondi destinati a sostenere economicamente le donne al fine di dissuaderle dall’interrompere la gravidanza, al finanziamento di campagne antiabortiste e di associazioni “Pro-Life”. S. BALDASSARRE, *A come aborto: la “lettera scarlatta” del XXI secolo nel Giardino degli angeli*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, 21.

2. Il caso dell'Indiana: la sentenza Doe v. Rakita

Con sentenza dd. 28 settembre 2022²⁰, la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Settimo Circuito ha ripristinato l'obbligo di sepoltura o cremazione dei feti abortiti, annullando la decisione della Corte distrettuale dell'Indiana con la quale si statuiva che «the Tissue Disposition Laws²¹, Ind. Code §§ 16-21-11-1 to 16-21-11-6; 16-34-2-1.1(a)(2)(H)-(J); 16-34-2-1.1(a)(3)(A); 16-34-2-6(b)-(c); 16-34-3-1 to 16-34-3-6; 16-41-16-4(d); 16-41-16-5; 410 Ind Admin. Code 35-1-1 to 35-2-1 are unconstitutional²²». La causa è stata intentata nel 2020 dalla clinica abortiva *Women's Med Group* di Indianapolis, dal suo proprietario, da due infermiere che lavorano nella clinica e da tre donne, sostenendo che le disposizioni di cui all'*House Enrolled Act* (HEA) 1337 sulla disposizione dei tessuti impongono un onere indebito (*undue burden*) sull'accesso all'aborto e alle cure per l'aborto spontaneo; che le stesse trattano i pazienti e gli operatori sanitari che cercano di disporre di tessuti umani provenienti da procedure di aborto volontario o spontaneo in modo diverso rispetto a quanto avviene per i tessuti embrionali derivanti dalla fecondazione in vitro o per tessuti umani provenienti da qualsiasi altra procedura chirurgica; infine, le disposizioni contenute in detti atti normativi promuovono determinate convinzioni, obbligando alcuni operatori sanitari e pazienti a mettere in atto le convinzioni dello Stato circa la gravidanza, l'aborto, la morte e la dignità²³.

La Corte d'Appello, tuttavia, ha ritenuto che nel caso di specie non fosse rilevabile alcuna violazione costituzionale in quanto, in primo luogo, la Corte Suprema ha riconosciuto ai singoli Stati il diritto di porre fine alla pratica di smaltimento dei resti fetali quali "rifiuti medici". Considerando l'HEA 1337 come interamente invalido, la decisione della Corte distrettuale contrasterebbe, quindi, con quella della Corte Suprema, risolvendosi in una violazione del principio secondo cui «relief should be no greater than necessary to protect the rights of the prevailing litigants²⁴». In secondo luogo, il Giudice Easterbrook ha rilevato come l'obbligo di cremare o seppellire i resti fetali si applichi esclusivamente agli ospedali e alle cliniche che praticano l'aborto, non richiedendo, quindi, a nessuna donna di violare il proprio credo (religioso o laico che sia), potendo le stesse scegliere di prendere in custodia i resti

²⁰U. S. Court of Appeal (7th Circ.), Doe n.1, et al. v. Todd Rakita, Attorney General of Indiana, et. al., n. 22-2748, 2022

²¹House Enrolled Act (HEA) 1337, 2016.

²²U. S. District Court for the Southern District of Indiana Indianapolis Division, Jane Doe n. 1; Jane Doe n. 2; Jane Doe n. 3; William Mudd Martin, M.D.; Cassie Herr, N.P.; Kelly Mckinney, N.P.; and Women's Med Group Professional Corporation v. Attorney General of Indiana; Commissioner of the Indiana State Department of Health; Medical Licensing Board of Indiana; Indiana State Board of Nursing; and Marion Country Prosecutor, Case n. 1:20-CV-3247, 2020, § 212-c. In particolare, la Corte Distrettuale ha evidenziato che tali normative violano «the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution, [...] the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution, [...]the Free Speech Clause of the First Amendment to the U.S. Constitution, [...] the Establishment Clause of the First Amendment to the U.S. Constitution, [...] the Free Exercise Clause of the First Amendment to the U.S. Constitution» §§ 188,196,200, 207, 2011.

²³*Id.*, §185-211.

²⁴U. S. Court of Appeal, Doe v. Rakita, 2: «Before enactment of these statutes, it had been common for medical providers to place fetal remains in the garbage ("medical waste"). The Supreme Court concluded in *Box* that the state is entitled to end that practice. The district court's needlessly broad injunction treats the statute as invalid across the board (that is, on its face rather than as applied), which effectively countermands the Supreme Court's decision for the entire population of Indiana. This offends the principle that relief should be no greater than necessary to protect the rights of the prevailing litigants».

e disporne a loro piacimento²⁵. Ad avviso della Corte d'Appello, inoltre, non sarebbe condivisibile l'argomento dei querelanti secondo cui la cremazione o la sepoltura – pratiche riservate agli esseri umani – implicano “la personalità di un feto non ancora nato”, dal momento che «Dogs, cats, and other pets may be cremated or buried, sometimes as a result of legal requirements not to put animals' bodies in the garbage. [...] Indiana's statute about fetal remains therefore need not imply anything about the appropriate characterization of a fetus²⁶». Infine, nella sentenza in oggetto viene evidenziato che «If the statute reflects anyone's view about fetal personhood, it is the view of the State of Indiana²⁷», il quale ha diritto di esprimersi su argomenti controversi e agire secondo le proprie convinzioni senza che queste si traducano necessariamente in un'imposizione ideologica o in una violazione dei principi religiosi delle donne coinvolte, specie nei casi in cui «application of a law (that) leaves people free to put their own religious beliefs into practice²⁸».

Le argomentazioni riportate dalla Corte non convincono.

Anzitutto, sebbene la normativa sullo smaltimento dei rifiuti consenta alle singole pazienti di farsi carico dei resti fetali, ove non intendano optare per la sepoltura o cremazione degli stessi, dette leggi non consentono lo smaltimento attraverso gli strumenti tradizionali²⁹, esponendo le stesse a rischi di infezione e contaminazione. Invero, dal punto di vista della sicurezza e della salute pubblica, il tessuto umano derivante da aborto e da aborto spontaneo non è diverso dal tessuto umano derivante da qualsiasi altra procedura chirurgica, presentando lo stesso rischio di contaminazione di altre forme di rifiuti patologici³⁰. La comunità medico-scientifica, infatti, considera i resti fetali alla stregua di altre forme di rifiuti medici in termini di pericolo e trattamento: l'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce rifiuti patologici i tessuti, gli organi o i fluidi umani, le parti del corpo, i feti e gli emoderivati non utilizzati³¹; analogamente, il Comitato Internazionale della Croce Rossa annovera i feti tra i rifiuti

²⁵*Id.*, 3: «[T]here is no violation. Statutes that require people to disobey sincerely held religious beliefs can pose difficult analytical challenges». See, e.g., *Fulton v. Philadelphia*, 141 S. Ct. 1868 (2021); *LiAle Sisters of the Poor v. Pennsylvania*, 140 S. Ct. 2367 (2020). But Indiana does not require any woman who has obtained an abortion to violate any belief, religious or secular. The cremate-or-bury directive applies only to hospitals and clinics»; p. 1: «women may choose to take custody of the remains and dispose of them as they please. Ind. Code §16-34-3-2».

²⁶*Id.*, 3.

²⁷*Id.*, 4.

²⁸*Id.*, 4: «Whether or not the Supreme Court continues to adhere to *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), which holds that laws neutral with respect to religion may be enforced despite their effects on religious exercise, there is no problem with application of a law that leaves people free to put their own religious beliefs into practice. Nor does Indiana require any woman to speak or engage in expressive conduct».

²⁹Tra questi metodi si annoverano «incineration, cremation, interment, steam treatment technologies, chemical disinfection, alkaline digestion, aerobic composting, promession, and anaerobic digestion». International Committee of the Red Cross, *Medical Waste Management*, 2011, 59; World Health Organization, *Safe Management of Wastes from Health-Care Activities*, Y. CHARTIER *et. al.*, (a cura di), 2014, 106 ss. Inoltre, si rileva come le aziende che si occupano dello smaltimento dei rifiuti medici non stipulano contratti con i singoli pazienti, bensì con strutture e istituzioni sanitarie. E.K. KEY, *op. cit.*, 324-325.

³⁰Per tale ragione sono molti gli Stati che trattano i resti fetali come rifiuti patologici o infettivi e, in primo luogo, l'Indiana, prima dell'approvazione dell'HEA 1337, permetteva di incenerire i resti fetali insieme ai rifiuti medici infettivi ai sensi dell'Indiana Admin. Code, §35-1-3.

³¹World Health Organization, *Safe Management of Wastes from Health-Care Activities*, *cit.* 4.

patologici che comportano un rischio di infezione, insieme a tessuti, placente, organi e arti asportati e animali da laboratorio³².

Ebbene, le disposizioni contenute nell'HEA 1337, prevedendo per la materia fetale un trattamento distinto da quello imposto per altri rifiuti patologici, appaiono del tutto irrazionali. Parimenti, consentendo alle pazienti che praticano l'aborto di assumersi la completa responsabilità dei propri resti fetali, senza imporre, al contempo, di smaltirli tramite sepoltura o cremazione³³, la legge dell'Indiana fallisce nel promuovere la salute pubblica, violando, al contempo la clausola del "Due Process" di cui al quattordicesimo emendamento³⁴.

In secondo luogo, dal momento che la distinzione tra tessuti umani derivanti dall'aborto volontario o spontaneo e quelli ricavati da altre procedure chirurgiche non ha alcun fondamento medico-scientifico, la stessa riflette, inevitabilmente, la visione dello Stato sulla gravidanza, aborto e sullo *status* dei tessuti embrionali e fetali³⁵, con la conseguenza che le disposizioni vigenti sortiscono l'effetto di spostare il confine della "personalità" al momento del concepimento, privilegiando, così, le convinzioni religiose e di coscienza di alcune persone rispetto ad altre: l'interramento e la cremazione di tessuti embrionali e fetali costituiscono, infatti, rituali simbolici associati alla morte di una persona³⁶. Il concetto di "personhood" ai sensi del quattordicesimo emendamento³⁷ – sul quale, tuttavia, non mi soffermerò nel presente scritto –, si rivela centrale al fine di comprendere appieno il significato delle leggi sulla disposizione dei resti fetali all'interno del più ampio dibattito sull'aborto. In particolare, si rilevano due distinte "correnti di pensiero", l'una (*Pro-Choice*) che mette in luce come, ove si classifichi il feto come persona, i diritti riconosciuti allo stesso verrebbero privilegiati ri-

³²International Committee of the Red Cross, *Medical Waste Management*, cit., 100.

³³I resti fetali presentano lo stesso rischio di infezione a prescindere dalla circostanza che siano in possesso di una singola donna o di una clinica. Pertanto, le indicazioni circa il trattamento di tali tessuti, volte alla salvaguardia e alla sicurezza della salute pubblica, non dovrebbero subire eccezioni in base al soggetto che si fa carico dello smaltimento.

³⁴E.K. KEY, *op. cit.*, 325.

³⁵In tal senso si è espressa la Corte Distrettuale dell'Indiana nella sentenza *Doe, et al, v. Attorney General of Indiana, et al.*, §§ 158-159 «Personhood is a spiritual concept, not a scientific concept. It is grounded in religious belief. Through the Tissue Disposition Laws, Indiana takes sides in a religious debate about whether personhood begins at fertilization».

³⁶Le Leggi sulla Disposizione dei Tessuti impongono tanto agli operatori sanitari, quanto (e soprattutto) alle pazienti che abortiscono di tenere delle condotte corrispondenti a punti di vista statali tra cui l'idea che un embrione o un feto sia moralmente equivalente a una persona; che l'aborto e l'aborto spontaneo comportino la morte di una persona; e che i metodi di disposizione diversi dalla sepoltura e dalla cremazione siano irrispettosi, aumentando, così lo stigma su coloro che praticano e si sottopongono alla pratica abortiva. E.K. KEY, *op. cit.*; A. COLETTE, *op. cit.*; R. GRANT, *op. cit.*; E. GREEN, *State-Mandate Mourning for Aborted Fetuses*, in *The Atlantic*, 2016, [State Laws Require Burial or Cremation for Aborted and Miscarried Fetuses – The Atlantic](#) (04/01/2023); S.E. SMITH, *The New Pro-Choice Battle of 2016*, in *Bustle*, 2016, <https://www.bustle.com/articles/136652-fetal-remains-laws-will-be-the-pro-choice-battle-of-2016> (04/01/2023).

³⁷E.K. KEY, *op. cit.*, 320 ss.; I. TUTTLE, *Pence Mockery Syndrome*, in *National Law Review*, 2016; M. OSBORNE, 'Humane' Fetus Disposal Laws: The New Attack On Abortion Rights, in *Breitbart Unmasked*, 2015; R. BORK, N. SCHLEUTER, *Constitutional Persons: An Exchange on Abortion*, in *First Things*, 2003; J. HOLLOWELL, *Defining a Person Under the Fourteenth Amendment: A Constitutionally and Scientifically Based Analysis*, in *Regent University Law Review*, 2002

spetto al diritto alla privacy e all'autodeterminazione della donna³⁸; l'altra (*Pro-Life*), sostiene l'idea che già gli zigoti e gli embrioni siano persone giuridiche soggette alla protezione e ai benefici della legge³⁹.

Ciò che, tuttavia, appare incontrovertibile è che simili leggi tutelano unicamente coloro le quali intendano disporre dei tessuti fetali nell'ottica della cremazione o sepoltura (scelta che non sarebbe in ogni caso preclusa), lasciando, al contrario, prive di tutela tutte quelle donne che non intendano seguire una simile opzione.

Infine, si rileva che, se è vero che lo Stato ha il diritto di imporre determinate decisioni a fronte di particolari necessità, allo stesso tempo, una legge che si pone come «substantial obstacle in the path of a woman's choice», anche se rispondente a un valido interesse statale, è da ritenersi incostituzionale⁴⁰.

Nello specifico, come si è cercato di evidenziare, la normativa sulla disposizione del materiale fetale è del tutto priva di uno scopo medico⁴¹ e, al contempo, risulta controversa l'esistenza di un legittimo interesse statale⁴². Inoltre, l'impossibilità di disporre dei tessuti embrionali e fetali attraverso le modalità mediche standard e, quindi, il conseguente obbligo di interrimento o cremazione, finisce per porsi come una sostanziale deterrenza all'interruzione di gravidanza in ragione, da un lato, dei maggiori oneri imposti alle strutture sanitarie o alle donne che intendano farsi carico personalmente dello smaltimento⁴³ e, dall'altro, in quanto non consentono una scelta dispositiva che non presupponga necessariamente il riconoscimento della personalità in capo al prodotto del concepimento.

³⁸Timore quanto mai concreto e attuale, specie alla luce della recente sentenza *Dobbs v. Jackson*. Si vedano ACLU, *What's Wrong with Fetal Rights*, 2017, <https://www.aclu.org/other/whats-wrong-fetal-rights> (4/01/2023); Centre of Reproductive Rights, *Whose Right to Life? Women's Rights and Prenatal Protections under Human Rights and Comparative Law*, 2014, [Whose Right to Life? Women's Rights and Prenatal Protections under Human Rights and Comparative Law | Center for Reproductive Rights](https://www.reproductivejustice.org/whose-right-to-life-womens-rights-and-prenatal-protections-under-human-rights-and-comparative-law) (04/01/2023).

³⁹J.F. KEY, *Why So-Called Personhood Laws are the Next Big Threat After 'Roe' Falls*, in *Rewire*, 2022, <https://rewirenewsgroup.com/2022/05/04/why-so-called-personhood-laws-are-the-next-big-threat-after-roe-falls/> (10/01/2023).

⁴⁰United States District Court for the Southern District of Indiana, *Planned Parenthood of Indiana & Kentucky, Carol Dellinger v. Commissioner, Indiana State Department of Health*, n. 1:16-cv-00763-TWP-DML, 2017, § 871; U. S. Court of Appeals (3 Circ.), *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et. Al. v. Casey, Governor of Pennsylvania et al.*, n. 91-744, 1992, § 877. Si veda anche L.M. LITMAN, *op. cit.*

⁴¹Ciò in ragione del fatto che le stesse non rispondono a un'esigenza di igiene pubblica, bensì sono legate alla concezione etico-religiosa che lo Stato ha del feto, quale "essere" da tutelare al pari della persona.

⁴²Inoltre, se l'interesse dello Stato è quello di dare "degnata sepoltura" al materiale fetale, non si spiega il vulnus normativo rispetto alle ipotesi di aborti spontanei avvenuti in casa, o ancora alla mancanza di indicazione circa le modalità di trattamento qualora se ne faccia carico personalmente la donna. E.K. KEY, *op. cit.*, p 332 e ss.

⁴³Per i fornitori di aborti, conformarsi alle leggi sulla disposizione dei tessuti risulta particolarmente onerosa in termini economici e di tempo, con il rischio che a fronte delle difficoltà connesse a tale adeguamento, venga ridotta la disponibilità delle cure dedicate all'interruzione di gravidanza. E.K. KEY, *op. cit.*, p 328 e ss; U. S. District Court for the Southern District of Indiana Indianapolis Division, *Doe, et al, v. Attorney General of Indiana, et al.*, §§ 74- 77.

3. Il quadro normativo italiano

In Italia la sepoltura dei tessuti fetali è disciplinata, in primo luogo, dal regolamento nazionale di polizia mortuaria, adottato con D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285⁴⁴. Il regolamento, ai sensi dell'art. 7, prevede una disciplina differente sulla base della durata della gestazione: per i bambini nati morti si rende necessario l'accertamento del decesso operato dal medico legale e il conseguente rilascio dell'autorizzazione alla sepoltura da parte dell'ufficiale dello stato civile⁴⁵; per i prodotti del concepimento di età gestazionale superiore a 20 settimane e inferiore alle 28 settimane e per i feti che abbiano compiuto ventotto settimane di età intrauterina, il permesso al trasporto e al seppellimento viene rilasciato dall'unità sanitaria locale⁴⁶; detta procedura può essere applicata anche ai prodotti del concepimento con età inferiore alle venti settimane di gestazione, ove ne facciano richiesta i genitori, ai sensi dell'art. 7 co.3; in ogni caso, ai fini della sepoltura dei prodotti dell'aborto, «i parenti o chi per essi» devono presentare la domanda all'Asl, corredata da certificato medico che attesti l'età e il peso del feto, entro 24 ore dall'espulsione od estrazione dello stesso⁴⁷.

Ciò che cattura immediatamente l'attenzione è l'infelice formulazione «parenti o chi per essi», la quale si è prestata ad interpretazioni estensive da parte delle amministrazioni, fino a giungere, come è stato denunciato, alla stipula di convenzioni con associazioni private – spesso di stampo religioso – che si occupano di ritirare i prodotti abortivi inferiori alle 20 settimane e non reclamati, al fine di seppellirli⁴⁸. Si è estesa, così, la possibilità di presentare domanda di seppellimento a chiunque, e quindi anche a soggetti privi di qualsiasi interesse⁴⁹, nonché in assenza del consenso dei “genitori” del prodotto dell'aborto. Conseguenza di un tanto è che se, a prescindere dal periodo gestazionale, a chiunque ne faccia richiesta è sempre garantito il diritto alla sepoltura, al contrario, chi (nello specifico, le donne) non desidera optare per una simile soluzione viene privato della libertà di scelta e autodeterminazione.

⁴⁴B. NERI, *Il seppellimento dei prodotti del concepimento nel silenzio della legge*, in *BiLaw Journal*, 2021.

⁴⁵D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, artt. 1-3.

⁴⁶Id., art. 7, co. 2.

⁴⁷Id., art. 7, co. 4.

⁴⁸Si vedano, tra gli altri, S. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 18 ss; A. IANNUZZI, *op. cit.*, 5; S. CACACE, *La sepoltura del bambino mai nato*, in *Fundamental rights*, 2021, 2.

⁴⁹In particolare, sono stati rilevati numerosi profili di illegittimità delle convenzioni stipulate con le associazioni religiose. In primo luogo, le Asl, in assenza di richieste in senso contrario, hanno il dovere di smaltire i resti fetali al di sotto delle 20 settimane, quali rifiuti ospedalieri, ai sensi del DPR 254/2003; in secondo luogo, ex art. 92, co. 4 del DPR n. 285/1990, viene fatto divieto di concedere «aree per sepolture private a persone o ad enti che mirino a farne oggetto di lucro o di speculazione». Nel caso in esame, detta speculazione attiene alla propaganda “Pro-Life” volta all'affermazione di uno specifico orientamento ideologico e cioè della «la cultura della vita, – i diritti del concepito, – l'atto di pietà del seppellimento dei bambini non nati» (come di legge nel sito dell'associazione Difendere la vita con Maria Onlus, www.advm.org/associazione/), a discapito di donne i cui prodotti abortivi vengono seppelliti senza consenso; infine, le amministrazioni pubbliche, nel favorire, in qualsiasi modo, la sepoltura dei prodotti del concepimento si pongono in contrasto con i principi neutralità e dell'imparzialità, nonché laicità dello Stato. Si vedano S. BALDASSARRE, *op.cit.*; G. DI COSIMO, *op. cit.*; P. RUVIGLIONI, *Così noi donne abbiamo bloccato il cimitero per feti: basta colpevolizzare chi abortisce*, in *L'Espresso*, 2020, [«Così noi donne abbiamo bloccato il cimitero per feti: basta colpevolizzare chi abortisce» – L'Espresso \(repubblica.it\)](https://www.espressonline.it/2020/10/01/2023) (10/01/2023).

L'impianto del regolamento nazionale è stato ricalcato dalle normative regionali dando luogo, tuttavia, a diverse soluzioni territoriali⁵⁰, alcune delle quali hanno "irrigidito" la disciplina – che ricorda molto quella statunitense analizzata nel primo capitolo – stabilendo un automatismo nella sepoltura dei prodotti del concepimento anche al di sotto delle 20 settimane di età gestazionale e ponendo a carico delle aziende sanitarie le relative spese. È questo il caso, ad esempio, della Regione Veneto dove il Consiglio regionale ha introdotto, con art. 40, co.2, della L.R. n. 45/2017, l'art. 25, c. 2-ter⁵¹ nella legge regionale del Veneto n. 18/2010 recante "Norme in materia funeraria", prevedendo che l'inumazione, tumulazione o la cremazione del prodotto del concepimento, debba avvenire a prescindere dall'età di gestazione e anche ove il genitore o i genitori non ne facciano richiesta (e dunque, anche senza il loro consenso). In quest'ultima ipotesi, infatti, dette pratiche sono disposte direttamente dall'Asl, che si fa carico anche delle spese necessarie.

Nel Lazio, invece, a seguito dello scandalo del cimitero Flaminio, il Regolamento di Polizia Cimiteriale del 30 ottobre 1979 in materia di "inumazioni di feti, nati morti e prodotti abortivi" è stato modificato – nello specifico, agli artt. 4 e 28 – nel senso di consentire alla donna (o agli eventuali aventi diritto) di scegliere tra l'inumazione o cremazione dei prodotti del concepimento di età superiore alle 20 settimane, mentre per quelli di età inferiore è previsto l'incenerimento d'ufficio⁵².

Quanto sin qui accennato consente di fare alcune riflessioni.

Anzitutto, si evidenzia come il cimitero assolvà una duplice funzione: una di tutela della salute – in particolare di igiene pubblica – , attraverso la disposizione dei cadaveri nelle forme di inumazione, tumulazione e cremazione; l'altra, "spirituale", di consentire il compianto e il ricordo dei propri cari⁵³. Ebbene, con specifico riferimento a tale seconda funzione, è certamente configurabile un diritto "secondario" al sepolcro⁵⁴ in capo a coloro che facciano richiesta di sepoltura del feto, in quanto desiderino poterne visitare la tomba e onorarla.

⁵⁰B. NERI, *op. cit.*, 7-8.

⁵¹Legge regionale 4 marzo 2010, n. 18, art. 25, c. 2-ter: «Ad ogni aborto, verificatosi in una struttura sanitaria accreditata, anche quando l'età presunta del concepito sia inferiore alle ventotto settimane, nel caso in cui il genitore o i genitori non provvedano o non lo richiedano, l'inumazione, la tumulazione o la cremazione è disposta, a spese dell'azienda ULSS, in una specifica area cimiteriale dedicata o nel campo di sepoltura dei bambini del territorio comunale in cui è ubicata la struttura sanitaria. A tali fini i prodotti abortivi o del concepimento sono riposti in una cassetta, che può contenere uno o più concepiti, secondo il criterio della data in cui è avvenuta la procedura di revisione strumentale/farmacologica della cavità uterina. Tale data è indicata sulla cassetta».

⁵²Regione Lazio, Sepoltura feti, ok dell'Assemblea Capitolina a modifica del regolamento di polizia cimiteriale, 2022, <https://www.comune.roma.it/web/it/notizia.page?contentId=NWS976462>. Ulteriori modifiche riguardano la tutela della privacy, e più nello specifico, l'anonimato della donna: sul cippo funerario viene indicato unicamente un codice alfanumerico relativo al protocollo della richiesta – l'accesso all'elenco dei protocolli è consentito esclusivamente alla donna o ai suoi aventi diritto – e, solo se espressamente richiesto, può essere apposto «un nome anche di fantasia, un vezzeggiativo, un simbolo o una data».

⁵³B. NERI, *op. cit.*, 3;

⁵⁴A. IANNUZZI, *op. cit.*, 9-10; M. PETRONE, *Sepolcro e sepoltura (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, 24 ss. Viene, inoltre, specificato come non sia, invece, possibile riconoscere un diritto ad essere seppellito in capo al feto che, sebbene titolare di taluni diritti (quali il diritto alla vita e alla salute ai sensi dell'artt. 31, co. 1 Cost e 1, co. 1 l. n. 194/1978, nonché di diritti legati al riconoscimento ex art. 254 c.c. e alla sfera successoria ex artt. 462 e 784 cc.) comunque sottoposti a condizione della nascita ai sensi dell'art. 1 c.c., è da considerarsi mero individuo.

Pertanto, ciò che bisogna definire è chi sia legittimato ad avanzare una simile richiesta. Sul punto si registrano due distinti orientamenti: fermo restando che tale facoltà debba essere riservata unicamente ai “genitori” del feto⁵⁵, parte della dottrina ha paventato la possibilità che l’uomo venga coinvolto (unicamente) nella scelta circa la sepoltura e che, in caso di contrasto tra uomo e donna con riferimento alla soluzione da adottare, venga fatta prevalere la volontà di chi intenda seppellire il feto⁵⁶; secondo altra parte della dottrina, invece, la scelta circa la sepoltura potrebbe essere accordata unicamente alla donna⁵⁷ in ragione del fatto che la stessa legge n. 194/1978 riconosce un ruolo al padre del concepito «solo ove la donna lo consenta⁵⁸». Ora, appare evidente che la prima posizione può essere condivisa solo laddove si ritenga conclusa la pratica abortiva al momento dell’espulsione del materiale fetale mentre, la seconda, può essere argomentata solo sostenendo che il processo di interruzione di gravidanza (volontaria o spontanea che sia) ricomprende anche il trattamento del prodotto del concepimento.

A parere di chi scrive, la “soluzione” non può che essere ricercata nella *ratio*, e quindi nelle finalità che il legislatore ha inteso perseguire attraverso l’introduzione della legge sull’aborto, ovvero il diritto all’autodeterminazione e alla salute psico-fisica delle donne⁵⁹. Pertanto, come messo in luce da parte della dottrina, dal momento che la legge riconosce la donna quale unico soggetto legittimato a prendere decisioni circa la prosecuzione e l’interruzione della gravidanza, allo stesso modo la donna dovrebbe essere la sola a poter disporre del prodotto dell’aborto in base al proprio sentire⁶⁰.

Da ultimo si rileva, come già evidenziato nel paragrafo precedente, che la scelta tra le uniche alternative “cremazione o sepoltura” dei resti fetali, implica necessariamente la condivisione di una determinata visione etica e morale dello “status” del prodotto abortivo.

In ragione di un tanto, sarebbe auspicabile l’introduzione di una legislazione statale in grado di tutelare adeguatamente i diritti costituzionali delle donne, primi fra tutti quello all’autodeterminazione e alla libertà di coscienza, senza rinunciare alla salvaguardia della dignità del concepito. Tale concetto, peraltro, non deve necessariamente essere inteso in senso religioso-spirituale, potendosi, invece, ricondurre la dignità, in ottica solidaristica, a una dimensione (altrettanto etica) riconducibile alla possibilità di destinare il materiale fetale ad un uso alternativo e, in particolare, alla ricerca scientifica⁶¹.

⁵⁵Come è stato efficacemente osservato, il “chi per essi” di cui all’art. 7, co. 4 del regolamento nazionale di polizia mortuaria, deve essere interpretato «nel senso di richiedere almeno un atto di delega da parte dei soggetti interessati, poiché la scelta circa la sepoltura deve essere circoscritta alla coppia». A. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶A. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷B. LIBERALI, *Problematice costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, p. 529

⁵⁸Legge n. 194/19785, art. 5, co. 1.

⁵⁹S. RODOTÀ, *Il corpo giuridificato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, pp. 51-76.

⁶⁰B. LIBERALI, *op. cit.*, 529; S. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 16; S. CACACE, *op. cit.*, p. 11.

⁶¹In tal senso A. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 6 e ss.; A. R. LUÑO, *Riflessioni etiche sui vaccini preparati a partire da cellule provenienti da feti umani abortiti*, in *Medicina e Morale*, 2005.

4. Considerazioni conclusive

La tematica in esame, in ragione della sua natura squisitamente biogiuridica, evidenzia la necessità e, al contempo, la difficoltà di operare un bilanciamento ed accordare adeguata tutela a tutte le posizioni giuridiche coinvolte, riferibili, nella specie, al prodotto abortivo e alla donna che abbia – volontariamente o spontaneamente – interrotto la gravidanza.

A fronte dell'intersezione tra diritti fondamentali costituzionalmente garantiti a soggetti diversi, alcuni ordinamenti adottano un approccio interventista – come nel caso degli USA – , mentre altri – tra i quali l'Italia⁶² – tendono generalmente ad astenersi dal disciplinare temi eticamente sensibili⁶³.

Ciò che, tuttavia, emerge dall'analisi del panorama, tanto statunitense, quanto da quello italiano, è la propensione a privilegiare la posizione del feto rispetto a quello della donna che lo ha generato⁶⁴: le leggi e i regolamenti sulla disposizione del materiale fetale, promosse con il pretesto di tutelare la dignità del feto, così come elaborate, impongono una determinata visione della vita e si risolvono in un'ingiustificata ingerenza da parte dell'autorità pubblica nella vita privata e familiare – dimensione tutelata dall'art. 8 CEDU e dall'art. 12 UDHR – , finendo per comprimere il diritto di una donna di scegliere e autodeterminarsi, nonché di accedere alla pratica abortiva.

Ebbene, posto che «nelle odierne società democratiche, liberali e pluraliste, manca a monte della decisione da adottare quella condivisione necessaria per esprimere e fondare la legittimazione delle regole giuridiche⁶⁵», è auspicabile che gli ordinamenti si muovano nel senso di adottare una legislazione che, lungi dall'imporre un unico «punto di vista⁶⁶», promuova la coesistenza e tuteli simultaneamente i diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti.

⁶²Ciò si è reso particolarmente evidente in ambito “fine-vita”. In particolare, ad oggi, il Parlamento non ha ancora dato seguito ai moniti della Corte costituzionale, di cui all'ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019, concernenti il caso Dj Fabo e Marco Cappato sulla punibilità dell'aiuto al suicidio.

⁶³C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006; M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015.

⁶⁴Così, ad esempio, il 13 ottobre 2022 il senatore di Forza Italia Maurizio Gasparri ha depositato (per la terza volta) un disegno di legge dal titolo “Modifica dell'articolo 1 del Codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito”. Il testo del DDL n. 165 è disponibile sul sito del Senato al seguente link: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/55344.htm> .

⁶⁵C. CASONATO, *op. cit.*, 105 ss.

⁶⁶S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 58.

Sulla possibilità di tutelare l'aborto attraverso il diritto dell'Unione europea: riflessioni a partire dal caso polacco

*Stefania Flore**

ON THE POSSIBILITY OF PROTECTING ABORTION THROUGH THE RIGHT OF THE EUROPEAN UNION: REFLECTIONS ON THE POLISH CASE

ABSTRACT: The essay analyses whether and if it is possible for the European Union to protect the abortion. Starting from the ban on abortion in Poland, the reaction of EU will be examined. Due to the fact that abortion does not fall within the competence of the Union, any guarantee must involve the protection of human rights as fundamental values of the EU; it is therefore necessary to establish whether abortion can be classified as a human right under international law. A reflection follows on the ways European law offers to preserve abortion and whether the introduction of art. 7bis in EU Charter could enforce the protection of legal and safe abortion in all member States.

KEYWORDS: Abortion; European law; article 7 TEU; human rights; abortion in Europe

ABSTRACT: Il saggio analizza se e come l'Unione europea possa tutelare il diritto all'aborto. Partendo dal caso polacco, verifica come le istituzioni europee siano intervenute. Considerato che l'aborto non rientra nelle competenze dell'Unione, ogni garanzia passa attraverso la tutela dei diritti umani come valori fondanti l'UE. L'autrice si domanda pertanto se ed entro quali limiti l'aborto possa qualificarsi come diritto umano nel diritto internazionale. Segue una riflessione volta ad individuare i mezzi che il diritto europeo offre per tutelare l'interruzione di gravidanza e a verificare se l'introduzione dell'art. 7 bis nella CDFUE potrebbe garantire l'aborto sicuro e legale negli Stati membri.

PAROLE CHIAVE: Aborto; diritto europeo; articolo 7 TUE; diritti umani; aborto in Europa

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Tutela del diritto all'aborto nell'ordinamento eurounitario – 3. L'aborto nel diritto internazionale – 4. I limiti, volontari e involontari, dell'UE nella tutela del diritto all'aborto – 5. Considerazioni conclusive.

* *Assegnista di ricerca, Università di Cagliari. Avvocato. Mail: stefania.flore@unica.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

1. Introduzione

La Polonia è stata recentemente al centro di una forte polemica riguardo all'introduzione di quello che il Parlamento europeo ha definito "divieto *de facto* di aborto"¹. Il Tribunale costituzionale polacco, difatti, nel 2020, accogliendo la mozione di un gruppo di deputati², ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione della legge sull'interruzione di gravidanza³ che consentiva il trattamento nel caso in cui i test prenatali rilevassero, nel feto, un'alta probabilità di sviluppare malattie gravi e incurabili o incompatibili con la vita⁴. Specificamente, il Tribunale ha accolto il primo motivo della mozione, fondato sulla premessa secondo la quale il feto è dotato di soggettività giuridica e dunque titolare dei diritti alla dignità e alla vita.

In primo luogo, il giudice costituzionale ha affermato che la dignità è la fonte del diritto alla vita e che qualsiasi restrizione di quest'ultimo deve essere valutata negativamente, non essendovi alcun diritto di altrettanta importanza che possa giustificarne il pregiudizio⁵. Nell'interpretare, poi, la portata dell'art. 38 Cost. (diritto alla vita) ha affermato esplicitamente che questo deve essere garantito a ogni essere umano biologicamente inteso, a prescindere dalla nascita⁶. Il Tribunale considera il principio talmente importante da rimproverare al legislatore del 1993 l'utilizzo di parole come "gestante" e "feto" in luogo di "madre" e "bambino". Nel pervenire a questa conclusione, il giudice ha richiamato più volte un proprio precedente del 1997⁷, nonché i lavori preparatori dello stesso art. 38 Cost., il quale avrebbe dovuto regolare anche i limiti dell'interruzione di gravidanza⁸.

¹ Così la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2021 sul primo anniversario del divieto di aborto *de facto* in Polonia. Si specifica che nel prosieguo si utilizzerà prevalentemente il termine "aborto" e non "interruzione volontaria della gravidanza". Alcune legislazioni degli Stati membri, come quella belga, designano infatti con l'ultima definizione solo l'aborto previsto nel primo trimestre a tutela dell'autodeterminazione della donna, differenziandolo anche terminologicamente dall'aborto terapeutico, diversamente da come accade nel nostro ordinamento.

² Appartenenti al partito conservatore di destra *Diritto e Giustizia* (Pis), tutt'ora in carica.

³ Legge 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la tutela del feto umano e le condizioni per l'ammissibilità dell'interruzione della gravidanza.

⁴ Tribunale costituzionale polacco, sent., 22 ottobre 2020, pubblicata il 27 gennaio 2021. Le questioni oggetto della mozione erano due. Oltre a quella illustrata nel testo, infatti, i deputati chiesero di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 4 bis, secondo comma, primo periodo, relativo ai limiti temporali entro i quali si potesse effettuare l'aborto terapeutico per anomalie fetali. Tale questione è stata considerata dal Tribunale irrilevante e sostanzialmente assorbita nella prima. Quest'ultima, a sua volta, era basata su più motivazioni, elencate in subordine, che il Tribunale non ha esaminato, avendo accolto il motivo principale, che si esaminerà nel testo. Le altre motivazioni fondavano l'incostituzionalità sulla discriminazione diretta in danno ai disabili, subordinando la tutela del diritto alla vita allo stato di salute del feto, e sull'insussistenza di una valida necessità costituzionale che giustificasse il sacrificio delle garanzie costituzionali a tutela della vita del feto malato.

⁵ *Ibidem*, punto 111; 109 ss.

⁶ *Ibidem*, punti 120-123: «la dignità è innata e inalienabile, e di conseguenza la tutela giuridica della vita non può essere arbitrariamente limitata ad una persona pienamente formata, o ad un preciso momento dello sviluppo del bambino nella fase prenatale».

⁷ Si tratta di Tribunale cost., sent., 28 maggio 1997, che dichiarò incostituzionale, a pochi mesi dalla sua emanazione, l'art. 4 bis, comma 1, n. 4, introdotto dalla l. 30 agosto 1996, che legalizzò l'interruzione volontaria di gravidanza per motivi socio-personali.

⁸ Trib. cost. polacco, sent., 22 ottobre 2020, cit., punti 127 ss.

Ancora, nel giustificare l'ampia tutela attribuita al concepito, il Tribunale ha richiamato la cogenza dei trattati internazionali: stante l'assenza di specificazioni sulla decorrenza del diritto alla vita nell'art. 2 CEDU, ha affermato che questa parte dal concepimento, così però trascurando le statuizioni del caso *Vo vs. France*⁹, nel quale la Corte ha stabilito che i Paesi aderenti godono di ampia discrezionalità nel disciplinare la tutela giuridica della vita prenatale e fissare il momento di inizio di tale tutela. Infine, il Tribunale ha concluso che le restrizioni che l'aborto per anomalie fetali pone al diritto alla vita del feto non fossero proporzionate al fine perseguito. Questa proporzione sussisterebbe solo quando il rischio che il feto sviluppi un'anomalia grave e incurabile o incompatibile con la vita concretizzi anche una minaccia per la vita della donna, circostanza nella quale si potrebbe però ricorrere all'aborto ai sensi all'art. 4 bis, comma 1, n. 1, della legge impugnata.

Come ha reagito l'UE a questa compressione del diritto all'aborto terapeutico?

Il Parlamento ne ha più volte severamente condannato le conseguenze¹⁰, ma con lo strumento non vincolante della risoluzione.

L'unico mezzo che l'Unione ha per condannare le violazioni del diritto all'aborto passa per la procedura sanzionatoria ex art. 7 TUE e, quindi, per la qualifica dell'aborto come diritto umano (art. 2 TUE), che deve però tener conto delle tradizioni morali e dell'etica proprie ad ogni Stato. Una procedura ex art. 7 TUE, tuttavia, è pendente nei confronti della Polonia fin dal 2017¹¹, ma la gravissima compressione del diritto all'interruzione di gravidanza, avvenuta successivamente, non ha avuto, né ha assunto, un ruolo determinante nella stessa¹². Di fatto, sul versante aborto l'intervento dell'UE – proveniente sostanzialmente solo dal Parlamento – si è rivelato finora inefficace.

⁹ *Vo c. France*, Corte E.D.U., 8 luglio 2004, in *hudoc.echr.coe.int*. Per approfondimenti, v. P. DE STEFANI, *Riflessi penalistici della tutela della famiglia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, IV, Milano, 2011, 212 ss. Si veda anche *Znamenskaya c. Russia*, Corte E.D.U., 2 giugno 2005, ricorso n° 77785/01, in *hudoc.echr.coe.int*, con la quale la Corte riconosce in favore del nato-morto le sole tutele giuridiche del rispetto del legame di filiazione e del nome, senza attribuzione della capacità giuridica, tant'è che la Corte specifica che il nato-morto non acquisisce alcun diritto autonomo rispetto alla madre, neppure quello al rispetto della vita privata e familiare.

¹⁰ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2002, cit., alla quale sono seguite altre che si illustreranno nel prosieguo del lavoro.

¹¹ Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, 20 dicembre 2017.

¹² I motivi dell'istanza della Commissione attengono soprattutto alle anomalie nel funzionamento del Tribunale costituzionale. La neoletta Camera polacca, detta Sejm, si era opposta alla nomina di tre giudici costituzionali effettuata dalla legislatura precedente, sostituendoli con altri tre giudici e approvando una nuova legge sul funzionamento del Tribunale costituzionale. Entrambe queste operazioni erano state annullate dal Tribunale costituzionale stesso. Tuttavia, il governo si era rifiutato di pubblicare detti provvedimenti, impedendone così la possibilità di sortire effetti e concretizzando una sorta di controllo *ex post* sul contenuto dei provvedimenti stessi, violando i principi di legalità e della separazione dei poteri. Il Tribunale costituzionale ha ripreso infine a funzionare a seguito della nomina, mediante una delle leggi viziate, di un nuovo presidente, che ha nominato dei nuovi membri del collegio, reintegrando i tre giudici illegittimamente designati dal Sejm.

2. Tutela del diritto all'aborto nell'ordinamento eurounitario

Considerato che a livello europeo la tutela dell'aborto passa necessariamente tramite gli artt. 2 e 7 TUE e, dunque, per la sua qualificazione come diritto umano, occorre indagare se l'aborto possa, e in che limiti, considerarsi tale. La qualifica di diritto umano richiede necessariamente un consenso condiviso a livello internazionale¹³; è per questo che l'affermazione dell'aborto come diritto umano incontra parecchie resistenze, non essendovi un consenso unanime neppure tra gli Stati membri circa la protezione da garantire al feto.

L'analisi dei diritti umani in Europa non può che esordire con un riferimento al Trattato di Lisbona il quale, nonostante il fallimento del progetto di una Costituzione europea, ha avuto il merito di elevare la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in seguito CDFUE) al rango di diritto primario, come disposto dall'art. 6, par. 1, TUE¹⁴. Le disposizioni della Carta, tuttavia, si applicano esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione e non estendono le competenze di quest'ultima¹⁵. Altresì rileva il secondo paragrafo dell'art. 6 TUE, che prevede l'impegno dell'Unione a aderire alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo; tuttavia, tale proposito non si è ancora concretizzato¹⁶. Fintanto che non si perfeziona l'adesione dell'Unione alla CEDU, l'efficacia di quest'ultima è mediata: passa, cioè, per il tramite dell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali¹⁷ e del paragrafo 3 dell'art. 6 TUE, ai sensi del quale i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e comuni alle

¹³ Sull'universalità dei diritti umani R. PISILLO MAZZESCHI, *L'universalismo dei diritti umani in un mondo diviso. Gerarchia fra categorie di diritti e antinomie normative*, in *Studi senesi*, 2022, 1, 133 ss.; F. VIOLA, *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale*, in F. BOTTURI, F. TOTARO (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica*, Milano, 2006, 155-187; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Milano, 2015, 976 ss.

¹⁴ Sul trattato di Lisbona in rapporto alla tutela dei diritti umani si vedano M.C. BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, 655 ss.; AA. VV., *La protezione dei diritti dell'uomo nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Ibid.*, 2009, 645 ss.; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2010, 221 ss.; G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Roma, 2014, 13 ss.; G. ALPA, *Diritti fondamentali e diritto europeo*, in F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019.

¹⁵ Sull'applicazione della Carta si veda G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *Studi Urbinati*, 54, 4, 485-498; G. GAJA, *The charter of fundamental rights in the context of international instruments for the protection of human rights*, in *European papers*, 1, 3, 2016, 791-801. L'A. sottolinea che la Carta dovrebbe vincolare gli Stati membri non solo nell'esecuzione di un atto delle istituzioni europee, ma anche relativamente ad atti statali, purché la materia sia regolata dalla normativa eurounitaria, nell'ambito delle competenze non esclusive dell'unione. Cfr. A. AGUILAR CALAHORRO, *Il test di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in Spagna*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Milano, 2019, 152 ss.

¹⁶ A seguito dell'impegno assunto col Trattato di Lisbona sono stati avviati approfonditi negoziati tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e la Commissione europea. Tuttavia, con Parere 2/13 del 18 dicembre 2018, in curia.europa.eu, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha concluso che l'accordo non fosse compatibile con il diritto eurounitario. I negoziati sono ripresi nel 2020.

¹⁷ La CEDU garantisce un livello minimo di protezione ai diritti della Carta, ma ciò non impedisce all'Unione di elaborare una tutela maggiore. Sul fondamentale rapporto tra CEDU e Carta si veda G. GAJA, *The charter of fundamental rights in the context of international instruments for the protection of human rights*, cit.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, 64 ss.

tradizioni costituzionali degli Stati membri assurgono a principi generali del diritto europeo¹⁸. Ancora, è importante il richiamo all'art. 3 TUE, ossia al rispetto, da parte dell'Unione, dei principi del diritto internazionale e della Carta delle Nazioni Unite¹⁹.

Tanto premesso, al fine di verificare se l'UE possa esprimere una posizione congiunta in tema di aborto, bisogna partire dal presupposto dell'assenza di una normativa europea in materia.

Infatti, l'Unione non ha competenza in ambito sanitario. L'art. 168 TFUE delinea il ruolo dell'Unione come meramente complementare a quello statale, salvo il caso in cui si tratti di contrastare minacce alla salute di carattere transfrontaliero. È poi conferito alla Commissione un potere di coordinamento delle politiche statali, fermo restando che «l'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri [...] che includono la gestione dei servizi sanitari, dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate»²⁰. Pertanto, l'Unione non potrebbe imporre agli Stati membri di garantire l'accesso all'aborto, né la Corte di Giustizia può statuire sul diritto all'aborto. Il diritto dell'Unione non risulta essersi occupato di aborto neppure nella sua dimensione di servizio sanitario e prestazione economicamente valutabile, se non limitandosi a statuire che questo, ove svolto da un medico dietro remunerazione, è considerabile come un servizio secondo il diritto comunitario²¹.

D'altra parte, nessuna indicazione specifica sulla tutela dell'embrione può cogliersi dalla CDFUE, né, tantomeno, dai Trattati. L'unico caso in cui il diritto eurounitario si è occupato di un argomento attinente, ossia la definizione di embrione, si colloca nell'ambito dei brevetti²². Il riferimento è alla direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, che vieta la brevettazione dell'uso di embrioni umani a fini industriali o commerciali. Sul punto si è espressa la Corte di giustizia con sentenza *Brüstle vs. Greenpeace e V.*, costruendo una definizione di embrione umano molto estesa, che include anche cellule diverse da quelle create dall'incontro tra i due gameti²³. Scopo della

¹⁸ Una pronuncia della Corte costituzionale (sent., 11 marzo 2011, n. 80, in *Corriere Giuridico*, 9, 2011, 1242 ss.), ha chiarito che, poiché l'adesione dell'UE alla CEDU non è ancora avvenuta, allo stato rientrano nel diritto dell'Unione solo quei diritti della CEDU qualificabili come principi fondamentali; sempre limitatamente alle competenze dell'Unione.

¹⁹ Si ricordi che, sebbene la Carta non contenga molti riferimenti a trattati internazionali, le disposizioni della stessa non possono essere interpretate senza tener conto del contenuto attribuito ai diritti dagli strumenti del diritto internazionale; così, tra gli altri, G. GAJA, *The charter of fundamental rights in the context of international instruments for the protection of human rights*, cit.

²⁰ Art. 168, par. 7, TFUE. Corsivo aggiunto. Sul tema si veda F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2017, 317 ss.

²¹ L'unica pronuncia degna di nota è *SPUC c. Grogan*, CGCE, 4 ottobre 1991, n. 159/90, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 1006 ss., la quale si è però limitata a statuire che non violasse il diritto comunitario il divieto, posto dallo Stato irlandese nei confronti delle associazioni operanti in Irlanda, di diffondere informazioni sull'accesso all'aborto nelle cliniche estere. L'interferenza non è stata ritenuta sussistente in quanto il divieto dello Stato membro non riguardava direttamente l'attività delle cliniche o le cliniche stesse, ma l'attività resa dalle associazioni in maniera gratuita.

²² Per una ricognizione attenta e ragionata della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di biodiritto si veda S. FANNI, *Theorizing an enhancement of the protection and of the justiciability of biorights in the European Union*, in *Ius et scientia*, 7, 1, 2021, 204-249.

²³ CGUE, Grande Sez., 18 ottobre 2011, n. 34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V.*, in curia.europa.eu. La pronuncia è stata annotata tra gli altri da A. SCALERA, *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE – il commento*, in *Famiglia, e diritto*, 3, 2012, 221 ss. In particolare, la Corte ha considerato come "embrione umano" ai fini della direttiva anche «qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di



direttiva, infatti, è vietare la brevettabilità di invenzioni che ledano la dignità umana. Tuttavia, in quest'ultima sentenza la CGUE implicitamente ammette la possibilità di distruggere embrioni per determinati scopi di ricerca non finalizzati a brevettabilità, sostanzialmente compromettendo in questi casi la dignità umana che assumeva, in premessa, appartenere necessariamente all'embrione²⁴.

Non si può tuttavia strumentalizzare il contenuto delle Direttive operanti in ambito economico, che definiscono l'embrione solamente per finalità circoscritte, pretendendo di desumere da questi provvedimenti dei principi universali di protezione dell'embrione²⁵.

Nel silenzio della normativa eurounitaria in tema di interruzione di gravidanza, è significativo ricordare che il Reg. 1567/2003 del Parlamento e del Consiglio²⁶ sul sostegno alle politiche relative ai diritti riproduttivi nei Paesi in via di sviluppo ha espressamente preso le distanze dalla tutela del diritto all'aborto, disponendo il divieto di promuovere gli incentivi a detto trattamento.

Di recente però il Parlamento UE ha espresso una chiara posizione a tutela dell'aborto, per mezzo di varie risoluzioni²⁷. L'ondata è cominciata con la Risoluzione di febbraio 2021, con la quale si invitava-

una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi», ritenendo che tali meccanismi potessero comunque «dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano».

²⁴ Così A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e...altrettanti difetti*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, 438 ss. La sentenza, infatti, ha affermato che il divieto di brevettabilità si applica anche all'utilizzazione di embrioni umani a fini di ricerca scientifica, ma nulla dice sull'utilizzazione per ricerche scientifiche senza fini industriali o commerciali, mentre esplicitamente afferma la brevettabilità per le ricerche a scopo terapeutico o diagnostico a beneficio dell'embrione umano. Il portato della sentenza Brüstle è stato meglio precisato dalla successiva pronuncia CGUE, Grande Sez., 18 dicembre 2014, n. 364/13, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in curia.europa.eu e in *Il Foro Italiano*, 2, 4, 2015, 90 ss., con la quale la Corte di giustizia, in sede pregiudiziale, ha affermato che, ai fini dell'applicazione della direttiva 98/44/CE, l'embrione è tale se ha la capacità intrinseca non tanto di iniziare il procedimento di sviluppo embrionale, ma di divenire un essere umano. La Corte lascia cioè aperte le possibilità, per il giudice nazionale, di vietare la brevettabilità del partenote (cellula ottenuta dalla riproduzione artificiale di una cellula uovo non fecondata) che subisca modifiche biologiche tali da consentire lo sviluppo in essere umano, negando però che tale capacità sia intrinseca al partenote in sé considerato. Sul punto si veda A. A. KIESSLING, *Eggs alone. Human parthenotes: an ethical source of stem cells for therapies?*, in *Nature*, 434, 145 2005, nature.com.

²⁵ Si veda in proposito il caso di Trib. Spoleto, ord., 3 gennaio 2012, in *Dejure.it*, avente oggetto la questione di legittimità costituzionale (respinta da Corte cost., 19 luglio 2021, n. 196, in *Famiglia e diritto*, 10, 2012, 939 ss.) dell'art. 4 l. 194/78 perché contrastante con la direttiva 98/44/CE. Si veda anche M. CASINI, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. "teoria del preembrione"*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, I, 2012, 38 ss. L'A. fonda la propria tesi, annunciata nel titolo, sulla sentenza richiamata, trascurando però le ripercussioni meramente economiche della pronuncia, che esplica i suoi effetti nell'ambito dei brevetti. La teoria del preembrione, invece, colloca l'inizio della vita umana in un momento successivo alla fecondazione della cellula uovo; ad esempio, Il Rapporto Warnock del 1978 colloca detto momento il sedicesimo giorno dalla fecondazione, in corrispondenza della formazione del sistema nervoso dell'embrione.

²⁶ Reg. (CE) 1567/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2003, sul sostegno alle politiche e alle azioni riguardanti la salute e i diritti riproduttivi e sessuali nei paesi in via di sviluppo; punto 16 del preambolo.

²⁷ Ci si riferisce alla già citata risoluzione sull'anniversario del divieto di aborto *de facto* in Polonia e inoltre a: Risoluzione del 24 giugno 2021 sulla situazione della salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti nell'UE; Risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021 sulla legge federale relativa all'aborto in Texas; Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sulle minacce al diritto all'aborto nel mondo: la possibile revoca del diritto all'aborto negli Stati Uniti da parte della Corte suprema.

no gli Stati membri a garantire ai giovani l'aborto sicuro e legale²⁸, proseguendo poi con la Risoluzione sulla salute sessuale e riproduttiva nell'UE²⁹, che ha affermato che «i diritti sessuali e riproduttivi sono tutelati in quanto diritti umani». Di più, si auspica che ogni Stato membro legalizzi l'aborto fin dal primo periodo di gravidanza e si condanna l'abuso dell'obiezione di coscienza. Tuttavia, la Risoluzione conclude che «le leggi sull'aborto si basano sul diritto nazionale» e che l'Unione non può che rinviare alle norme internazionali sui diritti umani riguardo ai limiti di queste garanzie.

Con una netta presa di posizione, la Risoluzione parlamentare che condanna il divieto di aborto in Texas³⁰, riprendendo le dichiarazioni della CEDAW, ha affermato che «l'accesso all'aborto è un diritto umano, mentre il ritardo o la negazione dell'accesso all'aborto costituiscono una forma di violenza di genere». Ancora, nella risoluzione che condanna l'anniversario del divieto *de facto* di aborto in Polonia il Parlamento ha ribadito che il divieto del trattamento, causando molti decessi, configura una violazione dei diritti umani e può concretizzare delle torture o trattamenti inumani e degradanti. Da ultimo, nella risoluzione di condanna della sentenza *Dobbs vs. Jackson*³¹, il Parlamento ha ribadito che «i diritti riproduttivi, compreso l'aborto sicuro e legale, costituiscono un diritto fondamentale».

Il passo più significativo è avvenuto con la recente risoluzione del 7 luglio 2022³², che propone di introdurre il diritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, con l'aggiunta di un articolo 7 bis, rubricato "Diritto all'aborto", che recita: «Ogni persona ha diritto all'aborto sicuro e legale». Considerati i principi proclamati nelle altre risoluzioni, sembrerebbe che il diritto delineato dal Parlamento riguardi anche l'aborto nelle prime fasi della gravidanza a tutela dell'autodeterminazione della donna e in assenza di indicazioni sanitarie. Infatti, in più di una risoluzione il Parlamento ha affermato che costringere una donna a portare a termine una gravidanza contro la propria volontà costituisce una violazione dei diritti umani e una forma di violenza di genere³³.

²⁸ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 febbraio 2021 sulle sfide future in relazione ai diritti delle donne in Europa: oltre 25 anni dopo la dichiarazione e la piattaforma d'azione di Pechino.

²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 24 giugno 2021, cit.

³⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021, cit.

³¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022, cit.

³² Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne nell'UE.

³³ Così le risoluzioni del 9 giugno 2022 e del 24 giugno 2021, cit. D'altronde quasi tutti gli Stati membri, limitatamente alla prima fase della gravidanza, riconoscono un diritto all'aborto senza indicazioni mediche. Anche l'Italia rientra tra questi, in quanto, sebbene la lettera della legge subordini l'accesso alla prestazione ad indicazioni terapeutiche anche nel primo trimestre, «l'interruzione volontaria della gravidanza è "liberalizzata" entro i primi 90 giorni (art. 4) nel senso che – pur con la garanzia del rispetto delle procedure previste dagli artt. 5, 8, 12 e 13 – è lasciata alla donna, che abbia preso conoscenza delle possibilità di essere aiutata a rimuovere le cause che la porterebbero all'intervento, l'ultima definitiva decisione» (così Cass. pen., 6 marzo 1998, n. 2866, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1999, 1713 ss.) Esula da questo orientamento l'Olanda: il decreto del 17 maggio 1984, interpretato in combinato disposto con l'art. 82 bis c.p., consente di abortire a prescindere da indicazioni sanitarie fino alla 24esima settimana. Si attesta a 18 settimane il limite temporale, pur sempre alto, per abortire in Svezia e, curiosamente, in Ungheria, sebbene in quest'ultimo caso il limite sia concepito come un'eccezione a quello di 12 settimane, ammissibile solo ove il ritardo nella certificazione della gravidanza sia imputabile alla struttura sanitaria.

Tuttavia le risoluzioni costituiscono provvedimenti non vincolanti e la posizione del Parlamento, oltre che essere isolata rispetto alle altre istituzioni dell'UE, si pone in netto contrasto con una tradizione del diritto eurounitario improntata a un'elevata cautela e rispetto della morale e delle tradizioni etiche dei singoli Stati membri³⁴.

Concludendo, la sanzione dell'aborto ex art. 7 TUE richiede che questo sia considerato un diritto umano ex art. 2 TUE, ma detta qualifica non può prescindere da un consenso internazionale, relativo almeno alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 6 TUE, ult. par.³⁵). Detto consenso a livello costituzionale avrebbe effetti importanti, essendo gli Stati obbligati a legiferare, anche nell'ambito delle proprie competenze esclusive, compatibilmente e nel rispetto del diritto eurounitario³⁶. Tuttavia, non risulta ad oggi una tutela a livello costituzionale del diritto all'aborto che sia comune agli Stati membri; esiste, invece, la protezione di diritti costituzionali della donna che vengono gradatamente bilanciati con il diritto alla vita del feto a seconda del suo stato di sviluppo³⁷. In quest'ultimo senso vi è un consenso quasi unanime, nelle legislazioni degli Stati membri, nel ritenere che la tutela della salute della donna prevalga sulla vita del feto quando la prima sia messa gravemente in pericolo a causa della prosecuzione della gravidanza³⁸. Questo dato non risulta ad oggi valorizzato né dal diritto internazionale, né dal diritto eurounitario, che continuano a mantenere posizioni caute a tutela di quegli Stati, invero ormai pochi, che non tutelano l'aborto in ipotesi diverse dallo stato di necessità.

3. L'aborto nel diritto internazionale

Giova premettere che l'unico documento internazionale che tutela l'aborto è la Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli sui diritti delle donne in Africa del 2003, anche nota come Protocollo di Maputo, che prevede, all'art. 14, par. 2, lett. c, l'impegno degli Stati parte alla protezione dei diritti riproduttivi delle donne, tra i quali viene menzionato l'aborto in caso di stupro, incesto e quando la prosecuzione della gravidanza possa mettere in pericolo non solo la vita della gestante o del feto, ma anche la salute mentale e fisica della prima.

Non stupisce che la collocazione dell'articolo sul diritto all'aborto proposta del Parlamento europeo sia l'art. 7 bis della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; una sorta di appendice, dunque, del diritto

³⁴ Si rinvia a S. FANNI, *Op. cit.*, la quale evidenzia in particolare le critiche indirizzate a quella giurisprudenza della Corte di giustizia che, in nome del rispetto delle scelte morali alla base del divieto di ricorrere alla maternità surrogata negli Stati membri, si è spinta fino a negare le tutele della donna lavoratrice in maternità alla madre intenzionale, nonostante la medesima stesse allattando il neonato.

³⁵ Per approfondimenti sull'art. 6 TUE, ult. par., si veda V. SCARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 97 ss.

³⁶ Principio espresso, tra le altre, in CGCE, 14 febbraio 1995, Schumacker, causa C-279/93, in *Diritto e pratica tributaria*, II, 1996, 3 ss.

³⁷ Non essendovi in questa sede possibilità di approfondire le singole legislazioni europee in tema di aborto, ci si limita a ricordare che sono più d'uno gli Stati che non hanno liberalizzato l'aborto nella prima fase della gravidanza (Repubblica Ceca, Slovacchia, Malta, Polonia, Lituania; sebbene solo sulla carta anche l'Italia e l'Austria vincolano la richiesta ad indicazioni mediche), sostanzialmente negando che l'autodeterminazione della donna prevalga sul diritto alla vita del feto. Solo in Slovenia l'aborto è un diritto riconosciuto a livello costituzionale.

³⁸ Tutti gli Stati membri, salvo la Polonia e Malta, individuano un termine, esteso generalmente fino alla vitalità del feto, in cui la donna ha diritto di abortire in caso di grave pericolo per la propria salute.

al rispetto della vita privata e familiare. È proprio in quest'ambito, infatti, che la CEDU ha collocato le tutele, seppur scarse, accordate all'interruzione di gravidanza³⁹.

Benché la Corte potesse affermare che sussiste un consenso europeo tra gli Stati sulla tutela dell'aborto⁴⁰, essa si è sempre limitata a sanzionare non la mancata legalizzazione della pratica, bensì la mancata attuazione di meccanismi che rendessero effettivo l'accesso alla stessa, se – e solo se – questa fosse, *in primis*, consentita dalla legge⁴¹.

Una tutela più incisiva emerge, invece, dalle pronunce degli organismi afferenti all'ONU istituiti ai sensi dei protocolli opzionali relativi al Patto internazionale sui diritti civili e politici e alla CEDAW, sebbene le decisioni di questi organismi non abbiano efficacia vincolante per gli Stati⁴².

Il primo organismo è il Comitato per i diritti umani, istituito dall'ONU ai sensi dell'art. 28 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e del primo Protocollo opzionale al Patto medesimo⁴³.

Nella prima pronuncia rilevante, *K. L. c. Perù* del 2005⁴⁴, è stata portata all'attenzione del Comitato una gravissima vicenda avvenuta in Perù, uno Stato dove, sebbene l'aborto fosse legale in caso di pericolo per la salute della donna e di diagnosi di anomalie fetali, era fortemente osteggiato nella sua

³⁹ Per una critica sulle posizioni della Corte EDU in tema di tutela dell'aborto si veda L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2017, 189-212. L'A. evidenzia come nell'ipotesi in esame, in maniera del tutto anomala, la Corte consideri, oltre al bilanciamento tra diritti, il contesto culturale degli Stati e la tutela della morale pubblica.

⁴⁰ L'asserita assenza di consenso europeo sulla tutela del diritto di aborto è stata assai criticata in quanto, dopo la legalizzazione dell'aborto (anche) in Irlanda e a Cipro, rimangono pochissimi gli Stati che sanzionano severamente l'aborto, tra quelli aderenti alla CEDU. Sul punto A. WERY, *La réglementation de l'interruption volontaire de grossesse et le droit à libre disposition du corps, des notions incompatibles? Un examen de la législation belge au regard du féminisme radical*, in *hdl.handle.net/2078.1/thesis:18026*, Louvain, 2018 e J. TASIAUX, *L'avortement devant la Cour européenne des droits de l'homme: la jurisprudence européenne est-elle influencée par les législations nationales?*, in *hdl.handle.net/2078.1/thesis:20179*, Louvain, 2019.

⁴¹ Sulla giurisprudenza CEDU in tema di aborto si veda L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, 154 ss. I riferimenti sono, in particolare, alle sentenze *Bruggemann e Scheuten c. Repubblica federale tedesca* del 12 luglio 1977 in *echr.coe.int*; *Tysiac c. Polonia* del 20 marzo 2007, in *Famiglia, persone e successioni*, 8-9, 2007, 764 ss.; A., B., C. c. *Irlanda* del 16 dicembre 2010, in *Il foro italiano*, 2011, 4, 4, 184 ss.; R. R. c. *Polonia* del 26 maggio 2011, in *echr.coe.int*; P. e S. c. *Polonia* del 30 ottobre 2012, in *echr.coe.int*.

⁴² Per il confronto tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella del Comitato e della CEDAW si veda anche L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, cit.

⁴³ Benché il Patto limitasse le funzioni del Comitato all'esame dei rapporti statali, il Primo protocollo opzionale ha introdotto la possibilità di giudicare sui ricorsi dei singoli che lamentino violazioni dei diritti garantiti dal Patto. Il Comitato decide con una "communication" – constatazione o comunicazione – che ha mera efficacia di raccomandazione. Si veda N. RONZITTI, *Gli strumenti di tutela dei diritti umani: La risoluzione 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, in *Osservatorio di politica internazionale*, 4, 2010, 1 ss.

⁴⁴ *K. L. c. Perù*, Comitato per i diritti umani, comunicazione n. 1153/2003 del 24 ottobre 2005, in reproductive-rights.org. Sulla vicenda anche S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Milano, 2012, 90 ss.

attuazione⁴⁵. Una diciassettenne incinta aveva appreso, a seguito di analisi prenatali, che il feto era affetto da anencefalia e pertanto non aveva possibilità di sopravvivenza. Tuttavia, in ragione degli ostacoli di fatto frapposti all'esercizio del suo diritto era stata costretta a portare avanti la gravidanza; il neonato morì dopo quattro giorni nei quali la madre lo allattò al seno. In conseguenza del trauma, quest'ultima sviluppò gravi patologie psichiatriche. Il Comitato ha riconosciuto la violazione degli artt. 2, 7, 17 e 24 del Patto⁴⁶; tuttavia, ha potuto solo invitare lo Stato «a offrire un rimedio effettivo», che è giunto ben dieci anni dopo⁴⁷. È importante sottolineare come, a differenza della Corte EDU, il Comitato abbia fondato la condanna non sul presupposto dell'impossibilità di accedere all'aborto legale, bensì sulla mera violazione dei diritti coinvolti. Pertanto, si è ritenuto che la pronuncia qualificasse l'aborto terapeutico come un vero e proprio diritto umano⁴⁸.

Sotto questo profilo, però, sono molto più significative le successive decisioni adottate dal Comitato nei confronti dell'Irlanda nel 2016 e 2017, relative a due vicende nelle quali le gestanti erano avevano deciso di abortire a seguito della scoperta che il feto fosse affetto da anomalie incompatibili con la vita⁴⁹. In entrambe le constatazioni il Comitato ha riconosciuto un vero e proprio diritto umano all'aborto terapeutico.

Il Comitato per i diritti umani ha compiuto un "salto" cruciale rispetto alla Corte EDU. Mentre quest'ultima si è limitata ad affermare che lo Stato, nel suo margine di apprezzamento dovuto all'assenza di consenso europeo, può legalizzare o meno l'aborto, ma, se lo fa, è obbligato a garantire l'accessibilità ed effettività, il Comitato ha fatto un altro ragionamento. Esplicitamente ha affermato che il meccanismo del margine di apprezzamento è proprio della sola Corte EDU e che, soprattutto, il fatto che l'aborto terapeutico non fosse legale in Irlanda (salvo in caso di pericolo di vita della donna), non dovesse influenzare la decisione⁵⁰. La doglianza delle ricorrenti, infatti, non riguardava l'impossibilità di esercitare diritti previsti dalla legge, ma la mancata legalizzazione dell'aborto terapeutico per anomalie incompatibili con la vita.

Superando i propri precedenti⁵¹, nel 2016 il Comitato ha affermato che non solo l'illegalità del trattamento non consentiva di attenuare la posizione dello Stato, ma che questa, anzi, ha aumentato la

⁴⁵ Dal 2005 ad oggi il Perù ha compiuto vari passi avanti nella tutela dell'aborto. In particolare, il 29 giugno 2014 è stato adottato a Lima un protocollo per l'esecuzione degli aborti terapeutici. Per approfondimenti v. il sito reproductiverights.org.

⁴⁶ Gli articoli sono relativi, rispettivamente a: divieto discriminazione, divieto tortura, divieto di violazione illegittima della vita privata, diritti del fanciullo.

⁴⁷ Solo il 18 novembre 2015 il governo peruviano ha firmato un accordo definitivo per l'attuazione della constatazione del Comitato, corrispondendo un risarcimento alla vittima delle violazioni riconosciute nel procedimento. Si veda *Peruvian government gives monetary reparations as part of historic United Nations abortion case*, in reproductiverights.org.

⁴⁸ In tal senso S. MANCINI, *Un affare di donne*, op. cit., 92; L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, cit.

⁴⁹ Sono i casi *Mellet c. Irlanda* del 17 novembre 2016 e *Whelan c. Irlanda* del 11 luglio 2017, entrambi su juris.ohchr.org, reperibili tra la giurisprudenza del Comitato (CCPR).

⁵⁰ In *Whelan c. Irlanda* si legge: «la questione al vaglio del Comitato non è se l'interferenza (nella vita privata, ndr) ha delle basi legali nazionali, ma se l'applicazione della legge nazionale era arbitraria secondo la Convenzione».

⁵¹ Ci si riferisce non solo a *K. L. c. Perù*, ma anche a *V. D. A. c. Argentina*, del 29 marzo 2011, in juris.ohchr.org, comunicazione che condannava l'Argentina per non aver garantito, di fatto, il diritto legalmente previsto

sofferenza della ricorrente, circostanza tanto più riprovevole in quanto non giustificata dall'intento di salvaguardare il feto, quindi sproporzionata e non necessaria. Il Comitato ha condannato l'Irlanda per violazione degli articoli 7, 17 e 26 del Patto. Secondo il giudicante la situazione è stata fonte di gravi patimenti per la donna, interferendo in maniera arbitraria nella scelta di abortire che, come già affermato in *K. L. c. Perù*, afferisce alla vita privata. Il Comitato si è spinto fino a sindacare espressamente la legge irlandese e ha concluso che «il bilanciamento che lo Stato parte ha effettuato tra la protezione del feto e i diritti della donna, nel caso in esame, non può dirsi giustificato»⁵². Ha altresì condannato la differenza di trattamento tra le donne che, nella stessa condizione, accettavano di portare avanti la gravidanza solo per vedere il figlio morire e coloro che, invece, decidevano di abortire. Le conclusioni della comunicazione sono state severissime: l'Irlanda avrebbe dovuto garantire un pieno risarcimento alla vittima e l'assistenza psicologica, ma, soprattutto, «modificare la propria legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, incluso, se necessario, la propria Costituzione [...] assicurando procedure effettive e tempistiche accessibili per l'interruzione di gravidanza». Il Comitato invitava l'Irlanda a inviare, entro 180 giorni, un rapporto sulle azioni svolte. Tuttavia, poco dopo lo scadere del termine è sopraggiunta la seconda condanna e infine la nuova regolamentazione a seguito del referendum del 2018⁵³.

Considerata la severità dei provvedimenti, il principio che se ne desume, secondo cui l'aborto è un diritto umano, sembra doversi circoscrivere all'ipotesi di aborto terapeutico dovuto alla sussistenza, nel feto, di anomalie incompatibili con la vita. Non sembrano esservi nei provvedimenti riferimenti tali da far desumere il contrario. Resta fuori dalla tutela rafforzata l'aborto senza indicazioni mediche o l'aborto terapeutico in casi diversi da quello in esame, giacché il Comitato fonda l'irragionevolezza del bilanciamento sull'assenza di un bene da tutelare, essendo il feto privo di aspettative di vita.

Passando alla giurisprudenza del Comitato della CEDAW⁵⁴, esiste un'unica pronuncia rilevante. Si tratta del caso *L. C. c. Perù*⁵⁵, relativo alla vicenda di una minore di tredici anni che, dopo aver scoperto di essere rimasta incinta dell'uomo che la violentava, si era buttata da un terrazzo riportando gravi lesioni che rischiavano di paralizzarla. I medici, tuttavia, erano intervenuti sulla vittima solo tre mesi dopo, a seguito della morte del feto per aborto spontaneo, con la conseguenza che la donna, operata

all'aborto per la donna disabile violentata. Queste due decisioni, assieme alle due rese contro l'Irlanda, esauriscono ad oggi la giurisprudenza del Comitato in tema di aborto.

⁵² L'unica area grigia riguarda il valore che il testo del provvedimento conferisce all'assunto che il divieto di aborto terapeutico non risponderebbe alla volontà del popolo irlandese. Detta circostanza, invero, dovrebbe avere poco rilievo di fronte a una grave violazione dei diritti umani, che in nessun caso può trovare giustificazione nella morale di un popolo.

⁵³ L'ultima condanna risale, come si è detto, a luglio 2017. Come noto, nel 2018, a seguito di un referendum, in Irlanda è entrata in vigore una legge che ha liberalizzato l'aborto in caso di "gravidanza precoce", ossia di massimo 12 settimane di età gestazionale.

⁵⁴ La Convenzione è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed è entrata in vigore a livello internazionale il 3 settembre 1981. Come nel caso del Comitato per i diritti umani, anche il Comitato della CEDAW può ricevere ricorsi individuali ai sensi del Protocollo e le decisioni hanno efficacia meramente raccomandatoria.

⁵⁵ Il provvedimento, emesso il 3-21 ottobre 2011, reperibile in reproductiverights.org, è brevemente analizzato in S. MANCINI, *Un affare di donne*, op. cit., 95 ss.

troppo tardi, era rimasta paralizzata per tutta la vita. Ne conseguì una condanna del Perù per la violazione degli artt. 2, 3, 5 e 12 della Convenzione⁵⁶.

Da questo caso, però, non possono trarsi implicazioni analoghe a quelle che emergono dalla giurisprudenza del Comitato per i diritti umani. Il Comitato della CEDAW, infatti, nel sanzionare il Perù ha affermato che «poiché lo Stato ha legalizzato l'aborto terapeutico, deve stabilire un sistema legale appropriato per consentire alle donne di esercitare questo diritto». L'unico portato innovativo riguarda l'aborto in caso di stupro. Detta possibilità era ed è assente in Perù e ciò, a detta del Comitato, avrebbe contribuito ad aggravare la situazione della ricorrente; pertanto, ha raccomandato allo Stato di modificare le proprie leggi depenalizzando l'aborto ove la gravidanza derivi da uno stupro. Tuttavia, il Comitato della CEDAW non ha esplicitamente condannato lo Stato per il fatto di non prevedere l'aborto sicuro e legale in caso di stupro.

In conclusione, dall'analisi effettuata emerge che il diritto all'aborto sta guadagnando sempre più l'attenzione del diritto internazionale, essendovi diversi atti che ne riconoscono l'importanza; tuttavia è innegabile che in molte occasioni, soprattutto nei provvedimenti a efficacia vincolante, gli organismi del diritto internazionale si siano sottratti dal prendere una chiara posizione sulla tutela dell'aborto⁵⁷.

Sembra pertanto che prevalga una posizione moderata e cauta, estremamente rispettosa delle tradizioni etiche e della morale degli Stati⁵⁸. Considerato il quadro eterogeneo e la presa di posizione di una Corte mediante condanna solo nei casi sopra illustrati, sembra che a livello internazionale il diritto all'aborto goda di protezione privilegiata, essendo qualificabile come diritto umano, solamente quando sia effettuato con funzione terapeutica e più precisamente quando sia necessario per prevenire la nascita di un individuo affetto da anomalie incompatibili con la vita. Questa conclusione si fonda *in primis* sull'importanza del diritto alla salute, un diritto che, per l'ampia condivisione, può

⁵⁶ Rispettivamente: impegno degli Stati ad adottare ogni misura volta alla protezione giuridica dei diritti delle donne; obbligo degli Stati di adottare ogni misura per garantire la parità di genere; divieto di discriminazione; divieto di discriminazione nell'accesso ai servizi sanitari.

⁵⁷ Si veda ancora L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, cit., per riferimenti anche alla Convenzione americana sui diritti e la Convenzione interamericana sulla prevenzione, la punizione e l'eradicazione della violenza contro le donne; più di recente L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2022, 659-673, che valorizza le posizioni degli organi internazionali nei report indirizzati ai singoli Stati – pur trattandosi di atti non vincolanti – concludendo a favore della sussistenza di obblighi degli Stati in materia di accesso all'aborto. Si veda anche R. MARCONI, *Tutela dei diritti sessuali e riproduttivi nell'attuale conflitto in Ucraina: l'accesso all'interruzione di gravidanza*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2022, b 3, 682-690, che evidenzia come ancora vi siano posizioni, come quella degli USA, contrarie ad individuare l'aborto tra le prestazioni da garantire alle donne vittime di stupro durante un conflitto armato e come la posizione del Regno Unito, orientata espressamente nel senso opposto, sia di fatto isolata.

⁵⁸ Posizione che certamente si presta a critiche; Rileva L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, cit., 211, che «Occorre [...] chiedersi se – e fino a che punto – su un tema così controverso come l'aborto, su cui si confrontano posizioni morali molto diverse, il processo democratico sia garanzia sufficiente ad escludere una compromissione dei diritti fondamentali». Evidenzia la cautela del diritto internazionale in materia di biodiritto anche S. FANNI, *Op. cit.*

considerarsi acquisito al diritto consuetudinario internazionale⁵⁹. In secondo luogo, è giustificata dal fatto che il grande problema del tema aborto consiste nella presenza di un controinteressato, il feto, sulla cui tutela si registrano diversità di vedute e si scontrano concezioni profonde della morale, legate in particolare all'inizio della vita. Nell'aborto per anomalie incompatibili con la vita, però, questo contro-interesse si riduce fino quasi ad azzerarsi, sicché l'unico bene da tutelare è il diritto alla salute della donna.

4. I limiti, volontari e involontari, dell'UE nella tutela del diritto all'aborto

Si è detto che l'unica sanzione per la violazione del diritto all'aborto irrogabile nel diritto europeo passa tramite l'art. 7 TUE⁶⁰. È appena il caso di specificare come non potrebbe invece attivarsi il "meccanismo di condizionalità", connesso alla tutela di uno solo dei valori dell'art. 2 TUE, lo Stato di diritto⁶¹. Il Regolamento che istituisce il meccanismo è finalizzato a salvaguardare l'economia europea da violazioni, da parte degli Stati membri, dei principi dello Stato di diritto che compromettano in modo sufficientemente diretto la gestione finanziaria europea. Rispetto all'art. 7 TUE il Regolamento ha quindi un ambito di applicazione ridotto, non sanzionando ogni violazione dei valori ex art. 2 TUE; tuttavia, prevede sanzioni più severe e soprattutto immediate⁶².

⁵⁹ Sul valore privilegiato dei diritti umani regolati dal diritto internazionale, che godono del consenso generale della comunità internazionale, si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *L'universalismo dei diritti umani in un mondo diviso*, op. cit., 133 ss. Sul diritto alla salute e la sua natura consuetudinaria P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011; M. SAN GIORGI, *The human right to equal access to health care*, Cambridge, 2012; A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in P. ZATTI, S. RODOTÀ (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 65 ss.; J. TOBIN, *The right to health in international law*, Oxford, 2012.

⁶⁰ Per approfondimenti sulle criticità dell'operatività della tutela dei diritti fondamentali in UE si veda l'attenta critica di J. WOUTERS, *Revisiting art. 2 TEU: a true union of values?*, in *European papers*, 5, 1, 2020, 255-277, che sottolinea anche la preminente posizione del valore dello Stato di diritto.

⁶¹ Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Sul meccanismo di condizionalità si veda C.A. CIARALLI, *Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto*, in *Federalismi*, 16, 2022, 80 ss.; E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi*, 29, 2020, 50 ss.

⁶² Si è rilevato che sebbene il meccanismo di condizionalità costituisca sostanziale specificazione della procedura ex art. 7 TUE, non ne ricalchi le garanzie; si veda il parere della Corte dei conti europea sull'allora emanando Regolamento, reperibile al sito eur-lex.europa.eu. Chiamata a pronunciarsi sui ricorsi di annullamento del Regolamento 2020/2092 proposti dall'Ungheria e dalla Polonia, la CGUE, con sentenze del 16 febbraio 2022, entrambe su eur-lex.europa.eu ha affermato che il Regolamento non eccede i limiti delle competenze dell'Unione. Riguardo ai rapporti con la procedura ex art. 7 TUE, la Corte ha rilevato che questa ha finalità e oggetto diversi dal meccanismo di condizionalità. Infatti, quest'ultimo tutelerebbe il bilancio e non i valori di cui all'art. 2. Diverse sarebbero anche le sanzioni: mentre la procedura ex art. 7 può colpire ogni diritto derivante dall'applicazione dei Trattati, il Regolamento prevede sanzioni solo di natura economica. Sulle sentenze della CGUE che hanno affermato la legittimità del meccanismo di condizionalità A. BARAGGIA, *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell'Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/21*, in *Quaderni costituzionali*, XLII, 2, giugno 2022, 371 ss.; B. NASCIMBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, 2, 2022, 114 ss. Sul tema anche I. SPADARO, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania*, in *Federalismi*, 14, 2021, 178 ss.

L'analisi delle pendenti procedure ex art. 7 TUE rivela che l'UE non ha saputo cogliere il portato della giurisprudenza internazionale sopra illustrata. Né si è valorizzata nel contesto europeo la presenza di un consenso quasi unanime tra gli Stati membri sulla legalizzazione dell'aborto a tutela di gravi problemi di salute della donna.

Invero, in una Risoluzione adottata sulla salute sessuale e riproduttiva in Europa il Parlamento si rifà al diritto internazionale e in particolare alla giurisprudenza del Comitato per i diritti umani in materia di aborto; tuttavia, non ne trae tutte le implicazioni possibili, concludendo con un mero invito agli Stati membri ad allineare il diritto nazionale alle norme internazionali sui diritti umani⁶³.

Difatti, gli ostacoli all'accesso all'aborto sicuro e legale hanno ben poco rilievo nelle due procedure pendenti ex art. 7 TUE: alla violazione dei diritti umani non si fa neppure riferimento nella proposta di avvio della procedura presentata dalla Commissione nei confronti della Polonia. Nella proposta del Parlamento per l'avvio della procedura nei confronti dell'Ungheria, invece, viene più volte rimproverato allo Stato di non tutelare diversi diritti umani; tuttavia, anche in questa sede non viene mai denunciato l'ostruzionismo all'aborto, sebbene lamentato in altra risoluzione parlamentare⁶⁴. Occorre infatti ricordare che l'aborto in Ungheria gode di maggiori tutele legali rispetto alla Polonia⁶⁵. Ed invero non può che lasciare perplessi la perdurante assenza di sanzioni per la Polonia⁶⁶, considerato che,

⁶³ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 24 giugno 2021 cit., in particolare al punto 35, in nota 24, ove riporta tutte le maggiori pronunce del Comitato per i diritti umani in tema di aborto, senza però fare alcun cenno al principio che se ne può trarre.

⁶⁴ Il riferimento è alla lettera O della Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022, cit., che menziona, tra gli Stati membri che ostacolano l'accesso all'aborto, anche l'Italia. Invero, l'impressione che si ha leggendo la proposta è quella di un'enorme sproporzione tra le mancanze rimproverate alla Polonia e quelle rimproverate all'Ungheria. Detta circostanza ha indotto alcuni parlamentari a credere che l'Unione stia «prendendo di mira il governo sovrano dell'Ungheria, [...] in ragione della sua opposizione alla politica migratoria dell'Unione» e a constatare con rammarico che «il ruolo della Commissione quale custode dei trattati si sia deteriorato, dal momento che la Commissione sembra scegliere a suo piacimento quali Stati membri perseguire per presunte violazioni dei valori dell'Unione», adottando «approcci diversi nei confronti di altri Stati membri, ad esempio Malta». Tali parole sono tratte dalla proposta di risoluzione parlamentare del 3 maggio 2022 sulle audizioni in corso a norma dell'art. 7 TUE relative a Polonia e Ungheria, testo che non è però stato approvato dall'istituzione.

⁶⁵ In Ungheria, ai sensi della legge XXXIX del 23 dicembre 1992, l'aborto è accessibile entro le 12 settimane di gestazione, purché la donna lamenti di patire, in conseguenza della gravidanza, una "grave crisi", ossia uno sconvolgimento psicofisico e sociale. Un ostacolo all'esercizio di questo diritto sembra essere subentrato con il decreto del Ministero dell'Interno pubblicato il 12 settembre, col quale è stato modificato l'allegato n. 4 dell'ordine esecutivo della legge sull'interruzione di gravidanza, contenente il modulo di richiesta del trattamento. Specificamente, viene modificato il punto 2, prevedendo che la gestante debba presentare una relazione rilasciata da un ginecologo in cui si affermi che quest'ultimo ha mostrato in maniera chiara il fattore indicativo delle funzioni vitali del feto, ciò che è stato inteso come un obbligo di far ascoltare alla gestante il battito cardiaco fetale.

⁶⁶ Si noti che la Polonia, assieme all'Ungheria, era coinvolta nella procedura sanzionatoria di cui al meccanismo di condizionalità; procedura che però si è presto conclusa, a differenza di quella dei confronti dell'altro Stato. Si veda il comunicato stampa del 1° giugno 2022 *NextGenerationEU: European Commission endorses Poland's €35.4 billion recovery and resilience plan*, in ec.europa.eu.

quando è entrata a far parte dell'Unione, garantiva l'aborto a condizioni più favorevoli di quelle attuali, ciò che viola il principio di non-regresso affermato dalla giurisprudenza europea⁶⁷.

Che l'Unione non attribuisca un ruolo fondamentale alla tutela dell'aborto è dimostrato infine dall'ingresso di Malta nell'UE. In questo paese è sempre stata in vigore una legislazione assolutamente punitiva e proibitiva: l'aborto è considerato reato senza eccezioni neppure in caso di stupro o di anomalie fetali incompatibili con la vita. Vi è di più. La normativa (artt. 241 ss. c.p.) risale al 1981 e si modella sulla antica *lex Cornelia de sicariis et veneficis*⁶⁸, prevedendo per la donna che ha acconsentito all'aborto la stessa sanzione che rischiano i terzi. Nonostante questo, non solo non pende alcuna procedura ex art. 7 TUE nei confronti di Malta, ma neppure è stato impedito che, al suo ingresso nell'Unione, lo Stato chiedesse e ottenesse la garanzia che nessuna disposizione del diritto europeo potesse intaccare o modificare la legislazione nazionale in materia⁶⁹.

Sembra quindi che i limiti alla tutela dell'interruzione di gravidanza da parte dell'Unione europea non siano solo strutturali e che l'inerzia sia imputabile in particolare agli Stati membri, alla ritrosia nel confronto relativo a questioni con implicazioni etiche e al conseguente immobilismo che ciò provoca all'interno del Consiglio⁷⁰.

5. Considerazioni conclusive

Gli ostacoli nella tutela del diritto all'aborto confermano l'incapacità dell'UE di tutelare efficacemente i diritti della persona al di fuori di ambiti che non rientrino nello spazio privilegiato dello Stato di diritto e, in particolare, l'immobilismo e la cautela che caratterizza il confronto tra Stati riguardo a temi eticamente connotati⁷¹.

⁶⁷ Per l'affermazione del principio a tutela del valore dello Stato di diritto si veda CGUE, Grande Sez., 22 aprile 2021, n. 896/19, Repubblica c. Il Prim Ministru, in curia.europa.eu, par. 63 ss. Rispetto allo Stato di diritto, può rilevare l'art. 49 TUE in funzione di clausola di non regressione perché l'art. 19 TUE attrae la questione dell'indipendenza dei giudici nazionali nell'ambito di applicazione del diritto UE. Il principio di non regresso è stato affermato soprattutto in sede giuslavoristica; v. M DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, 487. L'analisi dell'esperienza polacca e americana dimostra che la compressione della tutela dell'aborto legale e sicuro può legarsi ad irregolarità nella presa di servizio dei magistrati, circostanza che costituisce una minaccia ai valori dello Stato di diritto.

⁶⁸ La *lex Cornelia de sicariis*, nella versione originaria, prevedeva la pena di morte per chi, per mezzo della somministrazione di veleni, uccidesse "*mulier aut homo*". Detta frase era sempre stata interpretata nel senso di punire solo l'uccisione tramite avvelenamento di un uomo o una donna, non essendo applicabile al feto. Già Giustiniano la modificò nel senso di prevedere una pena anche per l'aborto procurato mediante somministrazione di veleni, con la precisazione che dovesse trattarsi di un feto formato (che avesse forma di uomo, secondo la concezione aristotelica), appunto considerato "*homo*". L'esilio e i lavori in miniera verranno riservati all'aborto di feto informe, non considerato uomo. Si veda L. LEVERONI, G. MAURIZIO, A.G. BOZZO, *Gazzetta de Tribunali: con note ed osservazioni articoli di vario diritto e cronaca del Parlamento*, 1, Genova, 1848, 278. Per approfondimenti sulla tesi della formazione del feto si rinvia a E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971, 93-106, 581, 622.

⁶⁹ Il riferimento è al Protocollo n. 7 sull'aborto a Malta, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. L 236 del 23 settembre 2003, 947.

⁷⁰ Sulla ritrosia degli Stati membri all'attivazione del meccanismo ex art. 7 TUE si veda J. WOUTERS, *Op. cit.*

⁷¹ Sul punto si rimanda nuovamente a S. FANNI, *Op. cit.*; J. WOUTERS, *Op. cit.*



Sebbene sembri fare eccezione il recente operato del Parlamento è d'obbligo rilevare che le risoluzioni non hanno argomentato sul perché l'aborto sarebbe un diritto umano in ambito internazionale, né quale fattispecie di aborto sarebbe tale. Detto altrimenti, l'utilizzo della categoria dei diritti umani da parte del Parlamento sembrerebbe atecnico e privo di riferimenti circostanziati al diritto internazionale.

Quid iuris, allora, sull'introduzione dell'art. 7 bis nella Carta?

In primo luogo, essa sembra ancora lontana. Infatti, l'ostacolo a una maggiore tutela dell'aborto è forse da imputarsi al Consiglio europeo, istituzione che è espressione dell'elemento intergovernativo dell'UE, in seno al quale è difficile trovare un accordo sulle azioni da intraprendere ai sensi dell'art. 7 TUE. E l'introduzione dell'art. 7 bis nella Carta dovrebbe necessariamente passare per il Consiglio europeo⁷².

Anche ove si approvasse tale norma, l'effetto sarebbe "spuntato".

In primis perché la Carta si applica esclusivamente nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione, ove non rientra l'aborto quale trattamento sanitario. In secondo luogo, è la stessa Carta a prevedere, all'art. 52, la possibilità di limitare i diritti in essa riconosciuti per proteggere altri diritti, quale potrebbe essere il diritto alla vita del feto. Ma anche a voler interpretare l'art. 7 bis alla luce del diritto internazionale e dunque in modo da costituire espressa dichiarazione della volontà dell'UE di considerare l'aborto terapeutico in caso di anomalie incompatibili con la vita come diritto umano, non è detto che la violazione sussistente in Stati come Malta e la Polonia sfoci in una procedura ex art. 7 TUE, né che quest'ultima, considerata la lentezza che la caratterizza, induca lo Stato a prendere misure correttive, come insegna il caso polacco⁷³. Infine, considerata la scelta di non includere riferimenti all'accesso all'aborto sicuro e legale nelle procedure ex art. 7 TUE, sembra ancor meno probabile ipotizzare che l'art. 7 bis, anche nel caso in cui venga approvato, possa essere letto nel senso di introdurre un diritto fondamentale all'aborto terapeutico in caso di gravi problemi di salute della donna legati alla prosecuzione della gravidanza, valorizzando per la prima volta il consenso tra le legislazioni degli Stati membri sul punto. Ove ciò avvenisse, tuttavia, si tratterebbe di un passo importante, che consentirebbe di condannare tramite la CGUE gli Stati che violino detto diritto, legiferando, seppur nelle proprie competenze esclusive, in violazione del diritto eurounitario⁷⁴.

⁷² Si noti, infatti, che il procedimento di revisione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE avviene analogamente a quello dei Trattati e dell'altro diritto primario (art. 48 TUE); sul punto v. L.S. Rossi, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 21, 2, 2016, 329 ss.

⁷³ Si veda la risposta della Commissione del Parlamento europeo per le petizioni a un cittadino polacco che, all'indomani della pubblicazione della sentenza del Tribunale costituzionale, chiedeva di riesaminare detto provvedimento (Comunicazione del 4 giugno 2021, relativa alla petizione n. 1154/2020.). Il Parlamento ha affermato che «limitare notevolmente l'accesso all'aborto in condizioni legali e sicure costituisce una violazione dei diritti umani». L'inciso "notevolmente" è suscettibile di varie interpretazioni. Di certo rinvia a una qualche discrezionalità agli Stati membri nel disciplinare l'aborto legale, confortandoli con la sicurezza che le violazioni poco gravi non potranno in alcun modo tradursi in una violazione del diritto europeo. Il Parlamento prosegue sottolineando che tutti gli Stati membri devono rispettare i diritti umani «cui sono vincolati a norma [...] del diritto internazionale»; tuttavia, si slega successivamente dal tema dell'aborto come diritto umano per concludere che l'Unione, in ambito sanitario, «non dispone di alcun potere legislativo e non può interferire nell'esercizio delle competenze riservate agli Stati membri».

⁷⁴ V. nota 25.

Abortion rights e spazio costituzionale europeo: gli orizzonti ristretti dell'ordinamento polacco

Marta Tomasi*

ABORTION RIGHTS AND EUROPEAN CONSTITUTIONAL SPACE: THE NARROW HORIZONS OF THE POLISH LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide a brief review of the social, political, normative, and jurisprudential developments that have led to the Polish legal system being one of the most restrictive on the subject of abortion rights in the European context. By critically analyzing these historical developments, we can determine whether we should accept a state of “global legal indeterminism” regarding voluntary interruption of pregnancy or if there are forces that can push national disciplines toward “minimum” standards shared on the European horizon and respect for a supra- and international concept of the rule of law.

KEYWORDS: Abortion rights; Poland; Rule of Law; European multilevel architecture; European constitutional space

ABSTRACT: L'articolo si propone di ripercorrere brevemente la storia sociale, politica, normativa e giurisprudenziale che ha portato l'ordinamento polacco a qualificarsi, oggi, come uno degli ordinamenti caratterizzati dalle più restrittive discipline in tema di interruzione di gravidanza nel contesto europeo. L'analisi critica di questa storia consente, in particolare, di verificare se, in tema di IVG, ci si debba arrendere ad una situazione di “global legal indeterminism” o se esistano forze di trazione in grado di ri-orientare le discipline nazionali verso standard “minimi” condivisi nell'orizzonte europeo e verso il rispetto di un concetto sovra e internazionale di *rule of law*.

PAROLE CHIAVE: Aborto; Polonia; Stato di diritto; Tutela multilivello dei diritti; Spazio costituzionale europeo

SOMMARIO: 1. La disciplina dell'interruzione di gravidanza e le forze di trazione nello spazio costituzionale europeo – 2. L'aborto in Polonia fra aggravati normativi e ostacoli di fatto – 3. Lo stato dell'arte della giurisprudenza della Corte EDU – 4. Le possibili linee di uno sviluppo giurisprudenziale ispirato alla permeabilità fra livelli di tutela – 5. Un'occasione per attivare o disinnescare i meccanismi di tutela multilivello dei diritti.

* Ricercatrice di diritto costituzionale, Università di Trento. Mail: marta.tomasi@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio.

1. La disciplina dell'interruzione di gravidanza e le forze di trazione nello spazio costituzionale europeo

Da tempo si discute, nel contesto europeo, dell'esistenza di movimenti centripeti e centrifughi in riferimento alla tutela dei diritti fondamentali. Da un lato, infatti, lo spazio europeo è stato pioniere nell'affermazione di un "legitimate international concern" nella tutela dei diritti, tradottosi nella costruzione del primo meccanismo internazionale regionale di tutela e protezione dei diritti (il sistema della CEDU). Dall'altro lato, però, si rilevano oggi una serie di sintomi ed indicatori che sembrano puntare verso trend di progressiva rinazionalizzazione nella definizione dei diritti delle persone¹.

I (più e meno) recenti accadimenti nell'ordinamento giuridico della Polonia in tema di interruzione volontaria di gravidanza (IVG) si inseriscono proprio all'interno di queste tensioni. Ad oggi, messa a paragone con il resto delle legislazioni europee, quella polacca si distingue come una delle più restrittive. Secondo alcune indagini, i più recenti aggiustamenti del quadro normativo hanno determinato un calo drastico delle interruzioni volontarie di gravidanza. I dati relativi al 2021, anno in cui si sono registrati 107 aborti legali², con una diminuzione del 90% degli interventi rispetto all'anno precedente, sono di certo i più eloquenti e hanno portato la Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa a rilevare l'esistenza di una preoccupante situazione di «long-standing disregard for women's sexual and reproductive health and rights in general»³.

Quella che ha portato a questa situazione critica è una storia sociale, politica, normativa e giurisprudenziale complessa e articolata, che bene mette in evidenza la crucialità della questione dell'IVG quale epitome moderna delle tensioni fra poteri e diritti all'interno di un ordinamento e delle difficoltà e dei limiti che si incontrano lungo il percorso di costruzione di una "European multilevel architecture" dei diritti fondamentali⁴.

Attraverso l'analisi critica di questa storia emblematica, il presente contributo mira a verificare se, in tema di IVG, ci si debba arrendere ad una situazione di «global legal indeterminism»⁵ o se esistano forze di trazione in grado di orientare le discipline nazionali verso standard "minimi" condivisi nell'orizzonte europeo.

¹ O.M. ARNARDÓTTIR, A. BUYSE, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection. Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, London, 2016.

² I dati sono reperibili al sito <https://www.statista.com/statistics/1111281/poland-legal-abortions-number-by-reason/>.

³ Commissario per i diritti umani, *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, ai sensi dell'art. 36, par. 3 della Convenzione EDU, CommDH(2021)31, 28 ottobre 2021, reperibile al link: <https://rm.coe.int/third-party-intervention-by-the-council-of-europe-commissioner-for-hum/1680a460ef> (p. 4).

⁴ Su questa idea, F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe*, Oxford, 2014.

⁵ Si veda il riferimento in M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 2022, 73-99.

2. L'aborto in Polonia fra aggravati normativi e ostacoli di fatto

La storia dell'evoluzione normativa polacca in tema di IVG è stata oggetto di numerose dettagliate ricostruzioni⁶; qui se ne ripercorreranno brevemente solo i passaggi principali, utili a inquadrare il tema e a comprenderne gli sviluppi più recenti.

In Polonia, fino al 1956, la normativa di riferimento era data dal Codice penale del 1932 che criminalizzava l'aborto volontario, prevedendo però alcune eccezioni per le interruzioni praticate per ragioni mediche o perché la gravidanza era l'esito di un fatto illecito (artt. 231, 232, 234). Nel 1956 fu approvata una normativa *ad hoc*, che restò in vigore fino al 1993, con la quale si aggiungeva la possibilità di interrompere la gravidanza per ragioni socioeconomiche⁷. Il progressivo indebolirsi del requisito relativo alla necessaria documentazione di tali motivi aveva sostanzialmente liberalizzato l'aborto su richiesta, rendendo la Polonia una meta attrattiva per le donne provenienti da Paesi occidentali, caratterizzati da legislazioni più restrittive. I decenni successivi furono dominati da una aperta contestazione da parte del mondo cattolico e pro-life e da una evidente politicizzazione del tema, inteso come punto nevralgico nella lotta per la conservazione dell'identità nazionale. La questione della disciplina dell'IVG ha poi rappresentato un terreno di scontro elettivo nell'intenso dibattito costituzionale degli anni '90, incentrato sulla questione della definizione del volto che sarebbe venuto ad assumere lo Stato polacco nell'epoca post-comunista, anche con riferimento al ruolo della componente religiosa.

Il 7 gennaio 1993 fu finalmente adottata la legge sull'IVG⁸, che è spesso descritta come un "compromesso" fra forze contrapposte, che pure non ha mai soddisfatto a pieno nessuno dei due "poli". La legge consentiva l'accesso all'aborto in particolari circostanze, senza criminalizzare il comportamento della donna che abortisse illegalmente. Come noto, le uniche ragioni che consentivano tale intervento erano tre: 1) il rischio per la vita o la salute della persona incinta; 2) la sussistenza di una elevata probabilità di grave e irreversibile malformazione fetale o incurabile malattia che costituisca una minaccia per la vita del feto; 3) il sospetto che la gravidanza sia il risultato di un atto illecito.

Fu solo nel 1996 che una delle due fazioni riuscì a esercitare una pressione sufficiente ad alterare i termini del "compromesso": il 4 gennaio 1997 entrò in vigore una modifica ampliativa, che restituiva rilevanza ad argomenti legati alle difficoltà socioeconomiche della gestante⁹. Il parziale ampliamento ebbe brevissima durata perché l'8 maggio 1997 esso venne dichiarato incostituzionale dal Tribunale

⁶ Per una ricostruzione approfondita dell'evoluzione storica della normativa in tema di IVG in Polonia si vedano M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon*, cit. e, nella dottrina italiana, E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, in *GenIUS*, 2, 2020.

⁷ Art. 1, sez. 1, *Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 o warunkach przerywania ciąży - Legge sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza del 27 aprile 1956*, *Giornale delle leggi*, vol. 12, n. 61, 1956. I testi delle leggi sono consultabili in lingua originale sul sito <http://isap.sejm.gov.pl>.

⁸ *Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży - Legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto*, *Giornale delle leggi*, vol. 17, n. 78, 1993.

⁹ *Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw - Legge del 30 agosto 1996 che modifica la legge sulla pianificazione familiare, la protezione del feto umano e le condizioni di ammissibilità dell'interruzione di gravidanza e modifica alcuni altri atti*, *Giornale delle leggi*, vol. 139, n. 646, 1996.

costituzionale (Trybunał Konstytucyjny), appena prima dell'entrata in vigore della nuova Costituzione, nell'ottobre dello stesso anno¹⁰. Questa decisione ha probabilmente giocato un ruolo significativo, anche negli anni successivi, nello scoraggiare tentativi di modifica della disciplina in senso estensivo.

Va inoltre tenuto in considerazione che lo stretto spazio consentito dalla legge del 1993 era (e – si vedrà – sembra essere ancora) reso ancor più angusto dagli ostacoli pratici, sistematicamente applicati all'accesso all'IVG. Come si avrà modo di osservare, sono stati proprio questi impedimenti di natura fattuale a rappresentare il primario oggetto di interesse della giurisprudenza della Corte EDU.

Il coinvolgimento e il ruolo di protagonismo, descritto ormai da molti autori, del Tribunale costituzionale nel progressivo degrado del *rule of law* in Polonia¹¹ non poteva non finire per intersecare anche la già complessa traiettoria della disciplina dell'IVG. Se la strada legislativa era stata in qualche modo sbarrata da forti reazioni manifestate dalla società civile¹², sono stati proprio i giudici costituzionali, nell'ottobre del 2020, a cancellare il motivo che stava alla base della quasi totalità delle procedure abortive volontarie nel Paese, quello relativo alle malformazioni del feto¹³. La dichiarazione di incostituzionalità ha prodotto, al contempo, radicali reazioni contrarie nella società civile, e una sconfinata mole di critiche da parte di numerosi studiosi, incentrate sul processo di nomina dei giudici, sul loro coinvolgimento nella fase di preparazione della questione di legittimità, ma anche sull'opportunità di intervenire su una normativa che era già sottoposta a una fase di revisione, per di più determinando un sostanziale ampliamento di una fattispecie di reato¹⁴.

L'aspetto forse più significativo della decisione, se si considera che essa è stata adottata in un paese che è membro dell'Unione Europea e parte del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite, è la concezione di sistema giuridico dalla quale la Corte prende le mosse. Richiamando, peraltro, la giurisprudenza precedente, il sistema giuridico viene definito come un «prodotto culturale, radicato nell'esperienza storica della comunità e costruito sulla base di un sistema di valori comuni a una determinata cerchia di soggetti»¹⁵. Un circolo che, nella sentenza, pare estremamente ristretto, quasi esso si esaurisca nella dimensione nazionale. Nel testo della decisione, i pochi riferimenti a documenti come il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea sono funzionali all'unico scopo di corroborare la riferibilità della dignità umana al concepito e, di conseguenza, di fondare l'obbligo di protezione della vita umana nella fase prenatale. Sono, invece, del tutto assenti i richiami alla giurisprudenza internazionale. L'esito di questo atteggiamento miope e di chiusura rispetto all'esterno è che la decisione di incostituzionalità si incentra sulla considerazione di una sola posizione rilevante, quella del nascituro, senza che

¹⁰ Sentenza del Tribunale costituzionale del 28 maggio 1997, K 26/96, OTK 1997/2/19.

¹¹ Fra le moltissime anche recenti analisi dedicate alla questione, si vedano uno dei primi commenti, J. SAWICKI, *Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale: Polonia 2016*, in *Nomos*, 1, 2016 e, non solo per l'ampiezza dell'indagine, W. SADURSKI, *Poland's constitutional breakdown*, Oxford, 2019.

¹² Nel 2016, la presentazione di un disegno di legge volto alla generale criminalizzazione dell'aborto ha prodotto una forte reazione nella società (cd. Black Protest). C. DAVIES, *Poland's abortion ban proposal near collapse after mass protests*, in *The Guardian*, 5 ottobre 2016.

¹³ Sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020, K 1/20, Dz.U.2021.175

¹⁴ Per un commento in italiano, si v. J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-16, ma anche E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia*, cit.

¹⁵ Nel testo originale: «wytwór kulturowy, zakorzeniony w doświadczeniach historycznych wspólnoty i budowany w oparciu o wspólny dla danego kręgu podmiotów system wartości» (sent. K/20, cit., par 1.2).

essa sia posta in bilanciamento con la posizione della donna, la cui dignità, la cui vita e la cui salute sono, nondimeno, «indubbiamente valori coperti dalla protezione costituzionale» («niewątpliwie wartościami objętymi konstytucyjną ochroną»)¹⁶. Nella decisione, invece, un ruolo determinante è giocato dalla sfera politica interna che sembra diventare una chiave strumentale all'interpretazione del testo costituzionale con una problematica sovrapposizione fra le due dimensioni¹⁷.

Quella espressa dai giudici polacchi è una posizione marcata, che entra in frizione con i più diffusi standard di tutela delle posizioni coinvolte e che si colloca a fatica all'interno della architettura multilivello di tutela dei diritti in Europa. Questa, seppure lungi dal potersi definire unitaria, in riferimento alla disciplina dell'IVG, è stata ed è rappresentata da tendenze favorevoli a un ampliamento delle condizioni per poter legittimamente accedere a IVG. In questo senso, rileva non solo il processo che storicamente ha portato l'Europa a discostarsi dalla sua originaria inclinazione¹⁸, ma anche accadimenti più recenti, come le parziali aperture in Irlanda o nello stato di San Marino¹⁹.

In effetti, l'inclinazione della Corte polacca a intervenire, restringendo le condizioni per poter accedere alla IVG sulla base di argomenti principalmente derivati dal dibattito politico interno, ha scatenato le più vigorose proteste registrate nel paese da decenni a questa parte²⁰ e non poteva che produrre forte movimenti anche sul piano internazionale. Nell'estate del 2021, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha notificato al governo polacco di aver ricevuto numerosissimi ricorsi (più di 1000) relativi alla possibile contrarietà della normativa polacca di risulta ai diritti sanciti dalla Convenzione e ha chiesto di presentare le proprie osservazioni in relazione a 12 di essi²¹.

¹⁶ In questo senso si esprime nella sua opinione dissenziente il giudice Piotr Pszczółkowski, secondo il quale il Tribunale costituzionale avrebbe imposto alle donne «l'obbligo di un atteggiamento eroico, cioè l'obbligo di farsi carico in ogni circostanza – indipendentemente dalla natura e dal grado di patologia della sviluppo fetale o dalle possibili conseguenze per la loro vita e salute legate al proseguimento della gravidanza – sacrifici e difficoltà che superano di gran lunga la misura abituale delle restrizioni legate alla gravidanza, al parto e all'educazione di un bambino» (sent. K 1/20, cit., par. 483). Nel testo originale: «Trybunał Konstytucyjny nałożył na nie obowiązek postawy heroicznej, a więc obowiązek przyjęcia na siebie w każdych okolicznościach – niezależnie od natury i stopnia patologii rozwoju płodu ani ewentualnych konsekwencji dla ich życia i zdrowia wiążących się z kontynuowaniem ciąży – wyrzeczeń i trudów znacznie przekraczających zwykłą miarę ograniczeń związanych z ciążą, porodem i wychowaniem dziecka».

¹⁷ La radicalità dei risultati prodotti dalla decisione in commento è dimostrata anche dal fatto che alcuni giorni dopo la sentenza, come riportato nel comunicato della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. comunicato stampa ECHR 217 (2021), 8 luglio 2021), il 30 ottobre del 2020 il Presidente polacco ha presentato al *Sejm* una proposta di modifica della normativa del 1993, volta a consentire l'IVG nel caso di presenza di anomalie "letali" del feto.

¹⁸ F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe*, cit., cap. 5: *The Right to Abortion*, 195-247.

¹⁹ Su questi ordinamenti, si v., rispettivamente, T. PENNA, *Abortion rights in Irlanda: l'ardua affermazione del principio di autonomia tra diritto alla salute e morale religiosa* e L. CALIFANO, *La disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza nella Repubblica di San Marino*, in questo fascicolo.

²⁰ A. MAGDZIARZ, M. SANTORA, *Women Converge on Warsaw, Heightening Poland's Largest Protests in Decades*, in *The New York Times*, 30 October 2020; B. HALL, *Gendering Resistance to Right-Wing Populism: Black Protest and a New Wave of Feminist Activism in Poland?*, in *American Behavioral Scientist*, 63, 10, 2019.

²¹ I ricorsi sono stati suddivisi in gruppi: K.B. c. Polonia e altri 3 ricorsi (ric. n. 1819/21); K.C. c. Polonia e altri 3 ricorsi (ric. n. 3639/21); A.L.- B. c. Polonia e altri 3 ricorsi (ric. n. 3801/21) ai quali si è aggiunto M.B. c. Polonia e altri 4 ricorsi (ric. n. 5014/21).

Ogni possibile ragionamento circa eventuali future evoluzioni nella giurisprudenza della Corte EDU va evidentemente inquadrato all'interno della cornice della giurisprudenza di questa Corte, i cui punti di approdo meritano di essere qui sinteticamente ripresi.

3. Lo stato dell'arte della giurisprudenza della Corte EDU

I diritti riproduttivi non sono oggetto di attenzione esplicita da parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, peraltro, non contiene nemmeno un riferimento al diritto alla salute. La lettura della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo fa tuttavia emergere come questioni relative a tali interessi siano state ricondotte, in generale, all'ambito del rispetto della vita privata e familiare (articolo 8) e, a seconda dei casi specifici, al diritto alla vita (articolo 2), al divieto di tortura (articolo 3), al divieto di discriminazione (articolo 14) e ad altri diritti e libertà.

La giurisprudenza della Corte EDU, sin dalle sue primissime espressioni sul tema, ha chiarito alcuni punti fondamentali. In un certo senso – a testimonianza della natura profondamente delicata della questione e dei bilanciamenti che essa impone – sembrano essere esclusi *tout court* gli “estremi” della discussione: la Corte si esprime, infatti, in maniera tendenzialmente univoca nel sostenere che la questione relativa al momento dell'inizio della vita debba essere risolta a livello nazionale poiché «there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life»²². Nel quadro convenzionale, dunque, il potenziale e la capacità del feto di diventare una persona richiedono protezione «in the name of human dignity», senza che ad esso venga conferita natura di persona umana e, conseguentemente, senza che gli venga esplicitamente riconosciuto, nella prospettiva convenzionale dell'art. 2, un diritto alla vita²³. La Corte esclude, d'altro canto, che dal testo della Convenzione possa derivarsi un diritto all'aborto. Di per sé, il divieto di interruzione volontaria di gravidanza non risulta lesivo della Convenzione²⁴, ma gli Stati possono consentire tale pratica a tutela di diritti e interessi potenzialmente concorrenti, garantiti dalla Convenzione.

Da un lato, quindi, «[...] if the unborn do have a “right” to “life”, it is implicitly limited by the mother's rights and interests»²⁵. Dall'altro, l'art. 8 non può essere interpretato «as meaning that pregnancy and its termination pertain uniquely to the woman's private life as, whenever a woman is pregnant, her private life becomes closely connected with the developing foetus»²⁶.

Sono dunque i termini del bilanciamento ad aver interessato la Corte negli anni più recenti e l'aspetto che consente di ragionare in punto di possibile evoluzione della sua giurisprudenza.

Per quanto riguarda l'ordinamento polacco, al momento in cui si scrive e comunque prima della citata destabilizzante sentenza del Tribunale costituzionale, la Corte EDU è stata chiamata a pronunciarsi in

²² *Vo c. Francia*, ric. n. 53924/00, 8 luglio 2004, par. 82.

²³ *Ibidem*, par. 84.

²⁴ *Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portogallo*, ric. n. 16471/02, 26 ottobre 2004, ma si veda anche il caso delle prime due ricorrenti che hanno denunciato senza successo il divieto di aborto su richiesta nella causa *A, B and C c. Irlanda*, ric. n. 25579/05, 16 dicembre 2010.

²⁵ *Vo c. Francia*, ric. n. 53924/00, cit., par. 80.

²⁶ «Article 8 § 1 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother» (*Brüggemann e Scheuten c. Germania*, ric. n. 6959/75, 12 luglio 1977)

tre casi, nel 2007, nel 2011 e nel 2012²⁷ e, in tutte le occasioni, le violazioni della Convenzione sono state dichiarate in ragione dell'inefficace applicazione della legge esistente e dal generarsi di una situazione concreta che *de facto* impedisce l'accesso all'aborto legale.

Le tre decisioni rese dalla Corte, quindi, si sono concentrate principalmente su profili procedurali che limitavano, in concreto, l'effettività del diritto riconosciuto, richiamando, in particolare, le obbligazioni positive facenti capo allo Stato. Secondo la Corte, infatti, «it is not the Court's task [...] in the present case to examine whether the Convention guarantees a right to have an abortion», mentre rientra nel compito della stessa verificare se lo Stato abbia rispettato i propri obblighi positivi inerenti al rispetto della vita privata imposti dall'art. 8 della Convenzione²⁸. Una volta che lo stato abbia deciso di consentire, ad alcune condizioni, di accedere alle procedure abortive, infatti, esso dovrà anche strutturare il sistema in maniera tale da non introdurre ostacoli di fatto all'esercizio del diritto stesso. Nel caso specifico, pur essendo prevista una procedura relativamente semplice e veloce per prendere decisioni relative a un aborto terapeutico, su indicazione di un medico, non erano previste soluzioni pratiche per i casi di disaccordo fra medici, come quelli che avevano sostanzialmente impedito alla sig.ra Tysic di interrompere la gravidanza. La Corte, come anticipato, esclude esplicitamente l'esistenza di un diritto convenzionale all'IVG, ma – a fronte delle incertezze e contraddizioni prodotte dalla legislazione polacca (che possono ingenerare nelle donne un grave stato di angoscia) – ricorda che «the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective»²⁹.

Sul punto dell'effettività dei diritti è interessante volgere uno sguardo alle osservazioni inviate da parte del Centro per i diritti riproduttivi e dalla Federazione per le donne e la pianificazione familiare al Comitato dei Ministri nel corso delle procedure per la verifica dell'esecuzione delle sentenze di condanna contro la Polonia³⁰. In aperto contrasto con le risposte fornite dal governo polacco, le associazioni hanno segnalato una situazione caratterizzata i) dall'aumento del numero di medici riluttanti ad autorizzare o fornire un aborto legale, anche ove la situazione delle richiedenti rientri nei casi previsti dalla legge; ii) dal massivo ricorso alla obiezione di coscienza da parte dei medici che comprometterebbe l'accesso delle donne alla procedura; iii) dalla diminuzione delle cliniche e delle strutture disponibili a praticare interventi di IVG; iv) dalla difficoltà di reperire informazioni essenziali su come e dove accedere all'aborto legale v) dal permanere di gravi sanzioni per i medici che autorizzano e praticano interventi incompatibili con la legge e dall'assenza di sanzioni per il rifiuto di procedere a un aborto legale. La seconda considerazione che si può trarre da una lettura trasversale dei tre casi che hanno coinvolto la Polonia riguarda la dottrina del *consensus* fra gli Stati membri e la conseguente ampiezza del margine di apprezzamento da riconoscere in capo agli stessi. Da un lato, la Corte EDU ha ribadito che, nonostante l'esigenza di dare al testo della Convenzione un'interpretazione evolutiva, il fatto che la questione dell'inizio della vita non sia ancora stata risolta all'interno della maggior parte delle parti contraenti e che non esista un consenso europeo circa la definizione scientifica e giuridica dell'inizio della

²⁷ *Tysic c. Polonia* (ric. n. 5410/03), 20 marzo 2007; *R R c. Polonia* (ric. n. 27617/04), 26 maggio 2011; *P e S c. Polonia* (ric. n. 57375/08), 30 ottobre 2012.

²⁸ *Tysic c. Polonia*, cit., par. 110.

²⁹ *Ivi*, par. 113.

³⁰ Il report relativo allo stato di attuazione delle decisioni, del 17 agosto 2022, DH-DD(2022)902 è consultabile al link: <https://hudoc.exec.coe.int/ENG#%7B%22EXECIdentifier%22:%7B%22004-20592%22%7D%7D>.

vita impongono che su questi profili – e di conseguenza sulla individuazione delle circostanze nelle quali sarà consentito procedere a IVG – si mantenga un ampio margine di apprezzamento nazionale. D’altro canto, però, la Corte evidenzia come esista un *consensus* «amongst a *substantial majority* of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion and that most Contracting Parties have in their legislation resolved the conflicting rights of the foetus and the mother in favour of greater access to abortion» (corsivo aggiunto)³¹.

In quella giurisprudenza, comunque, né l’uno né l’altro argomento ha necessitato di ulteriore elaborazione da parte della Corte che, come si è detto, ha potuto limitarsi ad affermare che la decisione di consentire l’IVG in certe condizioni impone che il sistema sia conseguentemente «shaped in a coherent manner»³². Al contrario proprio questi aspetti rappresentano una delle chiavi di lettura dei molti ricorsi presentati davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo in opposizione alla decisione del Tribunale costituzionale del 2020. Questi, infatti, chiedono all’organo della Convenzione di affrontare la più delicata questione delle condizioni che legittimano l’accesso all’IVG (e in particolare dell’esclusione della motivazione legata alle malformazioni del feto), di muoversi su un piano sostanziale e di declinare i propri ragionamenti in tema di *consensus* e margine di apprezzamento nell’ottica dell’eventuale esistenza di un *minimum standard* di tutela.

A integrazione delle indicazioni generali che si sono raccolte, per provare a riflettere su quali potranno essere gli atteggiamenti della Corte rispetto a queste nuove esigenze di tutela, legate a carenze sostanziali e non solo procedurali del sistema, è necessario prendere brevemente in considerazione l’unico caso nel quale la Corte si è espressa circa la compatibilità con la convenzione della proibizione di IVG sulla base di anomalie gravi del feto.

Si sottolinea probabilmente l’ovvio evidenziando come interventi limitativi che escludono questa condizione per poter interrompere la gravidanza producano conseguenze di significativa portata. Da un lato, infatti, stante la natura intrinsecamente relazionale delle posizioni in gioco, pare molto difficile poter scindere quella del feto da quella della madre, con la conseguenza che limitare la possibilità di interrompere la gravidanza per ragioni legate alla malformazione del feto corrisponde a una limitazione della possibilità di intervenire con IVG a tutela della salute (anche) psicologica della madre. È significativo, a tal proposito, il fatto che, nel corso dei dialoghi intercorsi con il Comitato di Ministri del Consiglio d’Europa nell’ambito delle procedura di verifica dell’implementazione della decisione del caso *Tysiāc*, il governo polacco abbia fatto riferimento a un comunicato del 7 novembre 2021, pubblicato sul sito web del Ministero della Salute, che chiarirebbe che il rischio per la salute della donna costituisce un motivo sufficiente per abortire legalmente, ricordando che i medici in queste situazioni non devono avere paura di prendere decisioni ovvie basate sulla loro esperienza e conoscenza³³. In secondo luogo, poi, va tenuto a mente il dato, già evidenziato, relativo alla assoluta prevalenza (se non quasi totalità) di IVG connesse a tale motivazione, che evidenzia come l’intervento apparentemente parziale corrisponda in realtà a un quasi azzeramento della possibilità di far valere un dato interesse, al quale gli Stati europei sembrano, come si è detto, aver riconosciuto crescente rilevanza.

³¹ P. e S. c. *Polonia*, cit., par. 97, riprendendo peraltro la precedente sentenza A.B.C. c. Irlanda.

³² P. e S. c. *Polonia*, cit., par. 99.

³³ Si v. il citato report relativo all’attuazione delle sentenze della Corte EDU: DH-DD(2022)902 (cfr. *supra*).

A tali questioni di sostanza si è rivolta la Corte EDU con la decisione adottata nel caso *A.B.C. v. Ireland*³⁴. In questo caso, applicando i suoi tradizionali processi argomentativi, la Corte ha anzitutto ribadito che «legislation regulating the interruption of pregnancy touches upon the sphere of the private life of women» (par. 213) e che «not every regulation of the termination of pregnancy constitutes an interference with the right to respect for the private life of the mother» (par. 216). In seguito, al fine di verificare se esista una giustificazione alla base dell'interferenza con il diritto alla vita privata, la Corte ha bilanciato tale diritto con «other competing rights and freedoms invoked including those of the unborn child» (nei quali non si è fatto tuttavia rientrare il diritto alla vita, per le ragioni sopra indicate, legate all'assenza di un *consensus* fra gli Stati; par. 213). Lo scopo legittimo della limitazione legislativamente prevista è stato individuato in quello della «protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn is an aspect» (par. 222). Quindi non una tutela diretta del diritto alla vita del concepito, ma una tutela mediata di tale diritto, inteso come componente cruciale della morale pubblica, che all'epoca trovava espressa protezione nel testo della Convenzione. Il richiamo qui è al precedente *Open door v., Ireland*, nel quale la Corte aveva riscontrato come in Irlanda il riconoscimento del diritto alla vita del nascituro fosse basato su profondi valori morali relativi alla vita, una posizione testimoniata dall'esito del referendum costituzionale del 1983³⁵, che – secondo la Corte – non si sarebbe mai significativamente modificata (par. 226).

In secondo luogo, un altro elemento chiave della decisione è il meccanismo del margine di apprezzamento. La Corte ne fonda l'ampiezza tramite un richiamo alla natura delle scelte in tema di IVG che si legano a «sensitive moral or ethical issues» (par. 232). Un margine ampio, ma non illimitato, che non esclude il sindacato della Corte e che, anzi, impone la considerazione di due fattori. Il primo è quello dell'importanza del diritto o della libertà coinvolti («Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake»), con la conseguenza che, nel valutare l'ampiezza del margine all'interno del quale lo stato può compiere le proprie scelte, è necessario prendere in considerazione la gravità o l'intensità del pericolo al quale è esposta la vita privata della donna. Il secondo elemento che condiziona l'ampiezza del margine di apprezzamento è quello, già richiamato, dell'esistenza di un *consensus* fra gli Stati parte della Convenzione. Nell'anno di *A.B.C.*, il 2010, l'analisi comparata riportata nella sentenza evidenziava come, seppure a determinate condizioni, 30 dei 47 stati membri consentissero l'IVG «su richiesta», 40 per ragioni legate alla salute e 35 per ragioni di benessere. Solo 3 paesi proibivano in assoluto le pratiche abortive, mentre alcuni stati erano recentemente intervenuti per ampliare l'accesso ai servizi abortivi (Monaco, Montenegro, Portogallo e Spagna; par. 112). Già all'epoca, dunque, si poteva riscontrare un consenso fra una «substantial majority» degli Stati membri e una tendenza verso l'ampliamento dell'accesso alle pratiche di IVG. Questa circostanza, tuttavia e

³⁴ Per alcuni approfondimenti dottrinali si v. L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2011, 445-454; S. MCGUINNESS, *A, B, and C to D (for delegation!)*, in *Medical Law Review*, 19, 2011, 476-491; E. WICKS, *A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 11, 3, 2011, 556-566.

³⁵ L'ovvio riferimento è al referendum con il quale, nel 1983, è stato approvato l'*Eighth Amendment of the Constitution Act*, che ha introdotto in Costituzione l'art. 40.3.3°, secondo il quale «[t]he State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right».

piuttosto sorprendentemente³⁶, non era stata considerata sufficiente dalla Corte a imporsi sulla «acute sensitivity of the moral and ethical issues raised by the question of abortion» (233) e sulle «profound moral views» (241) del popolo irlandese. Il margine di apprezzamento, quindi, restava ampio, seppure non assoluto. La Corte ha concluso che la scelta attuata dall'ordinamento irlandese fosse da considerarsi proporzionata perché i) rifletteva un «lengthy, complex, and sensitive debate» e ii) consentiva, comunque, di recarsi all'estero per interrompere la gravidanza (par. 239)³⁷.

4. Le possibili linee di uno sviluppo giurisprudenziale ispirato alla permeabilità fra livelli di tutela

Tornando, per concludere, ai possibili sviluppi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, nei ricorsi presentati contro la Polonia, si possono formulare alcune osservazioni, nell'ottica della "permeabilità" fra livelli di tutela e degli argomenti di "chiusura" che la Corte EDU aveva. Come detto, in A.B.C., la Corte di Strasburgo ha fatto leva sulle «profound moral views» del popolo irlandese e sul «lengthy, complex, and sensitive debate» che aveva condotto all'approvazione della legge per affermare l'ampiezza del margine di apprezzamento in capo allo Stato e dichiarare proporzionata la scelta effettuata dal legislatore nazionale. Calate nell'ordinamento polacco, però, queste ragioni sembrano perdere forza e consistenza. Infatti, il Family Planning Act del 1993, che – come detto – rappresentava un compromesso fra i due poli opposti, pro-life e pro-choice, è rimasto in vigore per 27 anni. Tale considerazione rende difficile leggere la dichiarazione di incostituzionalità, intervenuta *ex abrupto* nel 2020, (e le proteste che essa ha scatenato) come riflesso di visioni morali che permeano profondamente la società polacca³⁸. È anche interessante ricordare come la Corte EDU, nel definire la

³⁶ A tal riguardo i giudici dissenzienti ricordano che «According to the Convention case-law, in situations where the Court finds that a consensus exists among European States on a matter touching upon a human right, it usually concludes that that consensus decisively narrows the margin of appreciation which might otherwise exist if no such consensus were demonstrated» ed evidenziano che «this will be one of the rare times in the Court's case-law that Strasbourg considers that such consensus does not narrow the broad margin of appreciation of the State concerned». La Corte verrebbe così meno al ruolo "harmonising" della giurisprudenza convenzionale (Opinione congiunta e parzialmente dissenziente dei giudici Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni e Poalelungi, par. 5 e 6).

³⁷ Queste argomentazioni, come noto, riguardano le pretese delle prime due ricorrenti (A e B) che invocavano una violazione degli articoli 3, 8, 13 e 14 della Convenzione, con riferimento alle restrizioni all'aborto nei casi di pregiudizio per la salute e il benessere della donna. Diverso invece l'esito in riferimento alla posizione di C, quale fondava le proprie pretese non solo sulla violazione degli articoli richiamati dalle altre ricorrenti, ma anche sulla violazione dell'art. 2, poiché la mancata attuazione in sede legislativa del citato art. 40.3.3° della Costituzione irlandese non le aveva permesso di abortire legalmente nel Paese, nonostante nel suo caso la gravidanza costituisse un rischio per la sua stessa vita. La Corte qui allinea il ragionamento a quello svolto nelle decisioni contro la Polonia, affermando che «[w]hile a broad margin of appreciation is accorded to the State as to the decision about the circumstances in which an abortion will be permitted in a State, once that decision is taken the legal framework devised for this purpose should be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention». Una sintesi del caso è reperibile in www.biodiritto.org.

³⁸ Da una serie di sondaggi effettuata fra il 1992 e il 2016 è emerso che il *favor* per l'aborto è crollato negli anni, passando dal 27 al 14% nel caso di IVG volontaria su richiesta, ed è sceso, dal 71% al 53%, in riferimento all'IVG volontaria, determinata da forme di disabilità mentale del feto. Diversamente, le opinioni a favore dell'IVG per

morale pubblica, sia spesso incline a richiamare il ruolo delle autorità statali che sarebbero «in principio» in una posizione migliore rispetto a quella ricoperta dal giudice internazionale, per dare una valutazione la situazione nazionale. Resta da chiedersi se questo ruolo possa essere correttamente interpretato da un organo – il Tribunale costituzionale – la cui legittimazione è stata fortemente messa in discussione a livello internazionale³⁹.

Forse, poi, più in generale, all'interno delle società contemporanee complesse, che la Corte stessa incoraggia a valorizzare il pluralismo⁴⁰, quello del pubblico interesse alla protezione di una morale rischia di trasformarsi in un appiglio scivoloso, che non rappresenta oggi il migliore degli strumenti argomentativi⁴¹.

Alla luce di queste considerazioni sarà poi interessante verificare quale uso la Corte deciderà di fare della dottrina del *consensus*, considerato che esso, rispetto al 2010, sembra essere andato rafforzandosi in maniera significativa (compresa la Repubblica d'Irlanda).

Infine, la Corte EDU potrà decidere quale uso fare delle recenti evoluzioni negli standard del diritto internazionale, con i quali la realtà normativa e fattuale polacca pare entrare in tensione. La tendenza – che evidentemente non ha mai fatto presa a livello globale – è tracciata dal Commento generale n. 36 del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite sul diritto alla vita, il quale impone alle parti contraenti del Patto internazionale sui diritti civili e politici l'obbligo di «provide safe, legal and effective access to abortion where the life and health of the pregnant woman or girl is at risk, or where carrying a pregnancy to term would cause the pregnant woman or girl substantial pain or suffering, most notably where the pregnancy is the result of rape or incest or where the pregnancy is not viable» e vieta alle stesse di regolare la gravidanza e l'IVG «in a manner that runs contrary to their duty to ensure that women and girls do not have to resort to unsafe abortions» (Sec. 8)⁴². Forse più pregnanti sono le decisioni dello UN Human Rights Committee nei casi *Amanda Jane Mellet v. Ireland*⁴³ e *Siobhán*

far fronte a un rischio per la vita della madre non sono mai scese sotto il 77%. Va inoltre tenuto in considerazione il più recente impatto della Black protest che sembra aver rafforzato notevolmente il supporto per una liberalizzazione della pratica e determinato una netta polarizzazione delle posizioni. Secondo un sondaggio svolto a dicembre del 2020 il 63% dei polacchi dichiarava il proprio supporto verso la protesta scaturita dalla decisione del Tribunale costituzionale, anche se solo l'8% aveva attivamente partecipato. I dati sono riportati in M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland*, cit., 84.

³⁹ Fra le molte critiche sollevate, sia qui sufficiente richiamare la Risoluzione del Parlamento europeo, del 21 ottobre 2021, secondo il quale «the illegitimate “Constitutional Tribunal” not only lacks legal validity and independence (21), but is also unqualified to interpret the Constitution in Poland» (Resolution The Rule of law crisis in Poland and the primacy of EU law, reperibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0439&from=EN>).

⁴⁰ In più occasioni la Corte EDU ha richiamato i valori di «pluralism, tolerance and broadmindedness», senza i quali «there is no “democratic society”» (fra le molte, *Handyside c. UK*, ric. 5493/72 del 7 dicembre 1976, par. 49).

⁴¹ Sviluppa questo ragionamento J. KAPELAŃSKA-PRĘGOWSKA, *The Scales of the European Court of Human Rights: Abortion Restriction in Poland, the European Consensus, and the State's Margin of Appreciation*, in *Health and Human Rights Journal*, 23, 2, 2021, in particolare 217.

⁴² United Nations Human Rights Committee, *General comment no. 36, Article 6 (Right to Life)*, CCPR/C/GC/35, 2019.

⁴³ *Mellet v. Ireland*, Human Rights Committee, Communication No. 2324/2013, U.N. Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016).

*Whelan v. Ireland*⁴⁴. Entrambi i casi riguardavano anomalie estremamente gravi del feto, che ne avrebbero determinato la morte in utero o immediatamente dopo la nascita. Secondo il Comitato, la normativa irlandese che prevedeva all'epoca un divieto assoluto di IVG, con la sola eccezione dei casi nei quali fosse a rischio la vita della gestante, essendo particolarmente intrusiva e producendo nella donna uno stato di angoscia mentale, comportava una interferenza con il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti.

Sarà possibile per la Corte EDU – come ha fatto sino ad ora – prescindere dall'analisi di questi materiali senza che si producano strappi significativi all'interno del tessuto che dovrebbe costituire la base dello spazio costituzionale europeo (e globale)? Considerato il processo evolutivo lento, ma incrementale, del quale si è parlato, il rischio sotteso a una risposta positiva a questa domanda è quello di una stagnazione e di un uso distorto del margine di apprezzamento, che non dovrebbe rappresentare uno strumento di isolazionismo, ma un meccanismo funzionale a proteggere il cuore pluralistico degli ordinamenti democratici⁴⁵.

5. Un'occasione per attivare o disinnescare i meccanismi di tutela multilivello dei diritti

Seppur all'interno di un quadro connotato da un certo grado di deferenza rispetto agli argomenti della morale e delle tradizioni etiche dei singoli Stati membri, è innegabile che negli ultimi decenni la Corte europea dei diritti dell'uomo – e la Corte di giustizia dell'Unione europea – abbiano, con una certa frequenza, sottoposto le leggi statali sull'aborto a un esame di compatibilità con standard di protezione dei diritti fondamentali inter- e sovranazionali, generando tensioni nei sistemi giuridici nazionali caratterizzati da normative particolarmente restrittive⁴⁶.

Si è trattato di un processo cauto, seppure progressivo, i cui limiti sono tuttavia bene rappresentati dall'esperienza dell'ordinamento polacco (che ha messo in luce, in particolare, quelli di una tutela inevitabilmente concentrata sull'effettività – più che sul riconoscimento – di determinati diritti insieme a quelli della insoddisfacente implementazione delle decisioni assunte⁴⁷).

La stagione attuale potrebbe rappresentare un'occasione per verificare quale sia la capacità di forze di trazione operanti all'interno dello "spazio costituzionale europeo".

In questo senso, sono significative le ferme e ripetute prese di posizione del Parlamento europeo che, dopo il decesso di una giovane donna polacca, determinato da uno shock settico verificatosi a causa del rifiuto dei medici di eseguire un'IVG, ha adottato una risoluzione *ad hoc* nel novembre 2021⁴⁸. Dal testo emergono due aspetti importanti. Il primo è che la disciplina dei diritti riproduttivi rappresenta

⁴⁴ *Whelan v. Ireland*, Human Rights Committee, Communication No. 2425/2014, U.N. Doc. CCPR/C/119/D/2425/2014 (2017).

⁴⁵ M. VARJU, *European human rights law as a multi-layered human rights regime. Preserving diversity and promoting human rights*, in J.E. WETZEL (ed.), *The EU as a "Global Player" in Human Rights*, London/New York, 2011, 55.

⁴⁶ F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe*, cit.

⁴⁷ In generale, sui problemi dell'implementazione si v. R. GROTE, M. MORALES ANTONIAZZI, D. PARIS (eds.), *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Cheltenham-Nothampton, 2021.

⁴⁸ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2021 nel primo anniversario del divieto di aborto de facto in Polonia, (2021/2925(RSP)).

un'importante cartina di tornasole, che consente di verificare la qualità democratica di un ordinamento e il suo grado di rispetto della *rule of law*⁴⁹. Il secondo riguarda invece la constatazione dell'insufficienza della prospettiva nazionale e della chiara esigenza di collocare i diritti riproduttivi all'interno di uno schema di tutela articolato e multilivello⁵⁰.

Ancora più recentemente, seppure in altri documenti privi di vincolatività, il Parlamento ha esplicitamente affermato che «i diritti riproduttivi, compreso l'aborto sicuro e legale, costituiscono un diritto fondamentale»⁵¹ e ha proposto di introdurre una previsione dedicata al diritto all'IVG nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁵².

Pur trattandosi di posizioni istituzionali isolate, espresse in documenti privi di vincolatività giuridica, queste rappresentano comunque un segnale interessante, da leggere congiuntamente ai tentativi europei di tutela del *rule of law* e degli «European fundamentals» attraverso i meccanismi della condizionalità finanziaria⁵³.

Il terreno di gioco è oggi attraversato da tutte le forze di trazione, le spinte e i movimenti a livello sovrano e internazionale che si sono descritti e che impediscono di relegare la questione della tutela dei diritti riproduttivi nella sfera interna di un dato ordinamento.

In tema di interruzione volontaria di gravidanza, in conclusione, pur nel permanere di una chiara difficoltà di riconoscere l'esistenza di un diritto fondamentale, è necessario continuare a interrogarsi circa l'esistenza di uno standard europeo di tutela. Questo, se non impone un contenuto definito, pare non poter rinunciare quantomeno a uno standard minimo di attenzione, fatto del rispetto di determinate procedure deliberative, che comprendono un grado di condivisione ampia delle scelte effettuate, della garanzia di effettività delle posizioni riconosciute come rilevanti e della necessaria, imprescindibile considerazione della dimensione del bilanciamento, che rifugge semplificazioni e radicalismi e che pare invece non trovare più patria nell'ordinamento polacco.

⁴⁹ Si legge fra i considerando: «whereas the erosion of the rule of law in Poland has led to violations of human rights, including SRHR; whereas the de facto abortion ban in Poland is a clear attack on the rule of law and fundamental rights, and restricts the realisation of SRHR in Poland, following the many attacks against the rule of law in recent years». Propone una analisi della disciplina dei diritti riproduttivi come strumento utile a valutare il grado di democraticità delle società di transizione A. KRAJEWSKA, *Connecting Reproductive Rights, Democracy, and the Rule of Law: Lessons from Poland in Times of COVID-19*, in *German Law Journal*, 22, 2021, 1072-1109.

⁵⁰ Sempre fra i considerando: «whereas according to the Charter, the ECHR and the case law of the ECtHR, and the jurisprudence of the UN treaty bodies, sexual and reproductive health and rights (SRHR) are related to multiple human rights, such as the right to life, the right to access healthcare, freedom from inhuman or degrading treatment, and respect for bodily integrity, privacy and personal autonomy; whereas these human rights are also enshrined in the Polish Constitution; whereas the Member States are legally obliged to uphold and protect human rights in accordance with their constitutions, the EU Treaties and the Charter, as well as international law».

⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022, cit.

⁵² *Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne nell'UE*, con la quale si propone di aggiungere un articolo 7 bis, rubricato "Diritto all'aborto", che reciterebbe: «Ogni persona ha diritto all'aborto sicuro e legale».

⁵³ A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 23, 2, 2023.

L'interruzione volontaria di gravidanza in Francia. Verso la definitiva costituzionalizzazione del diritto all'aborto?

Marta Fasan*

ABORTION RIGHTS IN FRANCE. TOWARDS A FINAL CONSTITUTIONALISATION OF THE RIGHT TO ABORTION?

ABSTRACT: In the last years, abortion has been one of the most discussed topics within the political, social and constitutional debate. The recent legal actions realized in this field, most notably the *Dobbs v. Jackson* judgment, show how women's right to self-determine on their reproductive choices is still vulnerable and needs to be properly protected. The present paper aims at analyzing the French regulatory model on abortion rights and examining how the last legislative acts in this field are strengthening the right to abortion and its protection from a constitutional perspective.

KEYWORDS: Abortion rights; constitutionalism; self-determination; France; *Dobbs v. Jackson*

ABSTRACT: Il tema dell'aborto si è trovato al centro del dibattito politico, sociale e costituzionalistico negli ultimi anni. Le novità normative introdotte in questa materia, tra cui spicca quanto accaduto con la sentenza *Dobbs v. Jackson*, dimostrano quanto il diritto della donna di autodeterminarsi liberamente nelle scelte procreative sia ancora fragile e necessiti di essere tutelato in modo più efficace. Il presente contributo si propone di analizzare il modello di disciplina francese in tema di IVG e di esaminare come le recenti modifiche normative vadano nella direzione di rafforzare il diritto all'aborto e la sua tutela dal punto di vista costituzionale.

PAROLE CHIAVE: Interruzione volontaria di gravidanza; costituzionalismo; autodeterminazione; Francia; *Dobbs v. Jackson*

SOMMARIO: 1. La disciplina del diritto all'aborto alla luce delle tendenze normative contemporanee – 2. La disciplina dell'aborto in Francia. La *loi Veil* e la depenalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza – 3. La disciplina dell'aborto in Francia. L'evoluzione della *loi Veil* e la garanzia di un più ampio accesso all'interruzione volontaria di gravidanza – 4. La disciplina dell'aborto in Francia. La *loi n° 2022-295* per una maggiore effettività del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza – 5. Il ruolo del costituzionalismo contemporaneo nella tutela del diritto all'aborto. Spunti di riflessione alla luce della *proposition de loi constitutionnelle n° 293* e della sentenza *Dobbs v. Jackson*.

* *Assegnista di ricerca, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: marta.fasan@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

1. La disciplina del diritto all'aborto alla luce delle tendenze normative contemporanee

Negli ultimi anni la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza (d'ora in poi anche IVG) è stata più che mai al centro del dibattito costituzionalistico di numerosi ordinamenti giuridici. Gli interventi normativi realizzati nel periodo più recente hanno evidenziato come in diversi Stati si stiano verificando cambiamenti rivoluzionari nel contesto dell'IVG, rimarcando come il diritto della donna di autodeterminarsi nelle scelte di natura riproduttiva, seppur sempre in una dinamica di bilanciamento tra gli interessi in gioco¹, rappresenti ancora oggi terreno fertile per battaglie ideologiche mai completamente sopite². In particolare, secondo una lettura in chiave comparata, se da un lato si sta assistendo alla legalizzazione dell'aborto in ordinamenti che da sempre avevano scelto di privilegiare un approccio restrittivo nel riconoscere il diritto della donna ad inter-

¹ Nel contesto della *Western Legal Tradition* la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza rappresenta l'espressione dell'applicazione delle tecniche di bilanciamento dei diritti, sia da parte del potere legislativo che da parte della giustizia costituzionale, dei soggetti coinvolti. Così, ad esempio, in Italia, con la sentenza 27/1975 prima e con la legge 194/1978 poi, si garantisce non solo la tutela del diritto alla salute, fisica e psichica, della donna in riferimento al proseguimento della gravidanza, ma anche la protezione della vita prenatale, prevedendo limiti più stringenti alla possibilità di abortire con l'avanzare della gravidanza. Allo stesso modo negli Stati Uniti, nel quadro giuridico delineato dalle sentenze *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*, il diritto della donna ad autodeterminarsi dal punto di vista riproduttivo può essere limitato dal potere statale nell'interesse a tutelare la vita prenatale, soprattutto con l'avvicinarsi della condizione di *viability* del feto. Quelli descritti non sono, però, gli unici interessi meritevoli di bilanciamento all'interno della disciplina dell'IVG. Gli ordinamenti menzionati a titolo paradigmatico, e così anche molti altri all'interno della *Western Legal Tradition*, prevedono per i professionisti sanitari la possibilità di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza qualora la realizzazione dell'IVG vada contro i loro convincimenti personali e morali. In questo modo, nel meccanismo di bilanciamento dei diritti entra in gioco la necessità di tutelare adeguatamente il diritto dei professionisti sanitari ad esercitare la propria libertà di astenersi dalla realizzazione di azioni contrarie al proprio credo religioso o ai propri principi di coscienza, tutelando la libertà di manifestazione del pensiero e di religione di queste persone. In generale su questi aspetti cfr. M. D'AMICO, *Una parità disambigua*, Milano, 2020, 149 ss. Come si avrà modo di osservare e approfondire nei prossimi paragrafi, anche l'ordinamento francese nel disciplinare l'interruzione volontaria di gravidanza ha realizzato un bilanciamento tra questi tre interessi in gioco, seppure con le ultime riforme realizzate in materia si sia cercato di dare nuovo equilibrio al rapporto tra gli stessi.

² Questo tema è trattato, *ex multis*, in M. D'AMICO, *op. cit.*, 149 ss.; L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, 151 ss.; M. ZIEGLER, *After Roe. The Lost History of the Abortion Debate*, Cambridge (MA) – Londra, 2015, xiii ss.; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 1 ss. In questo contributo l'autrice evidenzia come dagli anni '70 il tema dell'aborto e del riconoscimento di un relativo diritto individuale abbia rappresentato, negli Stati Uniti e in Europa, uno dei temi cardine del femminismo di seconda ondata, in quanto espressione della nota locuzione "il personale è politico" e dimostrazione dell'esistenza di un imprescindibile nesso tra autodeterminazione individuale e azione e partecipazione politica delle donne. Anche in L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE online*, 3, 2020, 4453 ss., l'autrice ribadisce come, soprattutto in riferimento alla realtà statunitense, il tema dell'interruzione volontaria di gravidanza rappresenti uno dei paradigmi dei conflitti di opinioni e di valori che caratterizzano la società statunitense. Il ruolo polarizzante dell'aborto all'interno della società e, soprattutto, della politica statunitense è sottolineato anche in S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 259 ss.

rompere la gravidanza³, dall'altro lato si osservano tendenze del tutto opposte in realtà giuridiche in cui la libertà di abortire legittimamente e in modo sicuro poteva considerarsi pienamente tutelata nella dimensione costituzionale. Questo è quanto accaduto negli Stati Uniti con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, con cui la Corte Suprema, nel realizzare l'*overruling* delle precedenti decisioni *Roe* e *Casey*, ha negato il fondamento costituzionale del diritto all'aborto, lasciando le donne statunitensi prive della tutela precedentemente riconosciuta a livello federale e rimettendo la disciplina in materia di interruzione volontaria di gravidanza alla discrezionalità dei singoli Stati federati⁴. L'intervento normativo statunitense, che senza dubbio risulta essere il più significativo degli ultimi anni in materia di aborto per la portata dell'inversione di tendenza realizzata, non costituisce però un esempio isolato. Sempre all'interno di un approccio giuridico volto a limitare l'accesso e la

³ All'interno di questa dimensione, in cui viene adottata una nuova tendenza normativa più permissiva in materia di aborto, si collocano, a titolo esemplificativo, i casi dell'Irlanda, San Marino, Messico, Colombia e Argentina. In Irlanda, con il referendum costituzionale del 25 maggio 2018 è stato abrogato l'VIII emendamento della Costituzione irlandese che tutelava il diritto alla vita del feto e che per molti anni aveva reso l'Irlanda uno degli ordinamenti giuridici europei più restrittivi nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza. In seguito a ciò, il Parlamento irlandese ha adottato l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Bill 2018*, modificando la previgente disciplina dell'aborto e fissando le condizioni per l'accesso a tale pratica. Similmente al caso irlandese, anche nello Stato di San Marino la scelta di legalizzare l'interruzione volontaria di gravidanza è arrivata a seguito della consultazione referendaria del 26 settembre 2021, in cui la depenalizzazione dell'aborto è stata approvata con il 77% dei voti favorevoli e che, un anno più tardi, ha portato all'adozione della prima legge in materia di IVG. Diversamente da questi primi due esempi, in Messico la legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza è avvenuta grazie all'intervento della Corte costituzionale che, nel settembre 2021, ha dichiarato l'incostituzionalità di tutte le norme che, sia a livello federale che statale, criminalizzano l'aborto. Anche in Colombia, nel febbraio 2022, la Corte costituzionale ha riqualificato il reato di aborto volontario, stabilendo che l'interruzione volontaria di gravidanza non costituisce un reato quando viene realizzata entro la ventiquattresima settimana, o senza limiti di tempo nei casi che erano già previsti dalla legge. In Argentina, invece, la depenalizzazione dell'aborto si è realizzata ad opera del Legislatore, che con la legge n. 2610 del 2020 ha reso legittimo l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza fino alla quattordicesima settimana e anche al di fuori dei casi di pericolo per la vita della donna e di violenza sessuale. Per un commento agli interventi normativi qui descritti cfr. L. BUSATTA, C.M. REALE, *The Celtic Tiger al referendum: l'Irlanda verso una nuova stagione di tutela costituzionale dei diritti?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2018, 1223-1242; A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-17; L. POLI, *Il diritto internazionale come "motore" del biodiritto e l'emersione di un "biodiritto internazionale"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, 291 ss.; M. BARLETTA, *La scelta della Corte costituzionale colombiana di depenalizzare l'aborto entro la ventiquattresima settimana e la sua rilevanza rispetto ai diritti sessuali e riproduttivi delle donne*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 437-448; A. BRIGO, M. SOUZA, *Legalizzazione e depenalizzazione sociale dell'aborto in America Latina: un'analisi comparata tra Brasile e Argentina*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-21.

⁴ Per un commento al contenuto e alle conseguenze di questa sentenza, oltre alla lettura dei contributi ad essa dedicati all'interno di questa Special Issue, si rimanda, *ex multis*, a S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, 1609-1617; E. GRANDE, *Dobbs e le allarmanti preoccupazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15, 2022, 73-87; A. DI MARTINO, *op. cit.*, 17 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2022, 5-66; G. SORRENTI, *Corte Suprema, Dobbs v. Jackson: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 610-614; J.L. GROSSMAN, *The End of Roe v. Wade*, in *VERDICT*, 29 giugno 2022, in <https://verdict.justia.com/2022/06/29/the-end-of-roe-v-wade> (ultima consultazione 09/01/2023).

realizzazione delle pratiche abortive si inseriscono, infatti, anche la Polonia e l'Ungheria. Nel primo caso, la sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 4a (1)(2) della legge 7 gennaio del 1993 sulla pianificazione familiare, sulla tutela del feto umano e sulle condizioni di ammissibilità dell'interruzione volontaria di gravidanza⁵, ha reso legittimo l'aborto solo nei casi in cui la gravidanza comporti un pericolo per la vita o per la salute della donna o qualora ci sia il sospetto che la gravidanza sia il risultato di un atto criminoso, rendendo così ancora più restrittiva una legge che già limitava fortemente la possibilità di accedere all'IVG⁶. Nel secondo caso, invece, la realizzazione dell'aborto, già messo fortemente in discussione dalla modifica della Legge fondamentale ungherese del 2011, è stata resa più complessa dall'adozione del decreto ministeriale del 12 settembre 2022, il quale stabilisce per la donna l'obbligo di ascoltare il battito fetale prima di poter procedere all'interruzione della gravidanza, con l'obiettivo di dissuadere le donne dalla scelta di abortire⁷.

In questo contesto giuridico, in cui la garanzia di un effettivo esercizio del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza appare più che mai fragile e mutevole di fronte alle istanze promosse da alcune espressioni del potere politico, la posizione assunta dall'ordinamento francese in tema di aborto risulta di particolare interesse. Nell'ultimo anno la Francia ha adottato e promosso due interventi normativi volti a rafforzare l'effettività e la tutela del diritto delle donne all'interruzione volontaria di gravidanza, ampliando la portata garantista di una disciplina che già assicurava un adeguato livello di protezione, anche al fine di scongiurare quanto accaduto soprattutto negli Stati Uniti.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare i recenti interventi normativi realizzati in Francia in tema di aborto, andando ad analizzare il loro ruolo nella definizione e nell'evoluzione del mo-

⁵ Nello specifico, la disposizione dichiarata incostituzionale consentiva alle donne polacche di accedere all'IVG anche nel caso in cui gli esami prenatali o altre condizioni di natura medica indicassero l'alta probabilità della presenza di una grave e irreversibile malformazione fetale o di una malattia incurabile tali da minacciare la vita stessa del feto. Secondo il Tribunale costituzionale, una decisione in tal senso risulta giustificata dalla necessità di garantire un'adeguata tutela alla dignità umana e alla vita del feto rispetto a considerazioni e a decisioni di natura eugenetica. Il testo in inglese della massima della sentenza è disponibile al sito <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11300-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy> (ultima consultazione 09/01/2023).

⁶ Per un commento alla disciplina dell'aborto in Polonia cfr. J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-16; M. KLOPOCKA-JASINSKA, *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 199-202; L. LEO, *Fuori dallo scacchiere europeo: l'adesione polacca al modello statunitense in materia di aborto*, in *Ambientediritto.it*, 3, 2022, 252-272; P. DE PASQUALE, *Il diritto di aborto... o l'aborto di un diritto?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, VII ss.; M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 1, 2022, 73-99.

⁷ In riferimento alla riforma ungherese in materia di IVG si veda P. DE PASQUALE, *op. cit.*, VII ss.; O. DYER, *Hungary requires doctors to present women with fetal vital signs before abortion*, in *BMJ*, 20 settembre 2022. L'introduzione di limiti e di condizionamenti nell'accesso all'aborto legati alla presenza del battito fetale ha rappresentato un elemento caratteristico dei più recenti interventi legislativi realizzati a livello statale all'interno degli Stati Uniti. Su questo aspetto, e in particolare sul *Texas Heartbeat Act* del 2021 e sulla decisione della Corte Suprema che lo ha interessato si veda M.C. ERRIGO, *The most dangerous branch? La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act*, in *Consulta Online*, 3, 2021, 1046; L. FABIANO, *op. cit.*, 30 ss.; R. BIZZARI, *La Corte Suprema torna sul tema dell'aborto. Riflessioni a margine di Whole Woman's Health v. Jackson*, in *federalismi.it*, 12, 2022, 1-13. Sempre in riferimento a questo tema, si permetta un rinvio a 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, 4465-4478.

dello di disciplina adottato in questa materia. L'attenzione, poi, sarà posta sul ruolo del diritto costituzionale nella tutela del diritto all'aborto, elaborando alcune prime riflessioni dal confronto tra l'esperienza francese e quella statunitense alla luce della *proposition de loi constitutionnelle n° 293* e della sentenza *Dobbs v. Jackson*.

2. La disciplina dell'aborto in Francia. La *loi Veil* e la depenalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza

La legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza in Francia risale al 1975 quando, con l'adozione della *loi n° 75-17 du 17 janvier 1975* (detta anche *loi Veil*, in onore della Ministra proponente), fu per la prima volta depenalizzato il reato di aborto previsto dal *Code pénal* dell'epoca⁸. Nonostante sia ricordata per la natura fortemente istituzionale⁹, l'adozione della *loi Veil* fu senza dubbio agevolata dalle proteste e dalle istanze dei movimenti femministi che, nel rivendicare la libertà sessuale e l'autodeterminazione procreativa delle donne, misero in luce la concreta inapplicabilità del reato d'aborto¹⁰, spingendo il Governo francese ad intervenire a riguardo¹¹. Di fronte alle necessità di accogliere le istanze femministe, di assicurare l'ordine sociale e la sicurezza sanitaria e di assecondare anche le richieste dei partiti più conservativi, fu elaborata e approvata una legge di compromes-

⁸ Nello specifico, l'art. 317 del *Code pénal* prevedeva la pena della reclusione e dell'ammenda per chiunque si sottoponesse, praticasse o contribuisse alla realizzazione di un aborto, fissando la pena aggiuntiva dell'interdizione dall'esercizio della professione per i medici responsabili delle condotte indicate.

⁹ Questa visione è fortemente criticata in E. DESMOULINS, *L'anniversaire de la loi Veil, ou la commémoration d'une histoire sans lutte*, in *Nouvelles Questions Féministes*, 2, 2015, 116-118. In questo contributo, l'autrice evidenzia come nell'esaminare e nel ricordare la storia della nascita di questa legge spesso non venga fatta menzione dell'importante ruolo svolto dai movimenti sociali nel portare all'interno del dibattito pubblico i temi dell'aborto, della contraccezione e della sessualità, portando le istituzioni a riflettere sulla necessità di intervenire dal punto di vista normativo in materia di IVG.

¹⁰ Tra i numerosi fatti che segnarono la necessità a livello sociale di legalizzare e regolare l'aborto, due risultarono particolarmente significativi. Il primo fu la realizzazione del "*Manifeste des 343*" e del "*Manifeste des 331*", due petizioni in cui 343 donne e 331 medici dichiararono, rispettivamente, di aver abortito e di aver praticato interruzioni volontarie di gravidanza nel corso degli anni, rendendo così pubbliche le loro condotte ed esponendosi alle relative conseguenze penali. Il secondo fatto rilevante fu, invece, il processo di Bobigny, durante il quale fu evidente che in Francia il reato d'aborto non era più concretamente applicabile. Nello specifico, il processo vedeva imputate una ragazza di sedici anni, la madre e tre sue colleghe, la prima responsabile di aver abortito a seguito di una violenza sessuale e le altre di averla aiutata in tale azione. Nella sentenza finale, la giovane sedicenne fu assolta mentre alle altre donne coinvolte fu concessa la sospensione della pena. In riferimento a questi eventi e, in generale, sul ruolo che le istanze dei movimenti sociali ebbero nell'introduzione della *loi Veil* cfr. E. DESMOULINS, *op. cit.*, 116-118; L. MARGUET, *Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompe-l'œil?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 5, 2014, 3 ss. Ulteriori informazioni sul percorso storico, sociale e giuridico che ha portato all'adozione di questa legge si veda ASSEMBLÉE NATIONALE, *40ème anniversaire de la loi sur l'IVG*, in <http://bit.ly/3lorLxt> (ultima consultazione 10/01/2023).

¹¹ Questo aspetto è sottolineato in M. MATHIEU, *L'avortement en France: du droit formel aux limites concrètes à l'autonomie des femmes*, in *Droit et Société*, 111, 2022, 337-355. In particolare, l'autrice evidenzia come il Governo francese decise di intervenire e depenalizzare il reato di aborto alla luce della necessità di ristabilire l'ordine sociale sugli aspetti relativi all'IVG, evitare un'eccessiva radicalizzazione dei movimenti femministi e riuscire a garantire la realizzazione dell'IVG in condizioni di sicurezza per la salute delle donne.



so¹², in cui l'interruzione volontaria di gravidanza diventava legittima, inquadrandone la realizzazione all'interno dell'ambito medico¹³, a condizione che restasse un atto di natura eccezionale e non di tipo contraccettivo¹⁴. La legge, infatti, sospendeva l'applicazione delle norme penali rilevanti solo nei casi in cui l'aborto fosse stato realizzato nel rispetto di specifiche condizioni. Nello specifico, l'IVG¹⁵ doveva essere praticata obbligatoriamente da un medico, entro il termine di dieci settimane dall'inizio della gravidanza, all'interno di una struttura sanitaria convenzionata e solo nei casi in cui la donna dichiarasse uno stato di necessità per procedere in tal senso. Il medico, quindi, aveva il dovere di informare la donna di tutti i rischi connessi all'interruzione volontaria di gravidanza e di fornirle un dossier contenente tutte le informazioni rilevanti per prendere una decisione. La donna, dopo questo iniziale incontro informativo, poteva accedere all'aborto solo dopo aver prestato il proprio consenso scritto, il quale, però, poteva essere rilasciato solo dopo la realizzazione di due consulti specialistici, uno di natura medica e uno di tipo psico-sociale, e che doveva essere riconfermato dopo un periodo di riflessione pari ad una settimana¹⁶. Inoltre, la *loi Veil* attribuiva ai medici un *droit de réserve*, cioè una specifica clausola di coscienza per l'IVG in base alla quale il personale sanitario poteva legittimamente rifiutarsi di svolgere le pratiche abortive¹⁷.

¹² La natura compromissoria della *loi Veil* si sostanzia, ad esempio, nella scelta di riconoscere la necessità di tutelare l'essere umano fin dal momento dell'inizio della vita, nella decisione di medicalizzare tutte le procedure legate all'IVG, nella previsione di una specifica clausola di coscienza per l'interruzione volontaria di gravidanza e nella fissazione di specifici requisiti e procedure per consentire la realizzazione dell'aborto. Sul punto cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 337-355.

¹³ La scelta di medicalizzare le procedure di IVG fu aspramente criticata da alcuni movimenti femministi dell'epoca. Ad esempio, le appartenenti al movimento MLAC (*Mouvement pour la liberté de l'avortement et de la contraception*) continuarono la realizzazione di aborti clandestini, nonostante fosse già entrata in vigore la *loi Veil*. Tale decisione fu determinata dalla volontà di rifiutare di usufruire di un servizio interamente medicalizzato, considerato uno strumento di controllo sociale da esercitare sulle donne, e dalla necessità di sopperire alle numerose carenze ancora presenti malgrado la legalizzazione dell'IVG. Su questi aspetti si veda L. RUAULT, *La circulation transnationale du self-help féministe: acte 2 des luttes pour l'avortement libre?*, in *Critique internationale*, 1, 2016, 37-54.

¹⁴ Questo aspetto è chiaramente evidenziato nel testo stesso della *loi Veil*, laddove all'art. 1 si prevede «*La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi*». Il testo originale della *loi Veil* è disponibile al sito <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00000700230> (ultima consultazione 16/01/2023). L'eccezionalità dell'aborto e la sua estraneità alla categoria dei metodi contraccettivi era stato ribadito anche dalla stessa Simone Veil nel discorso con cui presentò la legge all'*Assemblée nationale* il 26 novembre 1974. Il testo del discorso è disponibile al sito <http://bit.ly/3lr21An> (ultima consultazione 16/01/2023). Sul punto si veda anche S. DIVAY, *L'IVG: un droit concédé encore à conquérir*, in *Travail, genre et sociétés*, 1, 2003, 197-222.

¹⁵ È opportuno sottolineare che la *loi Veil* prevede anche la possibilità che venga realizzato l'aborto terapeutico. Secondo la *Section II* della legge, l'IVG per motivi terapeutici può essere realizzata in qualsiasi momento qualora due medici attestino che il proseguimento della gravidanza comporti un grave rischio per la salute della donna o che esista una forte probabilità che il feto sia affetto da una patologia molto grave e considerata incurabile al momento della diagnosi.

¹⁶ Per una ricostruzione della disciplina prevista dalla *loi Veil* e dei suoi contenuti cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 337-355; L. MARGUET, *op. cit.*, 3 ss.

¹⁷ Questa specifica clausola di coscienza prevista per l'IVG si aggiunge alla clausola di coscienza generale per qualsiasi atto di natura medica prevista all'art. R4127-47 del *Code de la santé publique*. L'articolo, infatti, prevede che, al di fuori dei casi di urgenza o qualora si venisse meno al dovere di umanità, il medico ha il diritto di

La tipologia di requisiti previsti e l'impostazione generale adottata dal Legislatore francese nella legalizzazione dell'aborto delineavano, dunque, un modello di disciplina fondato su un approccio normativo lontano dal riconoscere in capo alle donne la libertà di potersi pienamente autodeterminare dal punto di vista procreativo, pur nel pieno rispetto della tutela degli altri interessi in gioco. Infatti, nonostante la depenalizzazione e la regolamentazione di tali pratiche rappresentassero passi fondamentali per il processo di emancipazione femminile soprattutto in questa dimensione, nell'assetto originale della *loi Veil* l'aborto veniva ancora concepito come un atto dal forte disvalore sociale, in cui le donne dovevano essere guidate e possibilmente dissuase nel compimento di tale decisione¹⁸ e la cui realizzazione trovava giustificazione solo nella necessità di tutelare la salute delle donne¹⁹. In questo senso, la disciplina delineata collocava la donna in una posizione di vulnerabilità nelle proprie decisioni procreative, subordinandone la libertà di scegliere se interrompere o meno la gravidanza ad altri interessi anche esterni alla dinamica di bilanciamento che contraddistingue questa materia. Questo aspetto era reso evidente da un ulteriore elemento caratterizzante l'approccio normativo della *loi Veil*. Essa, infatti, venne adottata come una legge sperimentale, destinata a restare in vigore solo per cinque anni e al termine dei quali sarebbe stato analizzato l'impatto demografico della sua applicazione²⁰, dimostrando, ancora una volta, l'importanza di ricondurre la donna alla sua funzione procreativa anche nella prospettiva di tutelare l'interesse della nazione²¹.

rifiutare di fornire assistenza medica per motivi di natura professionale o personale, senza dare specifiche motivazioni, con il solo obbligo di avvisare il paziente e di trasmettere le informazioni necessarie al medico che proseguirà lo svolgimento del trattamento terapeutico.

¹⁸ Nello specifico, tale approccio è testimoniato da alcuni requisiti fissati dalla *loi Veil* per l'accesso all'aborto, come la sussistenza di uno stato di necessità in capo alla donna per giustificare la richiesta di IVG, lo svolgimento di un colloquio psicosociale con il solo fine di dissuadere la donna dal proprio intento e illustrarle gli strumenti previsti per consentirle di portare a termine la gravidanza e la previsione di una pausa di riflessione di una settimana per poter acconsentire allo svolgimento delle pratiche abortive. Questi elementi, infatti, contribuiscono a portare avanti un approccio normativo che interpreta l'aborto come un dramma, un'azione moralmente discutibile e che vede la donna come un soggetto debole e infantilizzato da guidare nelle sue scelte, anche quelle di natura strettamente personale. Sul punto M. MATHIEU, *op. cit.*, 343 ss.; A.M. DEVREUX, *De la dissuasion à la normalisation. Le rôle des conseillères dans l'entretien pré-IVG*, in *La Revue française de sociologie*, 3, 1982, 455-471; L. MARGUET, *op. cit.*, 8 ss.; S. DIVAY, *L'avortement: une déviance légale*, in *Déviance et société*, 2, 2004, 195-209.

¹⁹ La centralità della tutela della salute nella disciplina dettata dalla *loi Veil* è stata ribadita anche dal *Conseil constitutionnel* nella *décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975*. Il *Conseil*, nel dichiarare conforme a Costituzione la *loi Veil*, sottolineò come la necessità di tutelare la salute della donna consentiva una «*dérogation légale*» al principio previsto all'art.1 della *loi Veil* sulla tutela dell'essere umano dall'inizio della sua vita. Nonostante, come si è già avuto modo di evidenziare, la medicalizzazione dell'aborto fu un aspetto aspramente criticato dai movimenti femministi più radicali, la legalizzazione dell'IVG sulla base della tutela del diritto alla salute non rappresenta un *unicum* francese. Anche in Italia, ad esempio, prima nella sentenza 27/1975 della Corte costituzionale e poi nella legge 194/1978, la disciplina dell'aborto trova fondamento nella necessità di tutelare la salute della donna, seppure con un'ampia accezione, tale da ricomprendervi una pluralità di motivi che consentono alle donne italiane di abortire legalmente. Sul ruolo svolto dal diritto all'autodeterminazione e dal diritto alla salute nel determinare la disciplina in materia di IVG si veda C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2022, 51 ss.

²⁰ La *loi Veil*, infatti, stabiliva che ogni aborto realizzato dovesse essere registrato con la redazione di un modulo medico e di un modulo attestante lo stato civile, da inviare rispettivamente all'*Institut national de la santé et de la recherche médicale* e all'*Institut national d'études démographiques* per esaminare le conseguenze sanitarie

3. La disciplina dell'aborto in Francia. L'evoluzione della *loi Veil* e la garanzia di un più ampio accesso all'interruzione volontaria di gravidanza

Tuttavia, la disciplina francese dell'interruzione volontaria di gravidanza non rimase a lungo ancorata all'approccio normativo fino a qui descritto. Dopo essere stata confermata nel 1979 e definitivamente entrata a far parte del *Code de la santé publique*²², la *loi Veil* ha subito numerose modifiche nel corso degli anni, tali da cambiare il modello di disciplina originariamente adottato dall'ordinamento francese.

Se già nel 1982, con la *loi Roudy*, venne realizzato un primo importante intervento sulla disciplina dell'IVG, prevedendo la rimborsabilità delle spese mediche sostenute per la realizzazione dell'aborto²³, le modifiche più importanti furono però realizzate nel 2001. La *loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001* ha portato numerose novità all'interno della disciplina francese dell'IVG, andando a mitigare alcuni tra gli elementi più restrittivi previsti dalla *loi Veil*. Innanzitutto, la legge del 2001 ha ampliato il termine per la realizzazione dell'aborto, passando da dieci a dodici settimane, e ha reso facoltativo lo svolgimento del colloquio psico-sociale prodromico al rilascio del consenso all'interruzione volontaria di gravidanza. Poi, la *loi n° 2001-588* ha stabilito che l'accesso all'aborto debba essere garantito, in modo gratuito e anonimo, anche alle donne straniere, che per le minori sia prevista una deroga alla regola del consenso degli esercenti la potestà genitoriale qualora lo stesso possa considerarsi controproducente²⁴ e che l'aborto possa essere realizzato anche in studi medici e cliniche convenzionate diverse dalle strutture ospedaliere²⁵. Oltre a ciò, la legge in esame è intervenuta su due ulteriori

legate allo svolgimento delle interruzioni volontarie di gravidanza e per valutare l'impatto demografico della legge. Sul punto cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 344-345.

²¹ Questo aspetto è sottolineato in L. MARGUET, *op. cit.*, 8. In questo modo, l'interesse della nazione alla procreazione diventava necessariamente uno degli interessi in gioco nel bilanciamento realizzato dalla *loi Veil*, evidenziando nell'assetto normativo adottato una prospettiva di tutela diversa da quella della protezione della vita prenatale.

²² Nello specifico, il definitivo ingresso della disciplina dell'aborto all'interno del *Code de la santé publique* avvenne con la *Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979*, detta anche *loi Pelletier*.

²³ Infatti, prima della *loi Roudy* l'interruzione volontaria di gravidanza non rientrava tra le prestazioni sanitarie rimborsabili all'interno del sistema di previdenza sociale francese, a differenza di quanto previsto per i contraccettivi. Tuttavia, è opportuno ricordare che la copertura economica totale delle procedure abortive arrivò solo nel 2013 con l'adozione della *loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012*. Sul punto cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 345 ss.

²⁴ Per quanto riguarda la disciplina dell'aborto per le donne straniere e per le minorenni, pare corretto ricordare che la *loi Veil* adottava un approccio più restrittivo anche in riferimento a queste specifiche situazioni. La legge del 1975 consentiva l'accesso all'IVG alle donne straniere solo nel caso in cui queste fossero state in grado di dimostrare di essere regolarmente residenti in Francia da tre mesi, mentre le minorenni potevano abortire legalmente solo previo consenso degli esercenti la potestà genitoriale o del tutore legale. Per quanto riguarda la disciplina dell'accesso all'IVG per le minorenni e i problemi che ancora si pongono in termini prevenzione e contraccezione cfr. M. MOISY, *Les IVG chez les mineures: une prise en charge satisfaisante mais une prévention insuffisante*, in *Revue française des affaires sociales*, 1, 2011, 162-198.

²⁵ In generale, per una ricostruzione delle novità normative introdotte dalla *loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001* si veda L. MARGUET, *op. cit.*, 13 ss. È interessante osservare come in questo contributo l'autrice ribadisca l'importanza della legge del 2001 nel determinare un vero e proprio mutamento di paradigma nella disciplina dell'aborto in Francia. Per quanto riguarda poi il ruolo svolto da centri medici e cliniche private nel colmare le carenze nell'accesso all'IVG nel contesto del servizio pubblico nazionale francese cfr. M. COLLET, *Un panorama*



aspetti, volti a migliorare la consapevolezza delle persone in materia di aborto e di autodeterminazione riproduttiva. In primo luogo, ha previsto l'obbligo di realizzare specifici percorsi di educazione sessuale all'interno delle scuole, così da garantire un'adeguata informazione in tema di contraccezione e di interruzione volontaria di gravidanza tra la popolazione²⁶. In secondo luogo, la legge del 2001 ha rafforzato un peculiare strumento di tutela per le donne che decidano di interrompere la gravidanza, introdotto nell'ordinamento francese già dal 1993: il reato di ostacolo all'aborto²⁷. In particolare, la *loi n° 2001-588* ha definito con più precisione e ampliato le condotte ascrivibili alla fattispecie di reato, ricomprendendovi sia le attività volte ad impedire alle donne l'accesso alle strutture cliniche, sia le pressioni morali e psicologiche, le minacce o gli atti intimidatori rivolti alle donne che vogliono sottoporsi ad un'interruzione volontaria di gravidanza, ai loro cari e ai medici e ai professionisti sanitari impiegati nella realizzazione dell'IVG²⁸. Questa fattispecie di reato, poi, è stata ulteriormente ampliata negli anni, facendovi rientrare anche le condotte orientate a ostacolare l'informazione anche online sull'aborto e cercando così di contrastare la pervasiva disinformazione diffusa soprattutto in internet su questo tema²⁹.

Dopo le importanti riforme del 2001, il Legislatore francese ha continuato ad intervenire in tema di IVG, allontanandone la disciplina dal modello di stampo paternalista che aveva creato l'entrata in vigore della *loi Veil*. Così, nel 2010 è stato introdotto per i medici e per i professionisti sanitari obiettori l'obbligo di comunicare subito alle donne la propria scelta di coscienza e di indicare il nome di un o

de l'offre en matière de prise en charge des IVG: caractéristiques, évolutions et apport de la médecine de ville, in *Revue française des affaires sociales*, 1, 2011, 86-115.

²⁶ In C. AUBIN, *Vue de l'IGAS... une mise en perspective au regard des politiques publiques*, in *Revue française des affaires sociales*, 1, 2011, 199-212, l'autrice sottolinea come la norma sull'introduzione di percorsi di educazione sessuale all'interno delle scuole francesi sia sempre rimasta inattuata, privando, quindi, le giovani donne di strumenti adeguati ad evitare una gravidanza non voluta.

²⁷ Infatti, il *délit d'entrave à l'IVG* era già stato introdotto dalla *loi n° 93-121 du 27 janvier 1993*, con cui lo Stato francese assumeva per la prima volta una posizione garantista in riferimento al diritto all'aborto, introducendo una sanzione di tipo penale per coloro che avessero cercato di ostacolare la libera scelta della donna. A questo proposito si veda L. MARGUET, *op. cit.*, 10 ss.

²⁸ Questo quanto previsto dall'art. 17 della *loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001*.

²⁹ Nello specifico, in HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES (HCE), *Rapport relatif à l'accès à l'IVG. Volet 1: Information sur l'avortement sur Internet*, 2013, in https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce-rapport_ivg_et_internet_20130912_version_adoptee-3.pdf (ultima consultazione 18/01/2023), l'organo interpellato aveva evidenziato la presenza online di un crescente numero di siti anti-abortisti, tutti impegnati nella diffusione di informazioni false e errate in materia di IVG. Questo fenomeno sempre più diffuso ha, quindi, spinto il Legislatore francese a adottare, prima, la *loi n° 2014-873 du 4 août 2014* e, poi, la *loi n° 2017-347 du mars 2017*, ampliando definitivamente la fattispecie di *délit d'entrave à l'IVG* e ricomprendendovi anche le condotte di dissuasione e disinformazione online. A questo proposito cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 34-347. In riferimento all'ampliamento delle condotte rientranti all'interno della fattispecie di reato descritta, il *Conseil constitutionnel* nella *decision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017* ha espresso una riserva sull'interpretazione della nuova fattispecie di *délit d'entrave à l'IVG* online, stabilendo che questo reato possa ritenersi configurato solo quando sussistano due condizioni: che online vengano richieste informazioni e non semplici opinioni; che le informazioni riguardino le condizioni di realizzazione dell'IVG o le sue conseguenze e che le stesse siano fornite da una persona che ha o sostiene di avere competenze in tema di IVG (pt. 15). Altrimenti, tale disposizione potrebbe considerarsi confliggente con la libertà di manifestazione del pensiero.

una collega che possa realizzare l'interruzione di gravidanza richiesta³⁰. Nel 2014 è stato eliminato il requisito dello stato di necessità per accedere all'aborto, sottolineando come non siano necessarie ulteriori condizioni rispetto alla volontà espressa dalla per giustificare l'accesso all'IVG e facendo venire meno uno dei requisiti più paternalisti nell'approccio normativo implementato dalla *loi Veil*³¹. Infine, nel 2016 la *loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016* ha eliminato dalla disciplina francese il periodo di riflessione di una settimana tra la domanda di IVG e il relativo consenso scritto, prevedendo una pausa di riflessione di solo 48 ore³².

Gli interventi normativi realizzati hanno, quindi, contribuito significativamente a modificare l'approccio normativo originariamente adottato dalla *loi Veil* in materia di aborto. In particolare, le aperture realizzate verso una più attenta tutela degli interessi delle donne che vogliano interrompere la gravidanza sono elementi che allontanano il modello di disciplina francese da un approccio tendenzialmente paternalista, spingendo, invece, verso un orientamento normativo volto ad ampliare e ad agevolare l'accesso all'IVG. In questo modo, l'evoluzione normativa realizzata contribuisce a delineare per le donne, seppur nel rispetto del bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi in gioco, maggiori margini di autonomia e autodeterminazione nella disciplina dell'IVG. Tuttavia, anche in questo nuovo assetto normativo, che rappresenta un chiaro miglioramento rispetto all'impostazione originaria della *loi Veil*, permangono alcune criticità nel garantire una piena effettività del diritto all'aborto, le quali rischiano di indebolire la portata dei provvedimenti legislativi realizzati e a cui il Legislatore francese ha cercato di porre rimedio intervenendo nuovamente in questa materia.

4. La disciplina dell'aborto in Francia. L'introduzione della *loi n° 2022-295* per una maggiore effettività del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza

Come già anticipato, nonostante le modifiche legislative compiute e l'adozione di un nuovo approccio normativo volto ad ampliare e a semplificare l'accesso all'IVG, l'esercizio effettivo del diritto delle donne ad autodeterminarsi liberamente in merito alla scelta di interrompere la gravidanza presenta ancora alcune difficoltà all'interno dell'ordinamento francese.

Questo dato, che non rappresenta di certo un *unicum* ma che, al contrario, si pone pienamente in linea con quanto registrato anche in altri ordinamenti³³, si concretizza soprattutto in riferimento a due

³⁰ Tale obbligo è stato previsto dall'*Ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010*. Tuttavia, come si avrà modo di analizzare nel prossimo paragrafo, l'introduzione della disposizione non è stata sufficiente negli anni a garantire un pieno accesso all'IVG a fronte dell'esercizio della clausola di coscienza da parte dei professionisti sanitari.

³¹ Così stabilito dalla già menzionata *loi n° 2014-873 du 4 août 2014*.

³² A questo proposito è opportuno ricordare che da quando, nel 2001, lo svolgimento del colloquio psicosociale è stato reso semplicemente facoltativo anche questo intervallo di riflessione deve ritenersi tale, essendo consequenziale allo svolgimento del colloquio già menzionato. Per una ricostruzione degli ulteriori interventi normativi in materia di aborto realizzati dopo il 2001, si veda M. MATHIEU, *op. cit.*, 348 ss.

³³ Tra gli ordinamenti che da anni registrano un significativo problema nel garantire l'effettività del diritto all'aborto rientra senza dubbio l'Italia. Nella recente Relazione del Ministro della Salute sull'attuazione della legge 194/1978, trasmessa al Parlamento nel giugno 2022, emerge come la percentuale di ginecologi obiettori su tutto il territorio italiano si attesti, mediamente, tra il 58,2% e il 76,9%, rendendo di fatto impossibile per molte donne il concreto esercizio del loro diritto all'IVG, se non a condizione di spostarsi dal proprio luogo di residenza. La criticità della situazione descritta era già stata evidenziata dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali,

specifici aspetti relativi all'interruzione volontaria di gravidanza: i termini previsti dalla legge per l'accesso all'aborto e l'esistenza di una doppia clausola di coscienza esercitabile da parte dei professionisti sanitari.

Per quanto riguarda il primo elemento, il *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse*, elaborato dall'Assemblée Nationale nel settembre 2020³⁴, evidenzia come ogni anno tra le 3.000 e le 4.000 donne francesi non riescono ad avere accesso all'aborto entro il termine di dodici settimane previsto dalla legge. In conseguenza di ciò, coloro che vogliono interrompere la gravidanza, non potendo ricorrere all'aborto terapeutico, hanno due opzioni: o sottoporsi ad un'IVG clandestina oppure recarsi all'estero in ordinamenti, come Spagna e Paesi Bassi, in cui il termine per interrompere la gravidanza risulta più lungo³⁵. Come evidenziato dal rapporto parlamentare, una simile situazione comporta rischi e diseguglianze inaccettabili dal momento che solo le donne in grado di sostenere l'intera spesa dal punto di vista economico possono pensare di recarsi all'estero per abortire, lasciando invece a tutte le altre la sola opzione di interrompere la gravidanza in assenza delle condizioni di sicurezza sanitaria normalmente richieste³⁶.

Questa circostanza è resa ancora più problematica dal secondo elemento che contribuisce a ostacolare l'effettività del diritto all'IVG. Sempre secondo il *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse*, l'esistenza di una doppia clausola di coscienza contribuisce a perpetrare l'idea che l'interruzione volontaria di gravidanza sia un atto medico diverso dagli altri,

che nella decisione *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy* rilevò una violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea da parte dell'Italia in ragione della mancata garanzia dell'accesso all'IVG. Per un commento alla questione e alla decisione menzionata cfr. F. GALLO, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza. Riflessioni ad un anno dalla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa contro l'Italia*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Milano, 2016, 185-206. Su questi aspetti, si veda, in generale, M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezioni di coscienza e battaglie ideologiche*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 91-110; E. ROSSI, *Obiettare è boicottare? L'ambiguità dell'obiezione di coscienza e i fini dell'ordinamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, 125-142; I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionali a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 111-122.

³⁴ A questo proposito si veda M.N. BATTISTEL, C. MUSCHOTTI, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse*, 16 settembre 2020, in <http://bit.ly/3m1llre> (ultima consultazione 20/01/2023).

³⁵ Per quanto riguarda gli spostamenti transfrontalieri verso ordinamenti in cui i termini per l'accesso all'IVG sono più ampi rispetto a quanto stabilito dalla disciplina francese cfr. M. MATHIEU, *Avortements transfrontaliers. Des inégalités sociales face au travail procréatif*, Communication dans le cadre des Journées d'études du CSU, Session «Genre et travail», Monampteuil, 9 settembre 2021.

³⁶ In questo senso M.N. BATTISTEL, C. MUSCHOTTI, *op. cit.*, 60 ss. Alla luce dei profili evidenziati, il *Rapport d'information* raccomanda di allungare di due settimane i termini legali per la realizzazione dell'IVG in Francia, in modo tale da evitare che le donne si trovino costrette ad abortire clandestinamente o a recarsi all'estero per interrompere la gravidanza. A tal proposito, è poi opportuno sottolineare che anche l'OMS ha più volte ribadito la necessità che i limiti previsti dai diversi ordinamenti giuridici per la realizzazione dell'IVG non diventino tali da impedire la realizzazione di aborti in condizioni di sicurezza per le donne. Sul punto cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Abortion care guideline*, 2022, in <https://bit.ly/3xO3ufw> (ultima consultazione 21/01/2023).



semplicemente tollerato all'interno del sistema sanitario e non considerato quale logica conseguenza dell'attribuzione di un diritto in capo alla donna³⁷. In questa prospettiva, la sussistenza di una doppia clausola di coscienza in tema di IVG, da un lato, sta portando i capi reparto contrari all'aborto a stanziare un quantitativo minimo di risorse per lo svolgimento di questa pratica medica e, dall'altro lato, sta incentivando i medici ad azionare la suddetta clausola solo dopo un certo numero di settimane, rifiutando di realizzare l'interruzione volontaria di gravidanza una volta che sia stato superato un determinato numero di settimane³⁸. E ciò con la conseguenza di rendere più difficile, se non addirittura di impedire, l'esercizio del diritto all'IVG da parte delle donne francesi.

Oltre a questi due elementi, il rapporto parlamentare ne evidenzia un altro che incide sull'effettività dell'esercizio diritto all'IVG. I dati raccolti, infatti, dimostrano come il numero di professionisti sanitari disposti a realizzare aborti stia diminuendo nel corso degli anni, e ciò nonostante dal 2016 l'IVG possa essere realizzata anche dalle ostetriche, a causa della scarsa valorizzazione professionale e economica riconosciuta a tale pratica³⁹.

Le criticità evidenziate e la necessità di porvi rimedio hanno, quindi, spinto il Legislatore francese ad intervenire nuovamente in materia di IVG. Così, il 2 marzo 2022 è stata adottata la *loi n° 2022-295*, la quale si pone l'obiettivo di rafforzare la tutela e l'esercizio del diritto all'aborto all'interno dell'ordinamento francese. Nello specifico, questo atto legislativo interviene proprio sugli aspetti che

³⁷ Così evidenziato in M.N. BATTISTEL, C. MUSCHOTTI, *op. cit.*, 55 ss. L'importanza di evitare che sia realizzata questa distinzione tra l'IVG e gli altri atti di natura medica viene ribadita anche in L. MARGUET, *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement: un renforcement en demi-teinte*, in *La Revue des droits de l'homme*, 19 aprile 2022, 1-8. Come si è già avuto modo di osservare in relazione all'ordinamento italiano, l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza da parte dei professionisti sanitari costituisce uno degli elementi che maggiormente incide sull'effettività del diritto all'aborto, laddove le alte percentuali di obiettori di coscienza siano tali da impedire alle donne di accedere a tale pratica. In generale sul tema dell'obiezione di coscienza in riferimento all'IVG e alle problematiche poste dall'esercizio di questo diritto in prospettiva comparata e sovranazionale cfr. C. PICIOCCHI, *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 115-130; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 19-31; D. PARIS, *Il diritto all'obiezione di coscienza all'aborto nel Regno Unito. Nota a Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 199-207; B. LIBERALI, *Obiezione di coscienza nell'interruzione volontaria di gravidanza ancora a giudizio? Punti fermi e prospettive future*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2020, 347-357.

³⁸ Tali modalità di uso improprio della clausola di coscienza sono descritte in C. AUBIN, D. JOURDAIN MENNINGER, L. CHAMBAUD (INSPECTION GÉNÉRALE DES AFFAIRES SOCIALES IGAS), *Evaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des interruptions volontaires des grossesse suite à la loi du 4 juillet 2001*, ottobre 2009, in <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/104000047.pdf> (ultima consultazione 21/01/2023).

³⁹ Questo ulteriore aspetto problematico è sottolineato in M.N. BATTISTEL, C. MUSCHOTTI, *op. cit.*, 43 ss. In questo senso il *Rapport d'information* raccomanda di intervenire sulla criticità evidenziata aumentando, in primo luogo, le risorse economiche da dedicare alla realizzazione delle pratiche abortive, così da assicurare una corretta remunerazione ai professionisti sanitari che svolgano tale attività medica. In secondo luogo, il rapporto parlamentare raccomanda di ampliare il numero di soggetti abilitati allo svolgimento dell'interruzione volontaria di gravidanza, proponendo di includere le ostetriche tra il personale autorizzato a realizzare anche l'IVG chirurgica.

rendono più problematica l'effettività del diritto all'IVG⁴⁰. In tal senso, il Legislatore allunga il termine per l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, rendendo legittima la realizzazione dell'aborto fino alla quattordicesima settimana⁴¹; conferma la possibilità di ricorrere all'IVG terapeutica entro il termine di sette settimane⁴²; abilita le ostetriche a realizzare aborti strumentali fino alla dodicesima settimana⁴³ e rimuove il periodo di riflessione di due giorni previsto tra lo svolgimento del colloquio psico-sociale facoltativo e la realizzazione dell'IVG⁴⁴. Oltre a ciò, la *loi n°2022-295* prevede una sanzione per i farmacisti che si rifiutino di vendere i prodotti di contraccezione di emergenza⁴⁵, stabilisce la realizzazione di report indirizzati al Parlamento sull'efficacia dei nuovi strumenti introdotti⁴⁶ e impone alle aziende sanitarie regionali l'obbligo di pubblicare una lista dei professionisti e delle strutture che acconsentano alla realizzazione dell'IVG, al fine di agevolare le donne nella ricerca rapida di realtà disposte a realizzare l'atto medico richiesto⁴⁷. In riferimento a questa ultima modifica legislativa e all'obiettivo preposto, pare opportuno sottolineare che nel testo originale della proposta di legge presentata era stata inserita anche l'abolizione della clausola di coscienza specifica per l'IVG prevista dalla disciplina francese⁴⁸. Tuttavia, in assenza del sostegno governativo e a fronte della richiesta di parere al *Comité Consultatif National d'Éthique* (CCNE)⁴⁹, la modifica proposta non ha trovato accoglimento in sede di dibattito parlamentare, anche in ragione dell'opinione contraria espressa dal CCNE⁵⁰. In questo modo, l'ultimo compromesso realizzato con la *loi Veil* è rimasto in vigore, con il ri-

⁴⁰ Per un commento ai contenuti della legge analizzata L. MARGUET, *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement: un renforcement en demi-teinte*, cit., 1 ss.

⁴¹ Art. 1, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*. Sulla modifica dei termini descritta, bisogna ricordare come di fatto già prima dell'entrata in vigore della legge fosse stato previsto questo allungamento di due settimane per garantire l'accesso all'IVG anche durante il periodo di emergenza pandemica dovuta al Covid-19. Tale aspetto è evidenziato in M. MATHIEU, *L'avortement en France: du droit formel aux limites concrètes à l'autonomie des femmes*, cit., 351.

⁴² Art. 2, comma 2, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴³ Art. 2, comma 1, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁴ Art. 3, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁵ Art. 5, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁶ Art. 7, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁷ Art. 4, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁸ Questo era quanto previsto all'art. 2 della *Proposition de loi visant à renforcer le droit à l'avortement*, del 25 agosto 2020. Dell'introduzione alla proposta di legge, i deputati proponenti evidenziano come la presenza della doppia clausola di coscienza continui a limitare l'effettività del diritto all'aborto, ponendo le donne francesi in situazioni pericolose per la loro salute e sicurezza. Il testo della proposta di legge è disponibile al sito https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3292_proposition-loi.pdf (ultima consultazione 21/01/2023).

⁴⁹ Per un'analisi critica di questi due elementi cfr. L. MARGUET, *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement: un renforcement en demi-teinte*, cit., 2 ss.

⁵⁰ In COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE (CCNE), *Opinion du CCNE sur l'allongement du délai d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse*, 8 dicembre 2020, in <https://www.ccne-ethique.fr/node/386> (ultima consultazione 21/01/2023), il CCNE si è opposto alla proposta di abolire la clausola di coscienza specifica in materia di IVG, ritenendo che l'aborto debba ancora considerarsi un atto medico diverso dagli altri, in cui è necessario trovare una soluzione di compromesso tra gli interessi della donna, del feto e dei professionisti sanitari chiamati a compiere questo atto. Oltre a ciò, il CCNE sottolinea come la natura regolamentare della clausola di coscienza generale renda questo strumento idoneo a garantire la tutela degli interessi indicati nel contesto dell'IVG, in quanto la clausola potrebbe essere abolita azionando un processo di revisione più semplice di quel-

schio che la presenza della doppia clausola di coscienza possa continuare ad essere uno strumento limitativo dell'effettivo esercizio del diritto all'aborto da parte delle donne francesi⁵¹.

Nonostante la mancanza di questo ulteriore passo verso la definizione di un pieno riconoscimento e di una completa valorizzazione del diritto all'aborto, non sussiste alcun dubbio che questo nuovo intervento legislativo vada nella direzione di affermare definitivamente il passaggio della Francia ad un approccio normativo in tema di aborto orientato a sostenere e a potenziare la tutela e l'esercizio del diritto delle donne all'interruzione volontaria di gravidanza. Le ultime modifiche realizzate dimostrano, infatti, il chiaro intento legislativo, dopo un'attenta valutazione della loro tenuta dal punto di vista scientifico, etico o giuridico⁵², di rimuovere e di mitigare tutti gli elementi che di fatto negli anni hanno ostacolato le donne nell'autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte procreative, mettendone anche a rischio la salute. E questo aspetto assume particolare importanza se si considera che tale scelta del Legislatore francese si contrappone alla recente tendenza normativa che vede, anche negli ordinamenti più aperti e garantisti in tema di IVG, un significativo aumento nel numero di adempimenti richiesti per poter legittimamente abortire. Tuttavia, occorre chiedersi se tale approccio normativo sia destinato a rimanere tale, aprendo, magari, la strada a nuovi strumenti per garantire effettività nell'esercizio del diritto all'aborto, o se invece anche all'interno di una disciplina come quella descritta ci sia il rischio che forti spinte restrittive tornino a prevalere, soprattutto in assenza di adeguate garanzie costituzionali volte a blindare l'esistenza di questo diritto.

5. Il ruolo del costituzionalismo contemporaneo nella tutela del diritto all'aborto. Spunti di riflessione alla luce della *proposition de loi constitutionnelle n° 293* e della sentenza *Dobbs v. Jackson*

Gli interrogativi sulla necessità di tutelare in modo più stringente ed efficace dal punto di vista costituzionale un diritto come quello all'aborto hanno assunto ancora più importanza alla luce di quanto

lo legislativo. Infine, il Comitato sostiene che l'assenza della suddetta clausola può comportare un ulteriore riduzione nel numero di professionisti intenzionati a lavorare in ambito ostetrico e ginecologico.

⁵¹ La natura compromissoria della clausola di coscienza specifica in materia di aborto, oltre ad essere stata evidenziata nel parere del CCNE del 2020, era già stata riconosciuta dal *Conseil constitutionnel* nella *décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001*, laddove il *Conseil* aveva ribadito la conformità a Costituzione della disposizione in quanto espressione del bilanciamento tra la necessità di tutelare la salute della donna e il bisogno di assicurare protezione anche alla libertà di coscienza dei professionisti sanitari (pt. 13). In riferimento alla scelta di non abolire la doppia clausola di coscienza e alle possibili conseguenze di tale decisione cfr. L. MARGUET, *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement: un renforcement en demi-teinte*, cit., 5-6. A questo proposito è opportuno ricordare che l'eliminazione della clausola di coscienza specifica in materia di IVG non avrebbe lasciato privi di tutela i professionisti sanitari nell'esercizio della loro libertà di coscienza, dal momento che sarebbe rimasta in vigore la clausola di coscienza generale azionabile da tutti i professionisti sanitari.

⁵² In questo senso, appare significativo ricordare che nel parere espresso dal CCNE il Comitato ha affermato che non sussistono motivi di natura etica o scientifica tali da impedire un allungamento dei termini legali per realizzare l'IVG, consentendo così al Parlamento di procedere in tal senso. Infatti, pur rendendosi necessaria una diversa tecnica abortiva, ritardare di due settimane i termini previsti non comporta alcun rischio sanitario per la salute della donna. In COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE (CCNE), *op. cit.*, in <https://www.ccne-ethique.fr/node/386> (ultima consultazione 21/01/2023).

accaduto negli Stati Uniti nel giugno 2022. Nonostante l'*overruling* di *Roe v. Wade* fosse un evento atteso alla luce sia del contenuto delle più recenti decisioni della Corte Suprema in materia di aborto, sia della nuova composizione della stessa⁵³, la sentenza *Dobbs v. Jackson* ha avuto un fortissimo impatto nel contesto giuridico, politico e sociale non solo statunitense, ma anche internazionale, mostrando in modo significativo la fragilità del diritto all'aborto nel contesto del costituzionalismo contemporaneo. Questo fatto ha, quindi, riaperto l'attenzione di numerosi ordinamenti sulla necessità di presidiare e di garantire adeguatamente la protezione di un diritto, che rappresenta non solo lo strumento per consentire alle donne di autodeterminarsi dal punto di vista riproduttivo, ma anche il mezzo per assicurare una piena e uguale partecipazione delle donne alla vita politica, economica e sociale dello Stato⁵⁴.

In questo contesto, la soluzione adottata dall'ordinamento francese per evitare il ritorno di istanze proibizioniste in riferimento all'IVG risulta particolarmente interessante per la sua unicità. Il 7 ottobre 2022 un gruppo di deputati ha depositato la *Proposition de loi constitutionnelle n° 293 visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, volta a modificare il contenuto della Costituzione francese. La proposta di legge costituzionale, già approvata in prima lettura dall'*Assemblée Nationale* e dal Senato con significative modifiche e una proposta di emendamento⁵⁵, si propone di modificare il titolo VIII della Costituzione, introducendo il diritto fondamentale all'interruzione volontaria di gravidanza⁵⁶. L'obiettivo perseguito da tale propo-

⁵³ Per quanto concerne questi due elementi e il loro ruolo nel percorso che ha portato alla sentenza *Dobbs v. Jackson* cfr. in L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, cit., 4453 ss.; E. GRANDE, *op. cit.*, 73-87; S. MANCINI, *False science and misogyny: Trump's assault on reproductive rights*, in *DPCE online*, 1, 2021, 1087-1104; L. FABIANO, *op. cit.*, 5-66.

⁵⁴ Questa era stata una delle ragioni che nel *leading case Planned Parenthood v. Casey* aveva spinto la Corte Suprema ad affermare che l'*overruling* di *Roe v. Wade* avrebbe inciso negativamente sulla tutela dei diritti delle donne. In *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 855-856.

⁵⁵ Nel testo della proposta di legge costituzionale, approvato dall'*Assemblée Nationale* il 24 novembre 2022, è stato espunto il diritto alla contraccezione, come invece previsto nella versione originale della proposta di riforma costituzionale. A tal proposito, appare opportuno sottolineare come nei mesi precedenti fossero state presentate altre proposte di legge costituzionale su questo tema, le quali, però, erano state tutte rigettate anche per le previsioni legate alla contraccezione. Il 1 febbraio 2023, dopo una lunga discussione sul testo approvato dall'*Assemblée Nationale*, il Senato ha approvato la proposta di emendamento alla proposta di legge costituzionale in materia di IVG, consentendo un passo in avanti nel processo di approvazione e di entrata in vigore della legge costituzionale in esame. Sul punto cfr. *Proposition de loi constitutionnelle visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse*, 2 febbraio 2023, in <https://www.vie-publique.fr/loi/287299-proposition-de-loi-droit-ivg-dans-la-constitution> (ultima consultazione 17/02/2023).

⁵⁶ La proposta di legge costituzionale nella sua versione originaria prevedeva di introdurre nel titolo VIII della Costituzione francese l'art. 66-2, il quale dovrebbe stabilire: «*Nul ne peut porter atteinte au droit à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. La Loi garantit à toute personne qui en fait demande l'accès libre et effectif à ces droits*». In seguito all'approvazione da parte dell'*Assemblée Nationale*, il testo del nuovo art. 66-2 della Costituzione è stato modificato, prevedendo «*La loi garantit l'effectivité et l'égal accès au droit à l'interruption de grossesse*». E dopo l'ulteriore fase di lettura e approvazione della proposta di legge costituzionale da parte del Senato, i senatori e le senatrici francesi hanno proposto di modificare il nuovo art. 66-2 della Costituzione come segue: «*La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse*». I documenti relativi all'iter di approvazione parlamentare della presente proposta di legge costituzionali sono disponibili al sito <https://bit.ly/3XWjAhs> (ultima consultazione 17/02/2023).

sta di modifica della Costituzione si sostanzia, dunque, nella volontà di ricondurre formalmente nell'alveo della tutela costituzionale il diritto all'aborto, garantendone l'esistenza di fronte alla possibilità che anche in Francia possa realizzarsi una situazione simile a quella statunitense e di altri ordinamenti europei⁵⁷.

In attesa di vedere se la proposta di riforma costituzionale descritta riuscirà a diventare realtà, appare opportuno svolgere alcune riflessioni iniziali sul ruolo attribuito al costituzionalismo contemporaneo dalla soluzione francese, soprattutto alla luce di quanto invece espresso all'interno della sentenza *Dobbs v. Jackson*.

Indubbiamente la proposta francese di modifica della Costituzione per introdurre formalmente un diritto costituzionale all'aborto rappresenta un *unicum* del panorama costituzionale contemporaneo, in quanto non esistono Costituzioni al cui interno sia esplicitamente previsto il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza. Tuttavia, la scelta di intervenire in tal senso, in un contesto politico e giuridico in cui il diritto all'aborto non sembrerebbe sottoposto a pressioni e a minacce insostenibili⁵⁸, non pare possa giustificarsi solo in riferimento alla volontà di evitare quanto accaduto negli Stati Uniti. La sentenza *Dobbs v. Jackson* nasce, infatti, da un contesto giuridico e politico diverso da quello francese, in cui, nella lettura data dalla Corte Suprema, il ruolo del costituzionalismo in questo tema deve rivolgersi alla tutela di altri interessi. Esso, secondo l'opinione di maggioranza della Corte, deve intervenire al fine riportare al decisore politico il potere di disciplinare l'esistenza o meno di un diritto all'aborto, ponendo così fine al *judicial activism* costituzionale che per anni aveva privato il potere legislativo della discrezionalità di regolare la materia secondo la volontà dei propri rappresentati⁵⁹.

Ora, una simile condizione non sembra configurarsi in Francia, dove la disciplina dell'IVG e dei diritti ad essa riconducibili ha sempre rappresentato il frutto del dibattito parlamentare, garantendo la rappresentatività della volontà dei cittadini francesi nella regolamentazione giuridica di questa materia. Tuttavia, la scelta di procedere ad un riconoscimento formale del diritto all'aborto all'interno della Costituzione può avere un altro significato, soprattutto per quanto riguarda il ruolo del costituzionalismo contemporaneo in questa dimensione. Pur riconoscendo come una simile modifica della Costituzione metterebbe al riparo da qualsiasi critica futura sul fondamento costituzionale del diritto all'aborto⁶⁰, l'inserimento di questo diritto all'interno della Costituzione francese potrebbe rappre-

⁵⁷ Questo quanto ribadito nel testo introduttivo alla proposta di legge costituzionale presentata dai deputati e dalle deputate francesi. Il testo della proposta di legge e della sua introduzione sono disponibili al sito https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b0293_proposition-loi (ultima consultazione 22/01/2023).

⁵⁸ Tale aspetto è ribadito in S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, S. SALMA, *Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement*, in *La Revue des droits de l'homme*, 7 luglio 2022, 1 ss. In questo contributo, gli autori sottolineano come la scelta di proporre una modifica della Costituzione francese al fine di iscriverci il diritto all'aborto sia stata criticata dalla dottrina costituzionalistica francese, in quanto ritenuto un intervento inutile in assenza di un dibattito tale da mettere a rischio tale diritto delle donne.

⁵⁹ Per un commento alle motivazioni espresse dalla Corte Suprema nella sua decisione si veda, *ex multis*, S. PENASA, *op. cit.*, 1609-1617; E. GRANDE, *op. cit.*, 73-87; A. DI MARTINO, *op. cit.*, 17 ss.; L. FABIANO, *op. cit.*, 5-66; G. SORRENTI, *op. cit.*, 610-614

⁶⁰ Tra le motivazioni utilizzate dalla Corte Suprema nel dichiarare l'inesistenza di una tutela del diritto all'aborto all'interno della Costituzione statunitense rientrano proprio l'assenza della previsione di un tale diritto, e di un diritto alla privacy inteso in tal senso, all'interno del testo della stessa Costituzione e la mancanza di una tradizione giuridica volta a tutelare questo diritto ai temi dell'entrata in vigore della Legge suprema degli USA. Sul

sentare il perfetto e definitivo coronamento della scelta di adottare un approccio normativo promozionale in tema di IVG. Tale intervento normativo, oltre all'importante valore simbolico, avrebbe il potere di assicurare il massimo livello di tutela costituzionale al diritto all'aborto, dal momento che la garanzia di un accesso libero ed effettivo allo stesso diventerebbe il parametro attraverso cui valutare la legittimità costituzionale degli interventi costituzionali in materia, offrendo così alle donne francesi la possibilità di esercitare pienamente il proprio diritto ad autodeterminarsi liberamente nelle proprie decisioni procreative.

Sulla scia della consapevolezza che «*ces droits ne sont jamais définitivement acquis*»⁶¹, la *proposition de loi constitutionnelle n° 293* ha, quindi, il merito di richiamare il costituzionalismo contemporaneo al suo ruolo tradizionale, garantendo una corretta limitazione dei poteri al fine di tutelare il diritto fondamentale della donna ad esercitare pienamente la propria volontà in tema di aborto⁶², in un'epoca in cui l'attenzione verso i diritti delle donne in questo contesto non sembrano più così scontati, e con la speranza che una simile azione possa ricordare l'importanza di realizzare una piena parità tra uomini e donne nel godimento dei diritti e delle libertà tutelate dallo Stato costituzionale⁶³.

punto cfr. S. PENASA, *op. cit.*, 1610 ss. Per quanto concerne, invece, la teoria della concezione originalista della Costituzione USA si veda, *ex multis*, L.P. VANNONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2021, 499-508; G. ROMEO, *The Supreme Court's debate on constitutional interpretation under Trump presidency*, in *DPCE online*, 1, 2021, 973-988.

⁶¹ La citazione utilizzata è tratta da S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe*, Parigi, 1949.

⁶² In generale, sulla funzione del costituzionalismo contemporaneo si veda, *ex multis*, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari – Roma, 2009.

⁶³ L'importanza della riforma costituzionale proposta per il raggiungimento di tale obiettivo è evidenziata in S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, S. SALMA, *op. cit.*, 1 ss.

El vigente régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo en España

Gonzalo Arruego*

THE CURRENT REGULATION OF ABORTION IN SPAIN

ABSTRACT: The present study examines the current regulation of abortion in Spain. It pays special attention to its recent reform (2023) explaining its causes and the differences existing between the original regulation of abortion (2010) and the new one.

KEYWORDS: Abortion; Spanish Constitution; Organic Law 2/2010 on Sexual and Reproductive Health and Abortion

RESUMEN: 1. Introducción – 2. La actual regulación del aborto – 2.1. Cuestiones comunes – 2.2. Interrupción «libre» del embarazo – 2.3. Interrupción del embarazo por «causas médicas» – 3. Algunas (recurrentes) consideraciones finales.

1. Introducción

Desde la aprobación de la Constitución en 1978, y en el seno del mismo marco constitucional de valores, principios y derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico español ha transitado en materia de aborto por distintas situaciones cuyos puntos de partida y llegada son radicalmente opuestos: prohibición y punición penal absolutas, legitimidad y descriminalización parciales de acuerdo a un esquema de «indicaciones» y aborto «libre» dentro de un periodo de tiempo, tras cuyo transcurso la interrupción voluntaria del embarazo solo es posible bajo ciertas circunstancias «clínicas» referidas tanto a la futura madre como al no nacido.

El primer cambio acaeció en el año 1985 con la despenalización del aborto en tres supuestos cuya constitucionalidad fue avalada, es cierto que con matices, por el Tribunal Constitucional en su polémica STC 53/1985¹. Concretamente, el aborto dejó de ser delito en España en caso de «grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada», si el embarazo fuera producto de un «delito de violación» y cuando se presumiese que el feto nacería «con graves taras físicas o psíquicas»².

* *Doctor en Derecho (Universidad de Zaragoza); Máster en Derecho internacional, comparado y europeo (Instituto Universitario Europeo, Florencia); Miembro de AGUDEMA; Departamento de Derecho Público de la Universidad de Zaragoza. Mail: garruego@unizar.es. El presente estudio forma parte del proyecto nacional de investigación DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación-Agencia Estatal de Investigación. Siempre que sea posible, la jurisprudencia constitucional se cita indicando STC o Sentencia número de la sentencia/año de la sentencia/fundamento jurídico de la sentencia. Contribución invitada.*

¹ Como se sabe, la sentencia conoció nada menos que seis votos particulares, algunos de ellos especialmente duros y muy críticos tanto con la argumentación desarrollada por el TC como por el rol que asumió en el fallo.

² Concretamente, el antiguo artículo 417 bis del Código Penal rezaba: «1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a

Pero el gran cambio de paradigma se produjo quince años más tarde, en el año 2010, con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Desde ese momento, en España la interrupción voluntaria del embarazo deja de ser un delito y se transforma en una decisión legítima de la mujer embarazada cuya cobertura es asumida por el Estado, pues se incluye en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud³. Y todo ello, además, vehiculado con un instrumento normativo radicalmente diferente al de 1985: de la reforma puntual del Código penal, a una norma de horizonte (cada vez) más amplia relativa a la salud sexual y reproductiva que incorpora la interrupción voluntaria del embarazo. Pero que lo hace, por lo tanto, en un contexto donde los embarazos no deseados, y por ende los abortos, son un resultado a prevenir en el marco de una adecuada educación sexual y reproductiva⁴. Obviamente, también modificó el tratamiento penal del aborto. La ley, al igual que sucedió con la reforma del Código penal de 1985, fue inmediatamente impugnada ante el Tribunal Constitucional por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados⁵.

Transcurridos casi trece años desde su aprobación, en los últimos meses la regulación del aborto en España ha experimentado importantes e intensos avatares en todos los frentes: normativo, político y jurisdiccional.

En primer lugar, y en el preciso momento en el que se escriben estas líneas, el Congreso de los Diputados ha aprobado definitivamente la primera, y polémica, reforma de calado de la Ley Orgánica

Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2.^a Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3.^a Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. 2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos».

³ Y accesible, además, a todas las mujeres independientemente de su situación regular o irregular en España (artículo 18.2), de ahí que se contemplen medidas para, por ejemplo, paliar las dificultades motivadas por la situación de extranjería. También otras relativas a la implementación de una norma sobre materia tan delicada en un contexto de progresiva pluralidad cultural

⁴ Como afirmaba en su Preámbulo el legislador orgánico de 2010, «La Ley parte de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación, cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos». De ahí que, por ejemplo, uno de los objetivos de la educación sexual y reproductiva sea «La prevención de embarazos no deseados» (artículo 9.1.e). También de las políticas sanitarias, educativas y de formación (artículo 5.1 g)

⁵ Recurso de inconstitucionalidad n. 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

2/2010. Una modificación que afecta a aspectos especialmente relevantes como, por ejemplo, la capacidad para decidir someterse a una interrupción voluntaria del embarazo, qué información y cómo debe facilitarse a la mujer embarazada que decide abortar, la objeción de conciencia del personal sanitario o la garantía de que la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en el sistema público de salud.

En segundo lugar, la, por decirlo de algún modo, polémica generada por el anuncio de alguna autoridad autonómica de su intención de instaurar determinados protocolos en materia de interrupción voluntaria del embarazo con la indisimulada finalidad de condicionar, si no coartar, la voluntad de la mujer que legítimamente decide abortar. Y ello con la excusa de que lo pretendido es, sencillamente, informarle⁶.

Y, finalmente, y tras casi trece años, el anuncio de que el Tribunal Constitucional abordaría la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010 en su Pleno de 7 de febrero de 2023, no por casualidad, tan solo unas semanas después de su problemática renovación. Tal y como ha trascendido, el juez de la Constitución ha decidido avalar íntegramente la constitucionalidad de la ley por 7 votos a favor y 4 en contra. Aún no conocemos el texto de la sentencia, que se espera a lo largo de las próximas semanas, pero sí debe llamarse la atención acerca de que la decisión lo es respecto de la versión de la ley aprobada en el año 2010, aunque, al parecer, sin perder de vista el que será su nuevo texto⁷.

En este dinámico contexto, las páginas siguientes no pueden sino limitarse a exponer el régimen jurídico en España de la interrupción voluntaria del embarazo, dejando necesariamente para un estudio posterior las trascendentales cuestiones relativas a cuál es el marco de derechos, principios y valores constitucionales en que se desenvuelve y su relación con las opciones regulativas elegidas por el legislador español. Obviamente, se examina el nuevo contenido de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva, pero poniéndolo siempre en relación con su versión anterior. Así, y tras el análisis de una serie de cuestiones que son comunes a toda interrupción voluntaria del embarazo, el estudio deslinda entre los supuestos de aborto por libre decisión de la mujer y por razones médicas,

⁶ El origen de la polémica fue el anuncio del Vicepresidente de la Junta de Castilla y León, perteneciente al partido político VOX, que gobierna en coalición con el Partido Popular, de que en la Comunidad Autónoma los médicos estarían obligados a ofrecer a la mujer embarazada que manifieste su intención de abortar la posibilidad de escuchar el latido del feto, realizarle una ecografía 4D y medidas de apoyo psicológico (<https://elpais.com/sociedad/2023-01-12/castilla-y-leon-implantara-medidas-para-evitar-abortos-escucha-del-latido-del-feto-y-ecografias-4d.html>). El revuelo originado por el anuncio desembocó en un contradictorio, y confuso, cruce de declaraciones entre las autoridades de ambas formaciones políticas, incluido el propio presidente de la Junta de Castilla y León, del partido popular, y el líder nacional de esa formación política. El resultado de la polémica no ha sido, obviamente, la implementación de protocolo alguno, pero sí la inclusión de una enmienda en el Senado a la reforma de la ley con la intención de «blindarla» frente a este tipo de medidas. Así, el nuevo artículo 24.2 de la norma dispone que «Las administraciones públicas competentes garantizarán el libre ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo en los términos de esta ley y, especialmente, velarán por evitar que la solicitante sea destinataria de prácticas que pretendan alterar, ya sea para afianzar, revocar o para demorar, la formación de su voluntad sobre la interrupción o no de su embarazo, la comunicación de su decisión y la puesta en práctica de la misma, con la excepción de la información clínica imprescindible y pertinente. Las intervenciones diagnósticas y terapéuticas asociadas con la decisión y la práctica de la interrupción del embarazo deberán basarse, en todo caso, en la evidencia científica».

⁷ <https://elpais.com/espana/2023-02-09/el-constitucional-rechaza-el-recurso-del-pp-y-avala-en-su-totalidad-la-ley-de-plazos-del-aborto.html>; <https://bit.ly/3kWcMmE>.

sean referidas a la embarazada o al no nacido, para, finalmente, concluir con unas consideraciones en torno a cómo afronta la nueva redacción de la ley dos problemas recurrentes sobre los que necesariamente habrá de volverse en el mencionado estudio posterior: la objeción de conciencia del personal sanitario y la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en el sistema público de salud.

2. La actual regulación del aborto en España

2.1. Cuestiones comunes

El vigente marco normativo distingue tres situaciones distintas de interrupción voluntaria del embarazo. Una primera de aborto «libre» hasta la semana 14 de gestación y dos supuestos de aborto por razones «clínicas», uno hasta la semana 22 y otro más allá de ella. O, desde otro punto de vista, la ley insta un doble sistema de plazos a los que se añade una situación clínica (excepcional) no sujeta a límite temporal. En todos los casos, las circunstancias («condiciones») en las que se permite la interrupción voluntaria del embarazo deben interpretarse siempre «en el modo más favorable para la protección y eficacia» del conjunto de valores, principios y derechos constitucionales que amparan a la mujer embarazada, tales como libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), vida e integridad personal (artículo 15 CE), intimidad (artículo 18 CE), libertad ideológica (artículo 16 CE) o no discriminación (artículo 14 CE) (art. 12).

La interrupción voluntaria del embarazo queda configurada en España como una prestación a cargo del Sistema Nacional de Salud accesible a cualquier mujer con independencia de la regularidad o irregularidad de su *status* en el país y que se realiza por un médico especialista, preferiblemente en obstetricia y ginecología, o bajo su dirección, en centros sanitarios públicos o privados acreditados. Y, por supuesto, siempre con el consentimiento informado expreso y por escrito de la embarazada o de su representante legal de acuerdo con la normativa reguladora de los derechos del paciente⁸. En este contexto, la ley redundante en la necesidad de informar a la embarazada con arreglo a lo estipulado en los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, así como de otras cuestiones atinentes a la propia interrupción del embarazo (trámites, condiciones, centros públicos y acreditados o cobertura) (artículo 17.4)⁹.

⁸ Consentimiento que es posible excepcionar en el supuesto descrito por el artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002, que permite a los facultativos «llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento», cuando «existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él»; para la interpretación del alcance de esta previsión véase G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 82, 2008.

⁹ Antes de la reforma de 2023, la norma recogía de manera expresa el deber de informar específicamente «sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo», obligación que, en línea con los principios que han impulsado la reforma, ahora desaparece para limitarse a lo estrictamente clínico: «la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias». El legislador subraya además la claridad, objetividad, comprensibilidad y accesibilidad con las que debe proporcionarse la información, que podrá serlo también verbal si así se desea.

Uno de los aspectos más polémicos en la última reforma de la ley tiene que ver, precisamente, con la capacidad para consentir la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. En este sentido, la Ley vuelve a alinearse, a diferencia de lo que sucedía desde 2015¹⁰, con el régimen general de capacidad para consentir establecido en la Ley 41/2002. Así, las mujeres pueden consentir interrumpir su embarazo desde los 16 años «sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales» (Art. 13 bis 1), estándose en el caso de las menores de 16 años a lo dispuesto en el artículo 9.3.c de la Ley 41/2002; es decir, «paciente menor de edad [que] no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención», en cuyo caso el consentimiento «lo dará el representante legal del menor»¹¹.

2.2. Interrupción «libre» del embarazo

El primer supuesto de aborto que contempla la ley es la interrupción voluntaria del embarazo por decisión de la mujer sin más limitación que la temporal: toda embarazada puede decidir libremente poner fin a su embarazo dentro de las 14 primeras semanas de gestación.

Es aquí donde, sin duda y junto con la edad para consentir, más profundamente cambia la ley con la reforma de 2023 y es también uno de los aspectos que más polémica ha generado desde el punto de vista de la ponderación de los bienes constitucionales en juego, al menos desde la óptica de la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo en 1985 acerca de la protección constitucional de la vida humana en formación como bien autónomo al amparo de la proclamación del derecho fundamental a la vida (artículo 15 CE)¹².

Antes de la reforma, había dos condiciones procedimentales a la libre interrupción del embarazo que el legislador vinculó directamente a su ponderación de los distintos intereses en juego en la interrupción voluntaria del embarazo. Ambas, además, pueden seguir rastreándose, aunque desde un prisma

¹⁰ La Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, *para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*, dio nueva redacción al artículo 9.5 de la Ley 41/2002 exigiendo que, en el caso de la «interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad», era preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

¹¹ En el hipotético caso de conflicto entre la voluntad de la menor embarazada y quien ostenta su representación, la decisión correspondería a la autoridad judicial a través de un procedimiento urgente en el que se nombra a la menor un defensor judicial y en el que interviene el Ministerio Fiscal (artículo 16 bis.2 in fine).

¹² De hecho, la ponencia encargada inicialmente en el seno del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la Ley 2/2010, elaborada por el Magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla, solo cuestionaba la legitimidad de la norma en un aspecto: cómo se informaba, mediante un sobre cerrado, a la mujer embarazada que decide poner fin a su embarazo. Su ponencia, como ya hicieron el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica de 2010, de 9 de septiembre de 2009, y la propia Ley de 2010, asumía que la información a la gestante es el instrumento principal de protección de la vida humana en formación dentro del periodo de tiempo en el que la interrupción del embarazo depende única y exclusivamente de la voluntad de aquella. Pero, en su opinión, el sistema articulado «no garantiza que [...] sea informada previamente a la prestación del consentimiento para la interrupción del embarazo, en términos claros, objetivos y comprensibles, acerca de los extremos indicados en el art. 17.1 de dicha ley, así como sobre la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias (art. 4.1 de la Ley 41/2002) y de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de su interrupción (art. 17.4 de la Ley Orgánica 2/2010). No puede entenderse, en consecuencia, que el legislador haya llevado a cabo en este punto una ponderación adecuada de los derechos y bienes dignos de protección constitucional en conflicto precisamente», <https://bit.ly/3ZxAox7>.

distinto, en el régimen jurídico de la muerte asistida (Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*)¹³.

Así, y en primer lugar, la embarazada que manifestaba su deseo de abortar debía recibir información sobre cuestiones que eran ajenas a la interrupción voluntaria del embarazo como intervención puramente clínica y que se referían, sobre todo, al conjunto de derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad¹⁴. Una información que se entregaba en un sobre cerrado y a la que, por lo tanto, la embarazada solo accedía si así lo deseaba¹⁵. A ello se añadía un periodo de reflexión de al menos 3 días desde la recepción de la información y la práctica de la interrupción del embarazo (antiguo artículo 14 a y b de la ley)¹⁶. La finalidad de ambas exigencias era clara. En primer lugar, garantizar la absoluta libertad y responsabilidad de la decisión de la mujer embarazada, además en un aspecto tan íntimo y trascendente, sobre todo en el caso de que el aborto estuviera motivado por (legítimas) razones de índole exclusivamente socioeconómica. En segundo lugar, con la protección gradual constitucionalmente debida al no nacido a la luz de la vigente doctrina del Tribunal Constitucional¹⁷.

Ambos requisitos han desaparecido ahora, aunque con distinto alcance. La razón de ello ha sido, probablemente, interpretarlos como una posible fuente de presión a la voluntad de la mujer que libremente decide poner fin a su embarazo¹⁸. Si el periodo de tres días sencillamente se elimina, no

¹³ Un examen de la norma y de sus porqués en G. ARRUEGO, *Las coordenadas de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 2021 y C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, 2021.

¹⁴ Concretamente, acerca de «las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento». También sobre centros para informarse de anti-concepción y sexo seguro y para asesorarse voluntariamente antes y después del aborto.

¹⁵ La información, cuya elaboración, contenido y formato era responsabilidad del Gobierno por vía reglamentaria, debía entregarse en cualquier centro sanitario público o privado acreditado junto con un documento acreditativo de la fecha de entrega (artículo 17.2 de la antigua ley).

¹⁶ Interrumpir un embarazo en los supuestos permitidos por la ley, pero sin observar alguna de estas dos condiciones, acarrearía sanción penal. Así, el artículo 145 bis del Código Penal castigaba con «multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación; [...]».

¹⁷ En palabras del legislador de 2010, «La experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer».

¹⁸ Supresión que significa modificar el artículo 145 bis del Código Penal, que ahora reza: «Artículo 145 bis. 1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda

sucede lo mismo con la información: aunque su entrega ya no constituye un requisito para la práctica del aborto, es cierto que está disponible para toda mujer que quiera solicitarla y con el alcance que ella decida¹⁹. Repárese, sin embargo, en que, a pesar de tan trascendente cambio en su naturaleza, acceder a la información y con qué alcance siempre dependió, como no podía ser de otro modo, de la voluntad y responsabilidad de la embarazada, pues estaba contenida en un sobre cerrado. Es decir, el requisito sencillamente consistía en verificar que había sido puesta a su disposición. Nada más, pero tampoco nada menos²⁰.

2.3. Interrupción del embarazo «por causas médicas»

Más allá de la semana 14 de gestación y hasta la semana 22, la ley permite la interrupción del embarazo exclusivamente en dos situaciones: «grave riesgo para la vida o salud de la embarazada» y «riesgo de graves anomalías en el feto». Como se trata de dos supuestos de hecho «clínicos», su concurrencia debe quedar debidamente acreditada, respectivamente, por uno o dos médicos especialistas distintos de quien practique o dirija el aborto²¹.

Si la decisión de abortar está motivada por la detección de anomalías en el feto, la ley añadía antes de la reforma de 2023 otra medida informativa de nuevo vinculada tanto a excluir razones socioeconómicas que la embarazada pudiera considerar «superables» a través del sistema público de ayudas, como de protección de la vida humana en formación en un momento gestacional más avanzado. Así, había que facilitarle información «por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas». Sin embargo, y en línea con lo que acaba de

índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; b) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado [...].

¹⁹ La norma establece en su artículo 17.2 que «En los casos en que las mujeres así lo requieran, y nunca como requisito para acceder a la prestación del servicio, podrán recibir información sobre una o varias de las siguientes cuestiones: a) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro. b) Datos sobre los centros que ofrecen asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. c) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto. d) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento. La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno, prestando especial atención a las necesidades surgidas de las situaciones de extranjería»

²⁰ Aunque obviamente su naturaleza y finalidad no es exactamente la misma, repárese en que la Ley 41/2002 siempre ha reconocido en su artículo 4.1 el derecho de toda persona a «que se respete su voluntad de no ser informada».

²¹ Art. 15 a) «[...] que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen»; y art. 15 b) «[...] que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija».

indicarse líneas arriba, esta información ya no es requisito para acceder a la prestación y se facilita exclusivamente si la embarazada la solicita (artículo 17.3)²².

Finalmente, la ley española prevé una situación excepcional de interrupción del embarazo allende la semana 22 de gestación; es decir, superado el umbral a partir del que, con arreglo a nuestro estado del conocimiento científico y técnico y en palabras del Tribunal Constitucional en 1985, el no nacido «es ya susceptible de adquirir plena individualidad humana»; lo que comúnmente conocemos como «viabilidad»²³.

Esta posibilidad está prevista en dos supuestos. En el primero, y como explica el legislador, porque habría desaparecido la potencialidad para dar lugar a un ser humano, es decir, el fundamento mismo de la protección constitucional de la vida humana en formación. No podemos olvidar, en este sentido, que en su STC 166/1999, el Tribunal Constitucional hizo depender el ámbito de protección que dispensa el artículo 15 CE de la noción de «viabilidad» ahora definida como la capacidad para vivir y desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano en el sentido del artículo 10 de la Constitución²⁴. Esta potencialidad ya no existiría en el caso de «anomalías fetales incompatibles con la vida» y acreditadas mediante dictamen emitido por un médico especialista diferente de quien aborta o dirige el aborto.

El segundo se refiere a la detección «en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable» con arreglo al estado del conocimiento en el momento en que se produce ese diagnóstico, que, además, deberá ser confirmado por un Comité Clínico²⁵. La reciente reforma ha añadido que, si su

²² En la STC 53/1985, el juez de la Constitución pareció considerar contingente, y por lo tanto temporal, la constitucionalidad de la «indicación eugenésica». En este sentido, afirmó que «en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social [...] [se] contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización», STC 53/1985/11.

²³ Otra «línea» más sometida a los avances del conocimiento científico y tecnológico desde diversos puntos de vista, temporal (estado del conocimiento y de la tecnología) y geoeconómico (accesibilidad), tal y como ya advertía J. GLOVER, *Causing Death and Saving Lives*, New York, 1977.

²⁴ Este concepto, que fue introducido a la luz de lo dispuesto en la antigua Ley de técnicas de reproducción asistida y que posteriormente desapareció en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*, probablemente ha de comprenderse en sentido estrictamente biológico y no funcional. En caso contrario, los embriones *in vitro* quedarían excluidos de la garantía del artículo 15 CE porque sus posibilidades de desarrollo están condicionadas por el hecho técnico de la transferencia. En sentido contrario *vid.*, entre otros, J. VIDAL MARTÍNEZ, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000.

²⁵ Dicho órgano está regulado en el artículo 16 de la ley: «Comité clínico. 1. El Comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos integrantes del personal médico especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas. Ninguno de los miembros del Comité podrá formar parte del Registro de objetos de la interrupción voluntaria del embarazo ni haber formado parte en los últimos tres años. 2. Confirmado el diagnóstico por el Comité, la mujer decidirá sobre la intervención. 3. En cada Comunidad Autónoma habrá, al menos, un Comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros, titulares y suplentes, designados por las autoridades sanitarias competentes, lo serán por un plazo no inferior a un año. La designación deberá hacerse pública en los Diarios Oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas. 4. Las especificidades del funcionamiento del Comité clínico se determinarán reglamentariamente».

decisión es negativa, es posible interponer recurso por la vía preferente y sumaria de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa²⁶.

3. Algunas (recurrentes) consideraciones finales

Desde el primer momento, su tímida apertura a través del régimen de supuestos, la interrupción voluntaria del embarazo ha suscitado en España algunas cuestiones recurrentes. De entre todas ellas destacan especialmente dos que, no por casualidad, latén también en la reforma del régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo operada en 2023. Ambas están, además, en cierto modo relacionadas. Se trata de la objeción de conciencia del personal sanitario y de la naturaleza del centro, pública o privada, en la que suelen practicarse los abortos en España.

Aunque los datos estadísticos facilitados por el Ministerio de Sanidad²⁷ requieren de un sosegado análisis que cruce y contextualice variables diversas como, por ejemplo, las razones de la interrupción voluntaria del embarazo o la naturaleza hospitalaria o extrahospitalaria de la intervención, y que desbordan con mucho el objeto de estas páginas, hay un dato muy significativo e insoslayable: la inmensa mayoría de las interrupciones voluntarias del embarazo no se practican en España en la red sanitaria pública sino en centros privados acreditados.

Si tomamos como punto de partida los datos del año en el que los abortos en España se practicaron íntegramente al amparo de la LO 2/2010 (2011), es cierto que la brecha entre los realizados en centros públicos y privados ha disminuido, pero la distancia sigue siendo muy llamativa: si en el año 2011 el 96,6% lo fueron en centros privados, en 2021 ese porcentaje fue el 84,33%. Un dato que todavía llama más la atención cuando se desciende a examinar qué sucede, y ha sucedido, en cada una de las 17 comunidades autónomas y se conjuga con la naturaleza «hospitalaria» o «extrahospitalaria» de la intervención²⁸.

No podemos perder de vista que, en su redacción original, la Ley 2/2010 estipulaba en su artículo 19 que, como regla general, la prestación se realizaría en centros públicos o vinculados a la red sanitaria pública. El recurso a centros privados acreditados quedaba restringido a la eventualidad de que «excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación»²⁹. Es decir,

²⁶ Artículo 19.4: «La usuaria del Sistema Nacional de Salud podrá recurrir en vía jurisdiccional, mediante el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el caso de que el Comité clínico no confirmase el diagnóstico a que alude la letra c) del artículo 15 y la usuaria considerase que concurren los motivos expresados en el referido apartado».

²⁷ <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm>.

²⁸ Un asunto que llegó a la opinión pública española sobre todo en 2022 y a raíz de la polémica política suscitada por un caso de 2020: Mónica García, portavoz del Grupo Parlamentario Más Madrid en la Asamblea de Madrid, presentó el 29 de junio de 2022 una denuncia al Defensor del Pueblo (Nº Expediente: 21022778) a raíz del caso de Marta Vigar, que acudió a las urgencias de un centro hospitalario público madrileño por una rotura de placenta y, sin embargo, fue derivada a un centro sanitario privado porque sus profesionales eran, todos ellos, objetores de conciencia (<https://elpais.com/espana/madrid/2022-07-13/el-defensor-del-pueblo-alerta-de-que-los-hospitales-publicos-de-madrid-no-practican-abortos.html>).

²⁹ En este caso, «las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación». En el caso de la interrupción del embarazo más compleja, allende la semana 22, el apartado terce-

que los datos muestran que lo que tenía que ser general se convirtió en (extremadamente) excepcional, mientras que la excepción mutó en normalidad. Un hecho al que no ha sido ajeno el legislador de 2023, quien expresamente llama la atención sobre él para justificar una parte importante de la reforma acometida³⁰.

En su nueva redacción, la ley aborda estas cuestiones en sus artículos 18, 18 bis y 19. El artículo 18 introduce la garantía de la prestación en condiciones de igualdad efectiva, accesibilidad, calidad y seguridad³¹ y el 18 bis recoge un conjunto de medidas cuya finalidad es «garantizar la información sobre la prestación». Pero es el artículo 19 el encaminado a asegurar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo por igual a todas las mujeres independientemente del lugar de residencia y en centros de la red sanitaria pública o vinculados a ella³². De nuevo, se prevé la excepcionalidad de que la administración sanitaria pública no pueda facilitar en tiempo la prestación (que se considera siempre un procedimiento de urgencia dado que está sujeto a plazos), en cuyo caso las autoridades reconocerán a la embarazada el derecho de acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional con el compromiso escrito de asumir el abono directo de la prestación y de los gastos en los que haya incurrido la gestante³³.

El segundo aspecto, la objeción de conciencia, ha suscitado interrogantes desde la inicial flexibilización del aborto mediante el sistema de indicaciones; más concretamente, desde su examen por el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985. Efectivamente, en aquella sentencia, y de modo un tanto sorpresivo cuando no expeditivo, el Tribunal afirmó en el fundamento jurídico 14 que «No obstante,

ro del precepto estipulaba que «se realizarán preferentemente en centros cualificados de la red sanitaria pública».

³⁰ Como expresa su Preámbulo, «La inmensa mayoría de las interrupciones voluntarias del embarazo se acaban produciendo en centros extrahospitalarios de carácter privado, y, si bien es cierto que en una década se ha reducido esta tasa en casi diez puntos, pasando de un 88,55 % en 2010 a un 78,04 % en 2020, todavía estamos muy lejos de que se pueda garantizar el grueso de interrupciones voluntarias del embarazo en centros públicos. Resulta especialmente preocupante la diferencia territorial en el ejercicio de este derecho, ya que existen territorios en España que en los últimos años no han notificado ninguna interrupción voluntaria del embarazo en centros de titularidad pública».

³¹ «Las usuarias del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de igualdad efectiva. Las administraciones sanitarias que no puedan ofrecer dicho procedimiento en su ámbito geográfico remitirán a las usuarias al centro o servicio autorizado para este procedimiento, en las mejores condiciones de proximidad de su domicilio, garantizando la accesibilidad y calidad de la intervención y la seguridad de las usuarias».

³² Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 19 establecen que «1. Con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo, las administraciones sanitarias competentes garantizarán los contenidos básicos de esta prestación que el Gobierno determine, oído el Consejo Interterritorial de Salud. Se garantizará a todas las mujeres igual acceso a la prestación con independencia del lugar donde residan. 2. La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma, según lo establecido en el artículo 18. Los centros sanitarios en los que se lleve a cabo esta prestación proporcionarán el método quirúrgico o farmacológico, de acuerdo con los requisitos sanitarios de cada uno de los métodos y centro, previa información de los riesgos y efectos secundarios de ambos métodos y teniendo en cuenta la voluntad de la paciente y su elección entre un método u otro. 3. Los poderes públicos garantizarán, de acuerdo con un reparto geográfico adecuado, accesible y en número suficiente, lo previsto en el artículo 18, en consonancia con lo previsto en el artículo 19 bis».

³³ «[...] las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas o del Estado asumirán también los gastos devengados por la mujer, hasta el límite que éstas determinen» (19.5).

cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales». Apenas seis líneas para despachar un asunto tan complejo y cuya sombra ha sido especialmente alargada, como tuvo ocasión de comprobarse en la absolutamente discutible STC 145/2015³⁴, que avaló la «objeción de conciencia» de un farmacéutico no ya a dispensar, sino incluso a disponer en su establecimiento, la denominada «píldora poscoital»³⁵.

Es cierto que el (parco) régimen jurídico de la objeción de conciencia en la Ley 2/2010, limitado al párrafo segundo de su artículo 19.2, era mejorable. Pero no lo es menos que el legislador establecía unos claros parámetros interpretativos de su extensión difícilmente coherentes con lo que posteriormente interpretaría el TC en 2015, pretendidamente al amparo de su *obiter dicta* de 1985. Así, la objeción de conciencia se reconocía como «derecho» que en ningún caso podía significar merma en el «acceso y la calidad asistencial de la prestación»; que lo era siempre «por razones de conciencia» y fruto de una «decisión individual»; y que, sobre todo, correspondía exclusivamente al personal sanitario «directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo»³⁶. La ley imponía su ejercicio anticipado por escrito, hecho que motivó que alguna Comunidad Autónoma lo articulara a través de la creación de un registro de objetores de conciencia cuya constitucionalidad fue avalada por el Tribunal Constitucional³⁷.

El legislador de 2023 profundiza el régimen jurídico de la objeción de conciencia reiterando algunas cuestiones, enfatizando otras e incorporando asuntos obviados en 2010.

La objeción de conciencia, como «derecho individual», lo es exclusivamente por razones de conciencia, con efectos tanto en el sector público como en el privado³⁸, y consiste en el «rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo»; en otras palabras, es una decisión que solo corresponde a los profesionales sanitarios «directamente implicados» en «su práctica», aspecto

³⁴ Una sentencia tachada implícita y explícitamente de «ideológica» por algunos magistrados constitucionales en sus votos particulares; así, la magistrada Asúa o los magistrados Valdés dal Re y Xiol.

³⁵ Un análisis de esta polémica sentencia desde el punto de vista constitucional en M. AHUMADA RUIZ, *Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 35, 2017 y A. BARRERO ORTEGA, *La objeción de conciencia farmacéutica*, en *Revista de Estudios Políticos*, 172, 2016.

³⁶ Así, el precepto se cerraba afirmando que «En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo».

³⁷ STC 151/2014, relativa a la constitucionalidad del registro de objetores de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo creado por la comunidad foral de Navarra. El Tribunal recuerda que la objeción de conciencia «no se ejerce en el estricto ámbito de la esfera íntima», sin que merezca tacha de inconstitucionalidad crear un registro «con la finalidad de que la Administración autonómica conozca, a efectos organizativos y para una adecuada gestión de dicha prestación sanitaria», quienes rehúsan practicar abortos.

³⁸ Para evitar la irregular situación de profesionales sanitarios que se declaran objetores en la sanidad pública y que, sin embargo, practican abortos en instalaciones sanitarias de titularidad privada.

reiterado hasta en cuatro ocasiones con distintos términos por el legislador³⁹. Una decisión legítima que se ejerce anticipadamente por escrito, pudiendo ser revocada, y que en ningún caso puede afectar ni al «acceso» ni a la «calidad asistencial» de la prestación; o, como enfáticamente asevera el artículo 19 bis.1, nunca puede «menoscabar el derecho humano a la vida, la salud y la libertad de las mujeres que decidan interrumpir su embarazo». Para ello, la norma impone que «los servicios públicos se organizarán siempre de forma que se garantice el personal sanitario necesario» y, al igual que se hacía anteriormente, se recuerda que «todo el personal sanitario dispensará siempre tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una interrupción del embarazo». Medidas organizativas que deben estar también encaminadas a asegurar la no discriminación tanto de objetores como de no objetores⁴⁰.

La ley incorpora ahora como novedad la creación de un registro de objetores de conciencia tanto en cada una de las 17 Comunidades Autónomas como en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y cuya finalidad es facilitar la organización y gestión de la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo.

Hay que llamar la atención sobre que, de manera similar a como ha sucedido con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*⁴¹, el legislador ha configurado la objeción de conciencia de manera exclusivamente binaria: o se es objetor de conciencia o no se es, en ambos casos en términos absolutos y, por lo tanto, ajeno a la diversa naturaleza de los distintos supuestos de aborto y de muerte asistida, y, por ende, de cómo operen en cada uno las razones de conciencia. No es descartable, sin embargo, que tanto en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo como de la muerte asistida, existan tanto profesionales sanitarios que objeten de plano a dichas prácticas como que lo hagan solo a alguna de sus modalidades y que, a pesar de ello, quedan relegados totalmente de la práctica de que en cada caso se trate⁴². Sin embargo, un régimen jurídico «modulable» de la objeción de conciencia parece más adecuado tanto a lo que la objeción significa y supone desde la óptica jurídico-constitucional, como a la garantía de la efectividad de la prestación.

³⁹ El artículo 19 ter.1 al regular el registro de objetores de conciencia habla de «intervención directa en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo».

⁴⁰ Artículo 19 ter.4: «Se adoptarán las medidas organizativas necesarias para garantizar la no discriminación tanto de las personas profesionales sanitarias no objetoras, evitando que se vean relegadas en exclusiva a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, como de las personas objetoras para evitar que sufran cualquier discriminación derivada de la objeción»

⁴¹ Su artículo 16 dispone que: «1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. 2. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal»

⁴² Desde el punto de vista de las razones de conciencia habitualmente esgrimidas, es muy probable que para algunas personas ni participar en una eutanasia sea lo mismo que tomar parte en un suicidio asistido, ni practicar un aborto por razones terapéuticas lo sea con relación a una interrupción del embarazo «libre».

Abortion rights in Irlanda: l'ardua affermazione del principio di autonomia tra diritto alla salute e morale religiosa

Tullia Penna*

ABORTION RIGHTS IN IRELAND AMID WOMEN'S AUTONOMY, RIGHT TO HEALTH AND RELIGIOUS MORALITY

ABSTRACT: This article aims at examining abortion rights in Ireland, by analysing the historical premises of the discourse and the most recent law reform, offering a bioethical reading of the issue. The peculiar geographical context considered allows to highlight how Northern Ireland's experience of abortion rights can be deemed as complementary to the Republic of Ireland's one. In this article, the core focus is dedicated to the peculiar relation between morality and health in relation to abortion rights in Ireland.

KEYWORDS: Abortion rights; repeal the 8th; Ireland; reproductive rights; abortion access

ABSTRACT: Il presente lavoro intende proporre alcune riflessioni in merito alla regolazione dell'interruzione volontaria di gravidanza nella Repubblica d'Irlanda, considerandone le premesse storiche, la recente riforma e una lettura delle stesse in chiave bioetica. A tal fine viene preso in considerazione anche il peculiare contesto dell'Irlanda del Nord e della relazione dell'isola nel suo complesso con la vicina Inghilterra. Un approccio volto a evidenziare la delicata relazione tra morale, sessuale e riproduttiva, e diritto alla salute nell'ambito degli *abortion rights*.

KEYWORDS: Aborto; IVG; Irlanda; diritti riproduttivi; accesso all'aborto

SOMMARIO: 1. Cenni storici: l'interruzione volontaria di gravidanza nell'isola d'Irlanda – 2. L'interruzione volontaria di gravidanza in Irlanda come cura riproduttiva transfrontaliera – 3. Il percorso giurisprudenziale verso la riforma degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda – 4. La riforma degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda: un successo in chiaroscuro – 5. Le *Abortion regulations* del 2020 in Irlanda del Nord – 6. Gli *abortion rights* in Irlanda attraverso la lente bioetica – 7. Conclusioni.

* Ricercatrice in Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino. Mail: tullia.penna@unito.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Cenni storici: l'interruzione volontaria di gravidanza nell'isola d'Irlanda

Una riflessione sugli *abortion rights* nel contesto irlandese potrebbe esaurirsi, e spesso così accade, in un'analisi dell'esperienza della Repubblica d'Irlanda, tradizionalmente considerata la porzione di isola il cui ordinamento maggiormente risente di un'influenza conservatrice, di matrice religiosa e, in particolare, cattolica. Tale influenza, senza dubbio profonda, vieppiù in seno al biodiritto, non costituisce tuttavia un tratto esclusivo della regione meridionale dell'Isola, motivo per cui appare proficuo offrire alcuni spunti, prevalentemente di carattere storico, volti a evidenziare la complementarietà della realtà normativa della Repubblica d'Irlanda e dell'Irlanda del Nord in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

Ad accomunare l'Isola, prima e dopo la creazione dell'*Irish Free State* nel 1922, è stato per decenni un sentire sociale i cui elementi fondamentali andavano rintracciati nel pensiero cristiano di stampo conservatore. Un peculiare *humus* dal quale derivava l'accordo, più o meno tacito, sulla preminenza di una specifica morale sessuale e riproduttiva, in seno alla quale la donna rivestiva un ruolo strumentale sia per la famiglia, sia per le istituzioni pubbliche. Conseguentemente, nell'ambito dei diritti riproduttivi, la salute femminile cedeva il proprio spazio all'applicazione giuridica (e politica) della morale cristiana¹. Se dal 1922 la Repubblica d'Irlanda ha incluso anche nel proprio ordinamento giuridico una morale cristiana cattolica, l'Irlanda del Nord ha parimenti accolto una visione vittoriana di *purezza* sessuale in particolare e sociale in generale². Rispetto agli *abortion rights*, questi erano negati in Irlanda del Nord nella loro integralità a mezzo dell'*Offences Against the Person Act 1861* (OAPA 1861), in forza del quale costituiva reato sottoporsi a un'interruzione di gravidanza (s. 58), così come praticarla o assistervi (s. 59)³. L'OAPA 1861 è rimasto in vigore in Irlanda del Nord fino al 2019 e nella Repubblica fino al 2013, ma, nella seconda, l'IVG è diventata oggetto di un divieto costituzionale, attraverso un referendum che, nel 1983, ha condotto all'inserimento nella Costituzione dell'*Eight Amendment* all'art. 40.3.3. Tale emendamento ha riconosciuto un eguale status alla donna e al feto, qualificando il secondo come "*constitutional person*", dunque titolato a una propria rappresentanza legale in virtù di una concezione del diritto alla vita fondato su una mera condizione di vitalità biologica⁴. Come si vedrà, nel 2013, l'adozione del *Protection of Life During Pregnancy Act 2013* (PLDPA)⁵ ha dato una parziale attuazione legislativa al divieto costituzionale, specificandone i casi d'eccezione⁶.

Alla base di tali interventi normativi restava ferma la morale sessuale e riproduttiva che accomunava le due parti dell'isola e che si fondava sul concetto di *purezza femminile* declinato in ambito sessuale (astinenza fino al matrimonio e, successivamente, sessualità volta alla sola riproduzione), riprodutti-

¹ L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *The Irish Abortion Journey, 1920-2018*, Cham, 2019, 4-5.

² C. FISCHER, *Abortion and reproduction in Ireland: shame, nation-building and the affective politics of place*, in *Feminist Review*, 122, 2019, 35.

³ *Offences Against the Person Act 1861*, 58-59; www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/contents, last visited Dec. 10, 2022.

⁴ F. DE LONDRA, M. ENRIGHT, *Repealing the 8th. Reforming Irish abortion law*, Bristol, 2018, 1.

⁵ *Protection of Life During Pregnancy Act 2013*, Number 35 of 2013, <https://bit.ly/3mzHORD>, last visited Dec. 10, 2022.

⁶ A seguito della condanna della Repubblica d'Irlanda da parte della Corte di Strasburgo nel caso *A,B,C v. Ireland* nel 2010.

va (filiazione esclusivamente entro il vincolo matrimoniale) e, per la Repubblica, sociopolitico (la donna pura quale simbolo dell'identità nazionale, fondata sulla superiorità morale rispetto all'Irlanda del Nord e all'Inghilterra)⁷. Così, mentre nella Repubblica nel 1935 veniva introdotto un divieto radicale di prescrizione, commercio e impiego di ogni tipologia di contraccezione (*Criminal Law Amendment Act 1935*), in Irlanda del Nord la contraccezione rimaneva sì legale, ma oggetto di una stigmatizzazione sociale e clinica tanto vigorosa da renderne vana la diffusione nel concreto⁸.

In simile contesto, la salute sessuale restava comunque cruciale: essa costituiva infatti una preponderante ragione di preoccupazione tanto per le gerarchie ecclesiastiche (anglicane e cattoliche), quanto per i due governi irlandesi. Infatti, sin dalla fine degli anni '20 del secolo scorso, fu chiaro che la tutela della salute femminile avrebbe finito, in un lasso di tempo più o meno esteso, con il minare le fondamenta l'assolutezza del divieto di aborto. Al punto che nel 1930, quando l'*International Anglican Communion*, cui l'Irlanda del Nord aderiva, accettò il ricorso alla contraccezione nel matrimonio per gli *hard cases* (in particolare in caso di *exhaustion* della madre a seguito di numerose gravidanze)⁹, nulla cambiò nel panorama sociale o politico. Anzi, l'irrigidimento ulteriore rispetto alla diffusione dei contraccettivi fu paragonabile a quello avvenuto nel medesimo periodo nella Repubblica, a seguito dell'emanazione dell'enciclica papale *Casti Connubii*, secondo la quale si rivelava falsa e *vergognosa* la teoria per cui il ricorso alla contraccezione rintracciava il proprio fondamento morale nella protezione della salute materna¹⁰. In aggiunta a ciò, e per riflettere sul presunto afflato liberale e progressista dell'Irlanda del Nord in paragone alla Repubblica, occorre ricordare come nel 1929 a Westminster fosse stato approvato l'*Infant Life (Protection) Act*, grazie al quale venne introdotta l'eccezione all'OAPA 1861 rispetto all'interruzione di gravidanza: quest'ultima diveniva quindi legale qualora si intendesse salvare la vita della donna. Tuttavia, la legge del 1929 non venne attuata in Irlanda del Nord, la cui agenda politica non era certamente pronta a legalizzare l'aborto terapeutico¹¹. Nondimeno, quando nel Regno Unito venne legalizzata l'interruzione di gravidanza attraverso l'*Abortion Act 1967*¹², questo non venne esteso all'Irlanda del Nord, il cui *Attorney General* si premurò di motivare la decisione sottolineando come sul tema dell'aborto non vi fosse comunanza di percezione, e intenzione riformatrice, con la Gran Bretagna¹³.

Nell'isola di Irlanda, per tutto il XX secolo, la tutela dei diritti riproduttivi è stata di fatto demandata alla clausola di *good faith* dei medici, il cui ruolo non era tanto legittimato dalla competenza professionale, quanto dalla posizione sociale da loro ricoperta, a fronte della quale i due governi attribuiva-

⁷ C. FISCHER, *Abortion and reproduction in Ireland: shame, nation-building and the affective politics of place*, cit., 37-38; L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 11; C. FISCHER, *Gender, nation, and the politics of shame: Magdalen Laundries and the institutionalisation of feminine transgression in modern Ireland*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 41, 4, 2016, 821-843.

⁸ La prima clinica di family planning, fondata a Belfast nel 1936, chiuse in poco meno di un decennio a causa del deficit finanziario e delle proteste della popolazione contro le attività di corruzione morale perpetrate attraverso la pianificazione delle nascite. L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 22-23.

⁹ S. McAVOY, *Before Cadden: Abortion in Mid-Twentieth-Century Ireland*, in D. KEOGH, F. O'SHEA, C. QUINLAN (eds.), *The Lost Decade: Ireland in the 1950s*, Cork, 1999, 150.

¹⁰ Pio XI, *Casti Connubii*, 31 dicembre 1930.

¹¹ L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 41.

¹² *Abortion Act 1967*, www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents, last visited Dec. 10, 2022.

¹³ L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 70.

no costantemente ai professionisti sanitari la funzione di arbitri *morali*¹⁴. Arbitri e custodi della morale sessuale e riproduttiva, con una conseguente funzione di mediazione dell'esercizio dell'autonomia e dell'autodeterminazione individuale rispetto alle scelte riproduttive¹⁵. Una veste che, come si vedrà, ancora oggi appare (implicitamente) assegnata dalla legislazione irlandese ai professionisti sanitari.

2. L'interruzione di gravidanza in Irlanda come cura riproduttiva transfrontaliera

Dato tale contesto, pare essenziale soffermarsi sul tipo di strategia di adattamento attuato dalle donne intenzionate a interrompere una gravidanza in Irlanda, dove, fino al 2018 per la Repubblica e al 2020 per il Nord, tale trattamento sanitario risultava illegale¹⁶. Infatti a partire dal 1967, quando in Gran Bretagna venne approvato l'*Abortion Act*, si sviluppò il fenomeno della ricerca dell'IVG oltremare¹⁷.

A motivare il ricorso alle cure riproduttive transfrontaliere per interrompere una gravidanza vi erano diversi fattori, tra i quali spiccavano senza dubbio lo stigma sociale, derivante dalla specifica morale sessuale e riproduttiva radicata e diffusa in Irlanda, e il conseguente senso di vergogna. Elementi intrecciati alla necessità di poter esercitare la propria autodeterminazione e veder riconosciuti quei diritti riproduttivi a lungo negati. Inoltre la Repubblica d'Irlanda aveva costruito la propria identità nazionale specificatamente sul concetto di superiorità morale, fondata a sua volta sul ruolo delle donne quali detentrici della virtù morale¹⁸. La trasgressione dell'ordine morale, viepiù se realizzata da una donna, implicava conseguentemente un pericolo per la tenuta concettuale della nazione stessa. Infatti «*moralistic approach to reproduction and sexuality has been from the beginning intertwined with ideas of Irishness, as women were constructed as bearers of the nation's honour [... and] drawing equivalence between abortion, Englishness and colonial oppression served the purpose of defining Irishness in strictly moralistic terms*»¹⁹. Sono stati così egualmente negati alle donne responsabili di trasgressione dell'ordine morale tanto i diritti riproduttivi connessi all'IVG, quanto lo spazio pubblico di narrazione delle proprie esperienze, permettendo lo sviluppo di un «*gendered displacement*»²⁰,

¹⁴ *Ivi*, 61.

¹⁵ S. BERGEN, "The kind of doctor who doesn't believe doctor knows best": Doctors for Choice and the medical voice in Irish abortion politics, 2002-2018, in *Social Science & Medicine*, 297, 2022, 1.

¹⁶ In merito alla qualificazione dell'IVG come trattamento sanitario, vd. B. LIBERALI, *Obiezione di coscienza nell'interruzione di gravidanza ancora a giudizio? Punti fermi e prospettive future*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2020, 347.

¹⁷ A oggi le stime ufficiali attestano a più di 200mila il numero di donne che sono partite dalla sola Repubblica d'Irlanda, vd. THE IRISH FAMILY PLANNING ASSOCIATION, www.ifpa/Hot-Topics/Abortion/Statistics, last visited Dec. 10, 2022.

¹⁸ C. FISCHER, *Abortion and reproduction in Ireland: shame, nation-building and the affective politics of place*, cit.; C. FISCHER, *Gender, nation, and the politics of shame: Magdalen Laundries and the institutionalisation of feminine transgression in modern Ireland*, cit.

¹⁹ C. FISCHER, *Abortion and reproduction in Ireland: shame, nation-building and the affective politics of place*, cit., 37-38.

²⁰ *Ivi*, 40-41: «Not only, then, did Ireland's "gendered displacement" identify women seeking abortion as illegitimate subjects of the Irish nation state and, accordingly, removed them from Irish territory, but also, through

vale a dire un fenomeno di allontanamento, almeno indirettamente coercitivo, di quelle donne non conformate al modello morale dominante. Un allontanamento aggravato dal senso di vergogna derivante da una pervasiva stigmatizzazione sociale, presente anche a livello istituzionale²¹.

Le cure transfrontaliere per l'interruzione di gravidanza sono state effettivamente, e deliberatamente, ignorate dal dibattito pubblico per decenni in Irlanda, attraverso l'esercizio di una cecità selettiva volta a preservare l'ideologia della superiorità morale, specialmente in ambito sessuale e riproduttivo. La negazione degli *abortion rights* e il complementare stigma sociale hanno determinato inoltre la diffusione di una cultura della segretezza in relazione alle cure transfrontaliere. La segretezza non andrebbe tuttavia confusa con una ricerca di maggiore *riservatezza*, bensì intesa come strategia di difesa contro potenziali aggressioni o danni, laddove la riservatezza coinciderebbe invece con l'autonomia individuale di controllo della divulgazione di informazioni²². Il bisogno di segretezza discenderebbe direttamente dalla cultura della vergogna, dunque dalla trasgressione dell'ordine morale, e pertanto restringe l'autonomia femminile in materia di IVG anche quando esercitata sul territorio irlandese, come possibile dal 2018. In particolare, anche in anni recenti, è emerso come le donne irlandesi preferiscano non rivolgersi ai *general practitioners* locali né per richiedere informazioni in materia di IVG, svolgendo invece le proprie ricerche online, né per ottenere il trattamento sanitario, che ricercano in città più distanti da quella di residenza²³.

Il vasto fenomeno delle cure transfrontaliere connesse all'IVG non è certamente esaurito in seguito alla riforma costituzionale del 2018 e alla conseguente entrata in vigore dell'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*²⁴ nella Repubblica d'Irlanda, o delle *Abortion regulations 2020* in Irlanda del Nord²⁵. Come si vedrà nel prosieguo, le problematiche emerse nella prassi attuativa di tali riforme, unitamente alla cultura della vergogna la cui mitigazione costituisce ancora un mero orizzonte, continuano a nutrire tale fenomeno e la connessa ricerca di segretezza, senza fondate speranze di miglioramento nel medio periodo di applicazione delle nuove normative²⁶. La segretezza, nonostante possa validamente essere descritta come forma di agency e di potere individuale in risposta a una governance dei diritti riproduttivi di tipo oppressivo²⁷, rischia più probabilmente di configurarsi come

this symbolic and physical removal, it induced a strong sense of women's alienation from Ireland – from their home».

²¹ P. CULLEN, E. KOROLCZUK, *Challenging abortion stigma: framing abortion in Ireland and Poland*, in *SRHM*, 2019, 6. Infatti «*stigmatising discourse has political and social consequences: it allows policy makers to label women who have abortions as non-normative and separate them from the dominant culture, subject them to social control, discount their experiences and ignore their needs and rights*»; *ivi*, 16.

²² J. MISHTAL *et al.*, *'To be vigilant to leave no trace': secrecy, invisibility and abortion travel from the Republic of Ireland*, in *Culture, Health & Sexuality*, 2022, 3.

²³ G. ZANINI *et al.*, *Abortion information Governance and Women's travel across European Borders*, in *Women's Studies International Forum*, 87, 2021, 1-8.

²⁴ *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*, Number 31 of 2018, <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2018/act/31>, last visited Dec. 10, 2022.

²⁵ *The Abortion (Northern Ireland) regulations 2020*, <https://bit.ly/3kRVil2>, last visited Dec. 10, 2022.

²⁶ J. MISHTAL *et al.*, *op.cit.*, 10.

²⁷ C. SMART, *Families, Secrets and Memories*, in *Sociology*, 45, 4, 2011, 539-553.

diffusa cultura del silenzio, in cui la libera scelta di non divulgazione produce l'effetto deteriore di oscurare i danni prodotti da un sistema normativo direttamente, o indirettamente, punitivo²⁸.

3. Il percorso giurisprudenziale verso la riforma degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda

Sul piano normativo, il riflesso della morale sessuale e riproduttiva era costituito dall'*Eight Amendment* (art. 40.3.3) della Costituzione irlandese, approvato nel 1983 con il 66% di voti favorevoli ottenuti nel relativo referendum²⁹. La formulazione della norma era tuttavia ambigua («*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right*»), permettendo infatti di fondarvi una lettura orientata sia all'assolutezza del divieto di aborto, sia alla permissività in casi specifici ed entro una determinata soglia temporale³⁰. Di conseguenza la giurisprudenza nazionale e sovranazionale ha potuto ricavare e strutturare alcuni spazi interpretativi, entro i quali è maturata la composizione democratica del conflitto valoriale alla base dei diritti riproduttivi e, in particolare, dell'IVG³¹.

Il percorso giurisprudenziale che ha condotto alla riforma del 2018 prende le mosse nel 1985, con il ricorso della *Society for the Protection of Unborn Children* (SPUC) contro due cliniche di *family planning* (*Open Door Counselling, Dublin Well Woman Centre*) che fornivano informazioni in merito alle cure transfrontaliere per l'IVG. Secondo i ricorrenti, le pratiche informative delle cliniche violavano l'*Eight Amendment* nella parte in cui stabiliva la tutela della vita del feto. Sia la *High Court*, sia la *Supreme Court* accolsero la posizione della SPUC, affermando la prima che il diritto alla vita del feto non potesse incorrere in un affievolimento in nome del diritto alla *privacy* della donna e la seconda che non sussistesse, neanche implicitamente, un diritto a ricevere informazioni rispetto alle cure transfrontaliere in materia di IVG. Il caso giunse nel 1992 all'attenzione della Corte EDU (caso "*Open Door*"), la quale affermò sì la legittimità degli scopi perseguiti dalle restrizioni in materia di informazioni sull'IVG (al fine della protezione della morale, nello specifico declinata come protezione del nascituro), ma ne riconobbe anche la non proporzionalità, condannando l'Irlanda per violazione dell'art. 10 CEDU. Tuttavia la CEDU non era ancora stata incorporata nel diritto domestico e, pertanto, la pronuncia non costituì un superamento della giurisprudenza nazionale e non comportò la necessità di adeguamento del diritto interno.

In parallelo al caso *Open Door*, la Repubblica d'Irlanda è stata travolta dal dibattito relativo al caso di una quattordicenne intenzionata a interrompere la gravidanza derivata da una violenza sessuale. Il caso, generato dalla decisione dell'Attorney General di emanare una *injunction* con cui diffidare la ra-

²⁸ S. SHELDON, *Empowerment and Privacy? Home Use of Abortion Pills in the Republic of Ireland*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 43, 4, 2018, 823-849.

²⁹ B. GIRVIN, *Social Change and Moral Politics: The Irish Constitutional Referendum 1983*, in *Political Studies*, 34-1986, 61 ss.

³⁰ D.P. KOMMERS, *Autonomy, Dignity and abortion*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.) *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, 443.

³¹ A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-17.

gazza (e i suoi genitori) dal ricercare l'IVG in un altro Paese, raggiunse la *Supreme Court*. La pronuncia che ne conseguì costituisce l'unica interpretazione consolidata dell'*Eight Amendment*, orientata a permettere il ricorso all'aborto esclusivamente quando vi sia un reale e sostanziale rischio per la vita della "madre", che si possa evitare solo interrompendo la gravidanza. Il rischio di commettere suicidio, come nel caso della quattordicenne, era incluso in questo spettro. Ciononostante, in *Attorney General v. X* la Corte non approfondì il profilo della libertà di circolazione al fine di ricorrere a cure transfrontaliere, ritenendolo non essenziale al fine della decisione del caso.

Il tema delle cure transfrontaliere è rimasto cruciale soprattutto a seguito dell'incorporazione della CEDU nel diritto interno, a mezzo dell'*ECHR Act 2003*. Non solo, perché il Governo irlandese aveva ottenuto, in sede di trattativa per l'adozione del Trattato di Maastricht, l'adozione di una peculiare clausola indirizzata a garantire l'applicazione dell'art. 40.3.3 della propria Costituzione, riconfermando ulteriormente la solidità della propria posizione in merito agli *abortion rights*³². Inoltre l'*Open Door case* aveva infatti evidenziato le potenziali conflittualità tra obblighi internazionali assunti dalla Repubblica d'Irlanda e l'*Eight Amendment*, spingendo il legislatore irlandese a includere nel 1992 due nuovi emendamenti all'art. 40.3.3 della Costituzione (*Thirteen, Fourteen*). Tali norme hanno previsto la possibilità di ricorrere a cure transfrontaliere qualora non sussistano le condizioni per accedere all'IVG in Irlanda, nonché la possibilità di fornire informazioni circa tali servizi esteri.

Il delicato rapporto tra normative nazionali e sovranazionali rispetto agli *abortion rights* in Irlanda ha poi trovato spazio nel caso *A.B.C. v. Ireland*, nel quale la Corte EDU ha dovuto affrontare la complessa tematica del bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti e diritti affermati in seno alla Convenzione, nello specifico caso di diritti nazionali dai contorni opachi³³. Nel merito il caso concerneva tre ricorrenti, due interessate a interrompere la gravidanza per ragioni inerenti al benessere psico-fisico ed economico, in un'ampia accezione del diritto alla salute. La terza, invece, affetta da una forma tumorale, lamentava la mancata adeguata informazione rispetto agli effetti della gravidanza sul proprio stato di salute. La Corte EDU ha ravvisato, rispetto alla posizione della terza ricorrente, nel mancato intervento del legislatore ordinario, al fine di attuare le norme costituzionali, una valida ragione di sanzione a fronte della violazione dell'art. 8 CEDU; in tal senso colmare il deficit attuativo rispetto agli specifici casi nei quali il ricorso all'IVG risulti legale, come già ampiamente evidenziato dalla dottrina, risultava dunque urgente, anche al fine di limitare le valutazioni giudiziarie *case by case*³⁴. La Corte EDU ha invece evitato di assumere una posizione netta rispetto alla titolarità del diritto all'art. 2 CEDU, non identificando espressamente nel feto un titolare del diritto alla vita³⁵.

La lacuna legislativa è stata quindi colmata, in un primo momento, dal risultato dei lavori di una commissione di esperti di ambito sanitario e giuridico, orientati a fornire possibili soluzioni al legislatore irlandese. Immutata la punibilità dell'aborto, l'adozione del *Protection of Life During Pregnancy Act 2013* (PLDPA) ha individuato le condizioni di eccezioni al divieto, conferendo veste legislativa alle indicazioni che la *Supreme Court* aveva fornito nel *Caso X*. Tale legge abrogava alcune parti

³² L. BUSATTA, C.M. REALE, *The Celtic Tiger at referendum: l'Irlanda verso una nuova stagione di tutela costituzionale dei diritti?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2018, 1233.

³³ *Ivi*, 9.

³⁴ *Ivi*, 10.

³⁵ Vd. *Paton v. UK, H. v. Norway, Vo v. France*.

dell'*Offence Against Person Act* 1861 (ss. 58,59), pur introducendo il reato di "*destruction of unborn human life*" (s.22). Le eccezioni previste riguardavano invece tre casi, la cui valutazione era affidata alla *good faith* dei medici. Il primo concerneva il rischio reale e sostanziale, legato alle condizioni fisiche, per la vita della donna. La seconda includeva la possibilità dell'aborto d'urgenza quando il rischio fosse immediato, mentre la terza la possibilità di salvare la vita della donna intenzionata a commettere il suicidio. IL PLDPA aveva quindi assolto al compito di regolamentare l'aborto in chiave meramente "procedurale"³⁶, esponendosi a numerose critiche e al dato fattuale del crescente numero di donne in cerca di cure transfrontaliere.

Conseguentemente, un'Assemblea composta da 92 cittadini estratti a sorte tra diversi gruppi, al fine di rappresentare il pluralismo della società irlandese, è stata nominata nel 2016 per individuare alcune proposte su materie altamente sensibili, che tuttavia non fossero vincolanti per il Parlamento. Rispetto agli *abortion rights* l'obiettivo era quello di sancire l'esclusiva competenza del Parlamento nella regolamentazione dell'aborto preservando la liceità della procedura qualora vi fosse un rischio per la vita e la salute psichica o fisica della donna, entro un termine di legge determinato alla luce dei dati scientifici più avanzati. Tali elementi sono effettivamente stati fissati dall'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act* nel dicembre 2018, a seguito del referendum popolare svoltosi il 25 maggio 2018, al fine, raggiunto, di "*repealing the Eight*". L'abrogazione dell'*Eight Amendment* ha così aperto una nuova fase della vita politica e normativa irlandese, in uno schema *dignitario* di bilanciamento costante tra l'autodeterminazione della donna e la protezione della vita fetale³⁷.

4. La riforma degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda: un successo in chiaroscuro

Cultura della vergogna, conseguente segretezza e cure transfrontaliere rimangono presenti nella realtà irlandese anche oggi, a distanza di quattro anni dall'approvazione dell'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*. La riforma, oltre all'abrogazione PLDPA 2013, introduce effettivamente degli *abortion rights*, pur limitandoli notevolmente. Innanzitutto, la riforma del 2018 legalizza il ricorso all'IVG fino alle 12 settimane di gestazione su richiesta della donna e nelle fasi più avanzate della gestazione nei soli casi di rischio per la vita o per la salute della donna. Ancora, l'IVG è permessa oltre la dodicesima settimana nel caso di accertate gravi anomalie fetali. Pur depenalizzando il comportamento della donna che si sottoponga a un'IVG nei casi non consentiti dalla legge, costituisce ancora reato l'azione di coloro che aiutino la donna a ottenere, in quegli stessi casi, un'interruzione di gravidanza.

Al netto dell'analisi della prassi, nonché dei suoi risvolti, appare opportuno premettere uno spunto riflessivo di ordine lessicale e concettuale rispetto alla riforma del 2018. *In primis*, nello spazio dedicato al profilo definitorio, il legislatore irlandese ha qualificato la "*termination of pregnancy*" non in quanto interruzione di uno stato biologico inerente alla corporeità femminile, quanto alla procedura

³⁶ J.N. ERDMAN, *The Procedural Turn: Abortion at the European Court of Human Rights*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN-B.M. DICKENS, *Abortion law in Transnational Perspective*, Philadelphia, 2014, 121 ss.

³⁷ A. BARAGLIA, *op.cit.*, 15. Il referendum del 2018 ha permesso al 68% dei cittadini della Repubblica d'Irlanda di richiedere l'abrogazione del divieto di aborto, vd. L. POLI, *Il diritto internazionale come "motore" del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, Special Issue 2, 2019, 291-294; L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 128.

medica «*intended to end the life of a foetus*» (s. 2). A rilevare è dunque l'entità coinvolta nella procedura e non il corpo, e dunque la soggettività, di chi la ospita. In aggiunta a ciò, con il termine feto la legge designa indistintamente «*an embryo or a foetus*» (s. 2), mostrando un chiaro disinteresse verso un profilo definitorio attento alle scienze dure, mediche e biologiche.

Nondimeno appare interessante la scelta del legislatore irlandese di anteporre, nell'ordine delle norme, i casi "limite" di IVG in fase avanzata di gestazione (ss. 9-11) alla possibilità per la donna di richiedere il trattamento sanitario in assenza di rischi imminenti per la sua salute o vita (s. 12). Quest'ultimo caso, inoltre, richiede l'obbligatorio termine di 3 giorni dal momento in cui il medico che procederà all'IVG abbia visitato la donna e certificato, in «*good faith*», che la gestazione non abbia superato le 12 settimane. Il certificato in oggetto e la procedura di interruzione possono altresì trovarsi in capo a due differenti medici, ma il termine rimane valido e decorrerà dalla data di rilascio del certificato (s.12). In merito all'obbligo per il medico di provvedere all'IVG, la riforma del 2018 prevede l'esercizio dell'obiezione di coscienza (s.22) e il conseguente dovere, per l'obietto, di trasferire la cura della donna ad altro professionista nel più breve tempo possibile al fine di garantirle il trattamento sanitario (s. 22, subs. n. 3).

I servizi atti a garantire gli *abortion rights* in Irlanda sono stati inaugurati nel 2019, portando a 6666 le IVG praticate legalmente sul territorio della Repubblica d'Irlanda, contro le 32 condotte nel 2018. Tuttavia nel solo 2020 il numero di donne che ha preferito, o si è trovato costretto, a optare per le cure transfrontaliere è stato di 194³⁸. Tale fenomeno affonda le proprie radici in diversi ordini di ragioni, tra i quali spiccano tre fattori cruciali. Il primo è legato al termine di 3 giorni di attesa imposto prima di procedere all'IVG, specialmente in relazione ai casi di gestazione prossima al compimento della dodicesima settimana e alla considerazione del fatto che siano necessari due diversi appuntamenti per ottenere il trattamento sanitario³⁹. In sede di approvazione della riforma nel 2018, l'*Health Minister* aveva chiarito come il termine di 3 giorni non potesse essere né oggetto di rinuncia, né decorrere dal momento della richiesta dell'appuntamento⁴⁰. Il secondo fattore consiste nel fatto che il testo della legge del 2018 impone limiti inderogabili, ma ambigui, per l'interruzione della gestazione dopo la 12^a settimana, esponendo la donna che affronti la presenza di anomalie fetali a una situazione di grave vulnerabilità. Nella prassi, infatti, il requisito richiesto dalla section 11 («*condition affecting the foetus that is likely to lead to the death of the foetus either before, or within 28 days of birth*») si è rivelato foriero di dubbi, quando non addirittura inibente per l'azione professionale dei medici. Questi ultimi infatti tendono a temere la sovraesposizione mediatica di potenziali casi di diagnosi errata e a concedere in circostanze estremamente limitate la certificazione di condizione letale per il feto, costringendo le donne raggiunte da una diagnosi di anomalia fetale «*not fatal enough*» a ricercare cure transfrontaliere per interrompere la gravidanza⁴¹. Infine, terzo fattore rilevante,

³⁸ S. CALKIN, E. BERNY, *Legal and non-legal barriers to abortion in Ireland and the United Kingdom*, in *Sexual Health Services Review*, 5, 2021, 3.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ M. ENRIGHT, *Abortion law in Ireland: reflecting on reform*, in L. BLACK, P. DUNNE (eds), *Law and gender in Modern Ireland: critique and reform*, Oxford, 2019, 55-70.

⁴¹ S. POWER et al., *Fetal medicine specialist experiences of providing a new service of termination of pregnancy for fatal anomaly: a qualitative study*, in *Intern Journal Obs Gyn*, 128, 4, 2021, 676-684.

l'allocazione territoriale inefficiente dei servizi di IVG, dettata in larga parte da un diffuso esercizio dell'obiezione di coscienza da parte dei medici⁴², come già rilevato in numerose esperienze estere⁴³. Simili considerazioni non dovrebbero condurre a una condanna della riforma, frutto dell'impegno militante, politico, accademico e professionale di generazioni di cittadine e cittadini irlandesi, bensì alla valutazione della circostanza per cui in molti Paesi il riconoscimento formale degli *abortion rights* non tenda a coincidere, nel medio periodo, con un effettivo allargamento dell'accesso ai servizi di IVG⁴⁴. Rispetto a questi ultimi, permangono alcuni ostacoli nella Repubblica d'Irlanda, tra i quali spiccano la scarsa capillarità dei servizi offerti a livello di ospedali territoriali, la marginalizzazione del tipo di servizio che finisce con il divenire relegata alle cure di pochi volenterosi professionisti e, infine, la diffusa mancanza di accesso all'aborto di tipo chirurgico, nei casi non rari di fallimento di aborti farmacologici o di casi che richiedano il ricorso necessario alla chirurgia⁴⁵.

5. Le *Abortion regulations* del 2020 in Irlanda del Nord

Come ricordato, il divieto assoluto di accesso all'IVG in Irlanda del Nord è terminato nel 2019, a seguito della maggior visibilità acquisita dai movimenti pro-aborto anche in virtù della campagna del 2018 per la legalizzazione dell'aborto nella Repubblica d'Irlanda e, nondimeno, dell'indagine condotta dalla *United Nations Conventions on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Tale indagine si era conclusa con la ricognizione della grave e sistemica violazione della Convenzione, in materia di IVG, da parte dell'Irlanda del Nord⁴⁶. Nel 2019, sfruttando un frangente di instabilità politica derivante dalla caduta dell'esecutivo a Belfast, è stato così approvato, a mezzo del Parlamento di Westminster, un emendamento volto ad abrogare alcune sezioni (58,59) dell'OAPA 1861 al fine di depenalizzare il ricorso all'interruzione di gravidanza. Di seguito a tale abrogazione, sono state poi approvate le *Abortion (Northern Ireland) Regulations 2020*, che consentono il ricorso all'IVG fino alle 12 settimane di gestazione senza condizioni (Part 2, s. 3) e fino alle 24 settimane nei casi in cui il proseguimento della gravidanza ponga alla gestante rischi di salute, fisica e psichica, superiori rispetto a quelli legati alla terminazione della gravidanza stessa (Part 2, s. 4). Inoltre, in caso di anomalie fetali e di rischio per la vita stessa della gestante, non sussistono limiti temporali per il ricorso all'IVG (Part 3, ss. 5-7).

⁴² M. DONNELLY, C. MURRAY, *Abortion care in Ireland: developing legal and ethical frameworks for conscientious provision*, in *Int J Obs Gyn*, 148, 1, 2020, 127-132.

⁴³ T. AUTORINO *et al.*, *The impact of gynaecologists' conscientious objection on abortion access*, in *Social Science Research*, 87, 2020, 768-799.

⁴⁴ B.M. STIFANI *et al.*, *Abortion policy implementation in Ireland: successes and challenges in the establishment of hospital-based services*, in *SSM Qualit Rsearch in Health*, 2, 2022, 4; W. CHAVKIN *et al.*, *Implementing and expanding safe abortion care: An international comparative case study of six countries*, in *Intern Journal Gyn Obs*, 143, 4, 2018, 3-11.

⁴⁵ B.M. STIFANI *et al.*, *op.cit.*, 9-10.

⁴⁶ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *Report of the inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under article 8 of the optional protocol to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, 2018, <https://digitallibrary.un.org/record/1480026>, last visited Dec. 12, 2022.

A dispetto della formale apertura verso gli *abortion rights* avvenuta attraverso la recente normativa, il dato pratico restituisce un quadro meno confortante, entro il quale l'aborto non sembra essere un servizio sanitario effettivamente disponibile⁴⁷. La diffusione del servizio risente infatti di una profonda disuguaglianza territoriale, che vede ancora oggi le persone, interessate all'IVG, favorite se risiedono nella capitale e sempre più svantaggiate all'aumentare della distanza da Belfast⁴⁸. Ad arricchire tale panorama ha indubbiamente contribuito la pandemia da COVID19, che ha reso gli spostamenti indiscutibilmente più complessi, così come la diffusione della consapevolezza della disponibilità dei servizi, sovente realizzata dal passaparola tra pazienti effettive e potenziali. Inoltre, nel 2020, il numero di IVG ottenute in Inghilterra e Galles da donne nordirlandesi è drasticamente calato, ma non in modo proporzionale a quelle realizzate nel territorio del Nord Irlanda. Considerata la difficoltà, a causa delle restrizioni pandemiche agli spostamenti personali, di recarsi anche nella Repubblica d'Irlanda, la conclusione più probabile è che gli aborti 'mancanti' secondo le stime non si siano verificati proprio per l'inadeguatezza del novello sistema nordirlandese di rispondere alle esigenze sanitarie delle interessate⁴⁹.

6. Gli *abortion rights* in Irlanda attraverso la lente bioetica

L'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*, come si è osservato, costituisce senza dubbio un traguardo essenziale nel riconoscimento degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda, benché oscurato dalla presenza di alcune limitazioni normative (il termine di attesa e le limitazioni al ricorso all'IVG in caso di anomalie fetali) e da altre di ordine applicativo. Da quest'ultimo punto di vista, i due Paesi dell'isola d'Irlanda condividono la difficoltà organizzativa nella realizzazione di una copertura territoriale efficace attraverso i servizi sanitari atti all'interruzione di gravidanza.

Con specifico riferimento all'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*, occorre ancora rilevare come il riferimento al principio di *good faith* torni sovente nel testo normativo, attribuendo, quasi senza soluzione di continuità con il più recente passato, un ruolo *morale* ai medici chiamati a realizzare una pratica abortiva⁵⁰. Infatti i professionisti sanitari sono tenuti al ruolo di garanti rispetto alle scelte in materia di IVG e la garanzia in questione appare più fondata su presupposti morali, che non su competenze ed esperienze professionali nell'ambito sanitario di interesse. In altri termini, la *good faith* in questione appare relativamente distante dalla nozione di buona fede civilistica cui siamo abituati: nella normativa del 2018, l'elemento soggettivo non si esaurisce nello stato psicologico della parte che "ignora" di ledere un altrui diritto, ma si estende a garantire nei confronti dell'ordinamento e dei consociati la legittimità, prima ancora che la legalità, della pratica abortiva. La

⁴⁷ S. CALKIN, E. BERNY, *op.cit.*, 4.

⁴⁸ Le e gli attivisti hanno definito l'accesso ai servizi di IVG in Irlanda del Nord una vera "postcode lottery", in seno alla quale gli *abortion rights* appaiono compressi se non inesistenti a seconda del luogo di residenza della gestante, vd. AMNESTY INTERNATIONAL UK, *Northern Ireland: abortion services cease at South Eastern trust following health department failure*, <https://www.amnesty.org.uk/press-releases/northern-ireland-abortion-services-cease-south-eastern-trust-following-health>, last visited Dec. 12, 2022.

⁴⁹ R. ARMITAGE, *Abortion in Northern Ireland: Decriminalisation, COVID-19 and recent data*, in *The Lancet Regional Health – Europe*, 15, 2022, 1.

⁵⁰ Vd. § 1, § 3.

valutazione dell'*Act 2018* può dunque permettere la sussistenza di alcuni dubbi circa il sostrato culturale su cui si è poggiata la riforma, specialmente rispetto alla continuità di confusione, più o meno intenzionale, tra morale ed etica medica, nonché tra morale e salute individuale. Una confusione che coinvolgerebbe ancora la professionalità dei medici impegnati nei servizi di interruzione di gravidanza, chiamati infatti a svolgere al contempo un ruolo di filtro e uno di garanzia rispetto a tale pratica. Filtro e garanzia ancora una volta *morali* e non certo legali od organizzativi, considerato come l'accertamento del periodo di gestazione in cui si trova la donna non costituisca l'oggetto di una valutazione cui solo i medici, e non anche altri professionisti sanitari di diversa formazione (infermieri, ostetriche, etc.), possano far fronte. I medici assolvono dunque ancora alla funzione di arbitri e *custodi* della morale sessuale e riproduttiva, con una derivante funzione di mediazione dell'esercizio dell'autonomia e dell'autodeterminazione individuale rispetto alle scelte riproduttive⁵¹.

In questo senso una lettura bioetica della normativa del 2018 potrebbe spingere verso legittimi dubbi circa l'effettività del bilanciamento tra competenza professionale del medico e autonomia decisionale della paziente. Un bilanciamento necessario non solo al fine di garantire il rispetto del principio di autonomia, e dunque autodeterminazione, della donna, ma anche per realizzare un tipo di cura *patient-centered*, vale a dire lontana dal tradizionale modello ippocratico e focalizzata sull'esperienza del soggetto che riceve la cura.

Storicamente, come si è accennato, l'Irlanda ha conosciuto un accesso ridotto all'IVG e, per decenni, filtrato (e talvolta ostacolato) proprio dall'esercizio professionale di medici, designati dalla politica *in primis*, e dal diritto *in secundis*, quali custodi di una specifica *morale* sessuale e riproduttiva⁵². Dal 2018, il gruppo attivista *Doctors for choice* (DfC) promuove un modello di cura *patient-centered*, impegnato nel contrasto di un modello autoritativo, e spesso paternalista, di cura in ambito riproduttivo. Si pone dunque al centro dell'operato non tanto il riconoscimento, quanto l'attiva promozione, anche in ambito pubblico, dell'autonomia decisionale, e dunque dell'autodeterminazione, delle pazienti⁵³. L'azione professionale e militante di tale gruppo concentra i propri sforzi nel tentativo di condurre a una metamorfosi delle funzioni attribuite ai medici in ambito di interruzione di gravidanza e, conseguentemente, permettere lo sviluppo di un modello di cura entro il quale le donne possano riconoscere nei medici degli alleati nella costruzione delle proprie autonome decisioni e non degli arbitri morali preposti a sindacare le convinzioni individuali, di ogni natura, che costituiscono le fondamenta, più o meno consapevoli, di quelle stesse decisioni. Un obiettivo che perfettamente si inquadra nella tradizionale comprensione bioetica del rapporto di cura (o rapporto medico-paziente, secondo più datata visione), nella cui cornice si iscrive la rilevanza dell'autonomia individuale rispetto a un supposto beneficio superiore riconosciuto dal professionista sanitario e imposto al soggetto che riceve la cura in virtù della sua presunta ignoranza o incapacità decisionale. In altri termini, pochi dubbi permangono circa un profilo di paternalismo cristallizzato nell'*Act 2018*, anche, ma non solo, attraverso l'obbligatorio rispetto del termine di 3 giorni tra il primo consulto e l'effettiva presa in carico della donna per l'IVG (s. 12).

⁵¹ S. BERGEN, *op.cit.*, 1.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ M. CANTAVE *et al.*, COVID-19 reveals why we need physician advocates now, in *Acad Med*, 95, 2020, 1125.

In questo senso, in Irlanda la *reproductive agency* delle donne interessate a un'interruzione di gravidanza parrebbe da un lato incrementata (dall'abolizione del divieto assoluto di aborto), ma dall'altro ancora costretta da fattori normativi, culturali e sociali di ardua modificazione⁵⁴. Un dato che rileva al di là dell'ambito dell'etica medica e della bioetica, specialmente se si tiene in considerazione come la World Health Organization definisca la qualità della cura anche, e soprattutto, in base al livello di centralità accordato alla paziente attraverso vari elementi (dettagliata informazione, alternative di cura disponibili – es. aborto chirurgico, farmacologico – spazio fisico e mentale di autonomia decisionale, etc.)⁵⁵.

La *reproductive agency* delle donne irlandesi, in maniera paragonabile tra i due Paesi, resta effettivamente compressa, quando non del tutto compromessa, anche dalla sopravvivenza di un profondo stigma sociale connesso all'aborto. Stigma che propaga i propri effetti tanto nella sfera pubblica, quanto nello specifico spazio di azione sanitaria, sia essa svolta in ospedali o altre strutture autorizzate alla realizzazione dell'IVG⁵⁶. Infatti la stigmatizzazione dell'aborto, non certo venuta meno nei recenti anni, porta a una definizione innanzitutto politica, e conseguentemente sociale, delle donne stesse come devianti dal modello culturale dominante, provocandone la marginalizzazione, nonché una forma più o meno latente di controllo sociale nell'esercizio dei loro diritti e, prima ancora, nella definizione dei loro bisogni (anche in ambito sanitario)⁵⁷. Nonostante un notevole progresso sia stato realizzato dalla campagna pro-choice del 2018 nella Repubblica d'Irlanda, ancora molto resta insoluto rispetto ai profili sociali e culturali, rispetto ai quali sembrerebbe significativo l'impiego di un discorso e una narrazione pubblici dell'aborto quale decisione di natura *non eccezionale* (rispetto al modello culturale dominante), essenziale (in seno all'autonomia decisionale del soggetto) e vitale (rispetto alle conseguenze in gioco). Questi tratti, se promossi nella sfera pubblica, tendono a mitigare, fino a eradicare, lo stigma associato all'aborto, unitamente a una capillare diffusione dei servizi necessari a realizzare il relativo diritto di scelta⁵⁸. Non solo, perché la solidità degli *abortion rights* appare un indicatore significativo dello stato di salute di una società rispetto alla parità di genere o, al contrario, a far emergere anche in un'ottica intersezionale l'esistenza di forme oppressive sistemiche rispetto al genere, al sesso, all'etnia, alla classe sociale e alla provenienza geografica⁵⁹. Da tale considerazione deriva pertanto la consolidata consapevolezza di quanto gli *abortion rights* in Irlanda, in maniera simile tra i due Paesi, possano dirsi sì acquisiti a livello normativo, pur in una cornice bioetica discutibile, entro la quale la *reproductive agency* delle donne non appare centrale rispetto allo schema normativo, ancora vincolato a elementi sociali e culturali di notevole contrappeso.

⁵⁴ D. DUFFY *et al.*, *Information flow as reproductive governance. Patient journey analysis of information barriers and facilitators to abortion care in the Republic of Ireland*, in *SSM Population Health*, 19, 2022, 101132, 2.

⁵⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Quality health services*, 2020, <https://www.who.int/news-room/factsheets/detail/quality-health-services>, last visited Dec. 12, 2022.

⁵⁶ B.M. STIFANI *et al.*, *op.cit.*, 10.

⁵⁷ P. CULLEN, E. KOROLCZUK, *op.cit.*, 16.

⁵⁸ B. BAIRD, E. MILLAR, *More than stigma: interrogating counter narratives of abortion*, in *Sexualities*, 22, 2019, 1110-1126.

⁵⁹ P. CULLEN, E. KOROLCZUK, *op.cit.*, 16

7. Conclusioni

L'analisi condotta nel presente lavoro, a partire dal tentativo di riflettere in modo omogeneo sulla sorte degli *abortion rights* in Irlanda, tenendo perciò conto delle esperienze di entrambi i Paesi, intendeva verificare quali risultati siano effettivamente stati ottenuti a partire dal 2018 a livello normativo e applicativo. Se da un lato si può dunque sostenere che l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018* nella Repubblica d'Irlanda e le *Abortion (Northern Ireland) Regulations 2020* costituiscano un traguardo normativo storico, dall'altro diverse perplessità permangono. Principalmente legate alla dimensione applicativa della norma, e pertanto alla difficoltà di diffondere in modo capillare, o quanto meno omogeneo, i servizi di IVG, le suddette perplessità si collocano anche a un livello più generale, connesso alla lettera della norma. In particolare, l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018* contiene elementi ostacolanti l'autonomia decisionale e riproduttiva della donna, come il limite posto all'interruzione di gravidanza rispetto all'emergere di anomalie fetali o il termine di tre giorni da rispettare tra i due consulti utili all'IVG. In questa prospettiva l'aborto rischia di rimanere oggetto di cure transfrontaliere, che già nel secolo scorso e fino al 2018 costituivano una scelta pressoché obbligata per le donne che intendessero interrompere una gravidanza. Il lasso temporale trascorso dall'approvazione delle norme in questione, in correlazione con gli effetti prodotti dalla pandemia da COVID19, non è probabilmente sufficiente a chiarire sul piano statistico se le interruzioni di gravidanza richieste da cittadine irlandesi all'estero (Galles, Inghilterra) siano il prodotto di norme inefficaci sul piano pragmatico o di una cattiva attuazione delle stesse.

Da questo punto di vista, in conclusione, sembra opportuno sospendere il giudizio, ma non l'analisi, circa lo stato di salute degli *abortion rights* in Irlanda, mantenendo l'interesse, non esclusivamente teorico, soprattutto verso i riflessi bioetici. In particolare, una precipua attenzione andrebbe prestata alla *reproductive agency* riconosciuta e tutelata, alle donne irlandesi e al ruolo attribuito ai medici, al fine di verificare, nel lungo periodo, lo sradicamento dello stigma connesso all'aborto e la dismissione di un modello che riconosca ai medici stessi una funzione di arbitri morali, in chiave schiettamente paternalista e oppressiva dell'autonomia e dell'autodeterminazione femminile in ambito riproduttivo.

Verso il ripensamento del compromesso sull'aborto in Germania. Riflessioni sulla recente abolizione del divieto di informare sulle procedure abortive

Irene Domenici*

A STEP TOWARDS RETHINKING THE COMPROMISE ON ABORTION IN GERMANY. REFLECTIONS ON THE RECENT LIFTING OF THE BAN ON THE ADVERTISING OF ABORTION PROCEDURES

ABSTRACT: The article reflects on the recent reform that has lifted, under German law, the prohibition for doctors to provide information on the abortion procedures they perform. In particular, it is argued that this testifies to a fundamental change in the social and legal perception of voluntary termination of pregnancy and thus represents only a first step towards a radical paradigm shift in the legal regulation of abortion procedures in Germany. The article shows how the ban on advertising and information was an essential pillar of the legal and political compromise on abortion and analyses the implications of its lifting in the light of the constitutional principle of state neutrality.

KEYWORDS: Abortion; Voluntary Termination of Pregnancy; Germany; Advertisement; Information

ABSTRACT: L'articolo riflette sulla recente riforma che ha abolito, nell'ordinamento tedesco, il divieto per i medici di informare sulle procedure abortive da loro offerte. In particolare, si sostiene che questa testimonia un fondamentale cambiamento nella percezione sociale e giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza e rappresenta, così, solo un primo passo verso un radicale mutamento di paradigma nell'inquadramento giuridico delle procedure abortive in Germania. L'articolo evidenzia come il divieto di diffondere pubblicità o informazioni fosse un pilastro essenziale del compromesso giuridico e politico sull'aborto e analizza le implicazioni della sua abolizione alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato.

PAROLE CHIAVE: Aborto; IVG; Germania; pubblicità; informazioni

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il compromesso sull'aborto – 2.1. Il dovere di protezione del nascituro tra diritto penale e strumenti procedurali – 2.2. Il § 219a StGB come elemento essenziale del compromesso – 3. La progressiva abolizione del divieto di diffondere pubblicità e informazioni sull'IVG – 4. Il necessario ripensamento del compromesso sull'aborto alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato – 5. Conclusioni.

* Dottoranda al Max Planck Institute for Social Law and Social Policy di Monaco di Baviera. Mail: domenici@mpisoc.mpg.de. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Introduzione

Il 24 giugno 2022, lo stesso giorno in cui la Corte Suprema statunitense pronunciava la sua storica sentenza nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹, il Bundestag tedesco attuava uno dei pilastri del programma del nuovo governo per la tutela dei diritti riproduttivi: l'abrogazione del § 219a del Codice Penale (*Strafgesetzbuch*, StGB)². Questo paragrafo puniva – con pena detentiva fino a due anni o sanzione pecuniaria – chiunque pubblicamente, a scopo di lucro o in modo gravemente offensivo, offrisse, annunciasse, pubblicizzasse o promuovesse i propri o altrui servizi abortivi, nonché i mezzi, oggetti o procedure idonei all'interruzione di gravidanza. In altre parole, sanzionava la diffusione, da parte dei medici, di pubblicità e informazioni sulle procedure abortive da loro offerte³.

L'abolizione di questa misura si inserisce tra gli obiettivi dell'ambizioso piano volto a «rafforzare il diritto delle donne all'autodeterminazione [riproduttiva]»⁴ presentato dal nuovo governo nel patto di colazione del dicembre 2021. Il programma della coalizione pone particolare attenzione sull'accesso all'IVG. Tra i vari propositi, si prefissa di includere l'aborto nell'ambito della formazione e dell'aggiornamento professionale dei medici sottolineando, peraltro, l'importanza dell'accesso gratuito alle procedure abortive. Radicale è la proposta di istituire una commissione per l'autodeterminazione riproduttiva con il preciso compito di esaminare la possibilità di regolare l'aborto «al di fuori del codice penale»⁵.

Il nuovo governo vuole così rispondere alle richieste della società civile e della dottrina giuridica che, da tempo, sostengono la necessità di una riforma dell'intero diritto della medicina riproduttiva, attualmente regolato in maniera piuttosto restrittiva e prevalentemente da norme di diritto penale. I §§ 218 e 218a StGB prevedono tuttora che l'interruzione volontaria della gravidanza costituisca reato e sia punita con sanzione pecuniaria o pena detentiva fino a tre anni, salvo nei casi in cui vi sia una indicazione medica (§ 218a(2) StGB) oppure siano soddisfatte alcune condizioni: che la procedura avvenga nelle prime 12 settimane di gravidanza, sia condotta da un medico e preceduta da una consultazione (§ 218a(1) StGB).

Sebbene la punibilità dell'aborto sia esclusa in questi casi, la sua perdurante classificazione come reato influenza il clima generale che circonda le procedure di IVG in Germania. Il numero di medici disposti a praticare interruzioni della gravidanza è ancora insufficiente a coprire la richiesta,⁶ special-

¹ U.S. SUPREME COURT, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022).

² DEUTSCHER BUNDESTAG, *Plenarprotokoll 20/45*, 24/06/2022, 4610-4628, disponibile al link <https://dserver.bundestag.de/btp/20/20045.pdf> (ultima consultazione 30/11/2022).

³ I commi 2 e 3 del § 219a StGB prevedevano, tuttavia, l'inapplicabilità della disposizione alle pubblicazioni su riviste scientifiche e alle informazioni rivolte ai consultori.

⁴ *Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP)*, disponibile al link <https://bit.ly/3li00b2> (ultima consultazione 30/11/2022), 92.

⁵ *Ibid.*

⁶ Vd. C. WIEDEMANN, *Schwangerschaftsabbrüche: Weg mit Paragraf 218*, in *ZEIT Online*, 16/08/2022; V. CHIOFALO, S. YAKAR, *Sozioökonomische Perspektive auf Intersektionalität am Beispiel des Zugangs zum Schwangerschaftsabbruch*, in *JuWissBlog*, 43, 2022, <https://www.juwiss.de/43-2022/> (ultima consultazione 30/11/2022).

mente nei *Länder* di tradizione cattolica⁷. La situazione giuridica contribuisce a una percezione sociale negativa dell'aborto, che a sua volta influisce sulla scelta degli studenti di medicina di seguire formazioni specifiche sull'esecuzione di procedure abortive⁸. Inoltre, i ginecologi che decidono di praticare aborti sono spesso esposti a minacce o dimostrazioni e accusati di commettere omicidi⁹. Dal punto di vista delle pazienti, il quadro normativo si sostanzia nell'imposizione di ostacoli socio-economici all'accesso all'IVG¹⁰. Per quanto riguarda, ad esempio, la copertura delle spese abortive, queste sono rimborsate dalle assicurazioni sanitarie pubbliche solo nei casi in cui vi sia una indicazione medica o criminologica¹¹. Persino l'obbligo di sottoporsi a previa consulenza in un apposito consultorio espone la paziente a stigma e pressione sociale¹², in quanto il § 219 StGB prevede esplicitamente che la consulenza debba «servire a proteggere la vita del nascituro. Il suo scopo è quello di incoraggiare la donna a proseguire la gravidanza e ad aprirsi alle prospettive di vita con il bambino». In questo contesto, l'abolizione del divieto per i medici di informare sulle procedure abortive da loro offerte porta un vento di cambiamento nella percezione sociale e giuridica dell'aborto. Il presente contributo sostiene che questa riforma, inserita nel più ampio programma a sostegno dei diritti riproduttivi presentato dal nuovo governo, non possa che rappresentare solo un primo passo verso un radicale mutamento di paradigma nell'inquadramento giuridico dell'IVG in Germania¹³. Questa tesi verrà sostenuta, in primo luogo, mostrando come il divieto di diffondere pubblicità o informazioni fosse un pilastro essenziale del compromesso giuridico e politico sull'aborto raggiunto alla fine del secolo scorso, la cui caduta mette in discussione il compromesso stesso. In secondo luogo, si dimostrerà come il forte dissenso sul § 219a StGB, aspetto sintomatico del mutamento nella percezione sociale dell'aborto, assuma rilevanza costituzionale alla luce del principio fondamentale della neutralità dello stato.

⁷ E. KEL, *Gynäkologie in München: Immer weniger Ärzte nehmen Schwangerschaftsabbrüche vor*, in *Süddeutsche Zeitung*, 23/11/2020.

⁸ A. ULBRICHT, *Who can talk about abortion? Information, offence, freedom of speech, and the advertising ban in Germany*, in *Politics*, 0, 2021, p. 5.

⁹ C. WIEDEMANN, *op. cit.*

¹⁰ V. CHIOFALO, S. YAKAR, *op. cit.*

¹¹ Vd. § 24b SGB V. L'assicurazione sanitaria pubblica è comunque obbligata a coprire le spese nei casi di indigenza, come previsto dal Tribunale Costituzionale Federale in BVerfG, 28/5/1993 - 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/90, 2 BvF 5/92, in *BVerfGE* 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, par. 333.

¹² C. WIEDEMANN, *op. cit.*

¹³ Come auspicano C. WIEDEMANN, *op. cit.*; W. JANISCH, *Schwangerschaftsabbrüche: Gehört die Abtreibung noch ins Strafgesetzbuch?*, in *Süddeutsche Zeitung*, 9/7/2022); V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, in *Verfassungsblog*, 30/6/2022, <https://verfassungsblog.de/identitaetpolitik-als-emanzipatorisches-instrument-in-der-debatte-um-den-schwangerschaftsabbruch/> (ultima consultazione 30/11/2022); J. BERGMANN, *Paragraf 219a: Die Abschaffung des Werbeverbots für Abtreibungen ist nicht genug*, in *Süddeutsche Zeitung*, 24/6/2022.

2. Il compromesso sull'aborto

2.1. Il dovere di protezione del nascituro tra diritto penale e strumenti procedurali

L'attuale regolazione dell'interruzione volontaria di gravidanza è il risultato di un delicato compromesso, attuato dal legislatore secondo le coordinate dettate dal *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) nelle due sentenze sull'aborto del 1975¹⁴ e del 1993¹⁵.

Con la prima decisione, il Tribunale Costituzionale Federale si era pronunciato contro un tentativo di liberalizzazione della disciplina che avrebbe escluso la punibilità dell'aborto nelle prime 12 settimane di gravidanza¹⁶. La sentenza dichiarava che la vita del nascituro fosse da tutelare, sin dall'impianto, come interesse giuridico indipendente e prevalente su quello all'autodeterminazione della donna¹⁷. La Corte, infatti, riconosceva al nascituro i diritti alla vita e all'integrità fisica di cui all'art. 2.2 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*, GG)¹⁸, nonché quello alla dignità sancito dall'art. 1.1 GG.¹⁹ Si poneva, pertanto, in capo al legislatore il dovere di proteggere efficacemente la vita umana, anche mediante norme di diritto penale, ammettendo una possibile esenzione dalla pena solo in casi di grave pericolo per la vita e la salute della gestante, o ove la prosecuzione della gravidanza imponesse alla donna un onere assolutamente irragionevole²⁰.

Dopo la riunificazione della Germania, un ulteriore tentativo di riforma provocò il secondo intervento del BVerfG, nuovamente a sostegno di una maggiore protezione della vita embrionale²¹. La sentenza del 1993 ribadì fondamentalmente i principi espressi nella decisione precedente, stabilendo le modalità costituzionalmente obbligate con cui lo stato deve assolvere al dovere di tutelare vita e dignità del nascituro.

Con le due pronunce, il giudice costituzionale ha contribuito in maniera decisiva a delineare i confini del tuttora valido compromesso sull'aborto. Il concetto di protezione definito dal BVerfG si basa sul dovere statale di tutelare l'embrione anche nei confronti della madre²². Questo comporta, in primo luogo, l'imposizione alla gestante dell'obbligo fondamentale di portare a termine la gravidanza²³. So-

¹⁴ BVerfG, 25/2/1975 - 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, in *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*.

¹⁵ *BVerfGE* 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*. Per un approfondito commento alla decisione si veda tra tutti M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

¹⁶ D. COESTER-WALTJEN, *Anmerkung BVerfG, Urt. v. 25. 2. 1975 - 1 BvF 1 - 6/74*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 42, 2017, pp. 3068-3069.

¹⁷ Per una critica alle motivazioni e alla tesi principale della decisione vd. G. CZERMAK, *Siebzig Jahre Bundesverfassungsgericht in weltanschaulicher Schiefelage: Fälle, Strukturen, Korrekturmöglichkeiten*, Baden-Baden, 2021, pp. 42-ff.

¹⁸ *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, parr. 109-ff.

¹⁹ *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, parr. 140-ff.

²⁰ *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, parr. 135-ff.

²¹ *BVerfGE* 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*.

²² Sui pilastri del concetto di protezione formulato dal BVerfG vd. A. LEISNER-EGENSPERGER, *Tanz um das geborene Kind: Der Schutz des ungeborenen Lebens und das Selbstbestimmungsrecht der Frau*, in *Verfassungsblog*, 24/6/2022, <https://verfassungsblog.de/tanz-um-das-geborene-kind/> (ultima consultazione 30/11/2022); S. WALTHER, G. HERMES, *Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht - Das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG und seine Folgen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 37, 1993, 2337-2347.

²³ Vd. S. WALTHER, G. HERMES, *op.cit.*, 2338.

lo in circostanze eccezionali, che richiedano un irragionevole sacrificio da parte della donna, si ammette che questo obbligo non sia opponibile²⁴.

In secondo luogo, si stabilisce che lo Stato debba adottare misure sufficienti a garantire all'embrione una protezione efficace, mediante una combinazione di elementi preventivi e repressivi. Non è quindi possibile per il legislatore rinunciare liberamente all'uso del diritto penale senza incorrere nel pericolo di adottare misure inadeguate²⁵. Inoltre, il dovere di protezione si estende alla tutela contro influenze sociali o economiche che possano contrastare con la volontà della donna di continuare la gravidanza. In particolare, lo Stato ha il dovere di garantire proteggere la vita del nascituro dalla «coscienza generale»²⁶.

Infine, il BVerfG lascia aperta la possibilità di adottare un modello di non punibilità dell'aborto basato sulla consulenza alla gestante, il quale, nondimeno, deve mirare a persuadere la donna a continuare la gravidanza e renderla consapevole del diritto alla vita dell'embrione²⁷.

Il risultato è un concetto di protezione del nascituro basato, da una parte, sull'adozione di misure di diritto penale e, dall'altra, sulla previsione di strumenti procedurali quali la consulenza medica obbligatoria²⁸. Entrambi questi aspetti hanno la finalità non solo di dissuadere la gestante dalla decisione di abortire, ma anche di plasmare la coscienza sociale e creare un ambiente fondamentalmente avverso all'IVG. Solo la previsione di questi elementi di tutela della vita embrionale consente l'apertura verso l'eccezionale rinuncia alla sanzione penale e, così, la realizzazione di un delicato compromesso sull'aborto²⁹.

2.2. Il § 219a StGB come elemento essenziale del compromesso

Molti autori hanno sottolineato come il divieto di diffusione di pubblicità e informazioni sulle procedure abortive, imposto dal recentemente abrogato § 219a StGB, fosse da considerare una componente essenziale della tutela procedurale garantita al nascituro nel quadro del compromesso sull'IVG³⁰.

²⁴ BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 201-ff.

²⁵ BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 159-ff. Vd. A. LEISNER-EGENSPERGER, *op.cit.* e cf. C. STARCK, *Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG*, in *JuristenZeitung*, 17, 1993, 818.

²⁶ BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 179. Vd. S. WALTHER, G. HERMES, *op.cit.*, 2338; G. BERGHÄUSER, *Die Strafbarkeit des ärztlichen Anerbietens zum Schwangerschaftsabbruch im Internet nach § 219a StGB – eine Strafvorschrift im Kampf gegen die Normalität*, in *JuristenZeitung*, 10, 2018, 499; H. TRÖNDLE, *Das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 46, 1995, 3011-3012.

²⁷ BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 221-ff. Vd. C. STARCK, *op.cit.*, 819.

²⁸ Sulla proceduralizzazione della tutela del nascituro vd. M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen: Eine verfassungsrechtliche Analyse*, in *JuristenZeitung*, 19, 2022, 936.

²⁹ T. SCHWEIGER; *Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche – Das nächste rechtspolitische Pulverfass?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 4, 2018, 98. Cf. però S. WALTHER, G. HERMES, *op.cit.*, 2347.

³⁰ Di questa opinione, *inter alia*, D. BÄR, *Erst das Werbeverbot, dann die Abtreibung?*, in *FAZ Einspruch*, 22/6/2022; M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1, 2018, p. 13; L. WÖRNER, *Streichen statt Hände reichen! – Zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 17.1.2022 sowie zum Regierungsentwurf der Bundesregierung vom 9.3.2022 zur Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) –*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2, 2022, 122; P. RHEINFISCHER, H. VON SCHELIHA, *Alles verfassungswidrig? Wie das BVerfG beim Werbeverbot für Abtreibung zum Rosi-*

Il § 219a StGB, infatti, concorreva in vari modi al compimento dei doveri di protezione dello Stato indicati dal BVerfG. Da una parte, il divieto di diffondere informazioni o pubblicità sulle procedure abortive contribuiva al successo del concetto di consulenza medica obbligatoria così come concepito dal giudice costituzionale³¹. In questo senso, si è sostenuto che la possibilità per i medici di informare sulle IVG avrebbe messo in pericolo l'idea di una consulenza medica mirata a rendere la donna consapevole del diritto alla vita del feto e della gravità della scelta abortiva³². L'obbligo di consulenza si fondava, infatti, sul concetto dell'offerta di informazioni da parte di un organismo indipendente e privo di interessi commerciali, adatto a indirizzare la donna verso la scelta di continuare la gravidanza³³. Al contrario, la fornitura di informazioni da parte di soggetti economicamente interessanti a offrire procedure abortive avrebbe pregiudicato la formazione di una corretta consapevolezza sulle difficili implicazioni dell'IVG da parte della gestante³⁴. L'inserimento delle procedure abortive in una variegata lista di trattamenti offerti dai medici avrebbe, infatti, avvalorato una concezione dell'IVG come procedura medica di routine³⁵.

Più in generale, il divieto di pubblicità mirava a salvaguardare il "clima sociale", nella misura in cui contribuiva a orientare la coscienza sociale verso un giudizio di valore negativo sulle procedure abortive³⁶. La disposizione, assicurandosi che l'IVG non potesse rientrare in elenchi di servizi medici comunemente offerti, mirava a rendere i cittadini consapevoli della eccezionalità e problematicità etica

nen-picken einlädt, in *Verfassungsblog*, 16/3/2018, <https://verfassungsblog.de/alles-verfassungswidrig-wie-das-bundesverfassungsgericht-beim-werbeverbot-fuer-abtreibung-zum-rosinenpicken-einlaedt/> (ultima consultazione 30/11/2022); M. FROMMEL, *Das Verbot des »Anbietens« von Diensten für den Schwangerschaftsabbruch nach § 219 a Abs. 1 StGB – Bemerkungen zum Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag BT-Drucks 19/630 vom 2.2.2018*, in *Juristische Rundschau*, 5, 2018, 240; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen, Urt. v. 24. 11. 2017 – 507 Ds 501 Js 15031/15*, in *Medizinrecht*, 37, 2019, 80. Ritengono, invece, che l'importanza del § 219a StGB nel compromesso sull'aborto sia stata sopravvalutata H. LORENZ, E. TURHAN, *Die (vollständige) Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) – sachgerecht begründet und alternativlos?: Erste Gedanken zum Referentenentwurf des BMJ v. 17.1.2022 und dem Regierungsentwurf vom 9.3.2022 unter Berücksichtigung des Entschließungsantrags der Fraktion der CDU/CSU v. 15.3.2022*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2, 2022, p. 133; T. SCHWEIGER; *op.cit.*, 101 e M. RAHE, *Strafbare Werbung bei Hinweis auf legalen Schwangerschaftsabbruch?*, in *Juristische Rundschau*, 5, 2018, 234. *Contra* anche V. CHIOFALO, *Ein (begrenzter) Grund zur Freude? Der Referentenentwurf zur Streichung des § 219a StGB*, in *JuWissBlog*, 6, 2022, <https://www.juwiss.de/6-2022/> (ultima consultazione 30/11/2022), che sottolinea come il divieto di pubblicità non sia mai menzionato dal giudice costituzionale come strumento effettivo per tutela del feto.

³¹ L. WÖRNER, *Ein „Urteil als Ehrentitel im Kampf für ein besseres Gesetz“? Die populistische Debatte um die Strafbarkeit der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch gem. § 219a StGB*, in A. SINN, P. HAUCK, M. NAGEL, L. WÖRNER, *Populismus und alternative Fakten: (Straf-)Rechtswissenschaft in der Krise? Abschiedskolloquium für Walter Groppe*, Tübingen, 2020, 371.

³² M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, cit., 13; M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., p. 936; P. RHEIN-FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Alles verfassungswidrig?*, cit.

³³ L. WÖRNER, *Ein „Urteil als Ehrentitel im Kampf für ein besseres Gesetz“?*, cit., 371; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen, 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15: Werbung für den Schwangerschaftsabbruch*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 7, 2018, 417; M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, cit., 14.

³⁴ L. WÖRNER, *Streichen statt Hände reichen!*, cit., 126.

³⁵ M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 936-937.

³⁶ M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, cit., 13.

delle procedure abortive³⁷. La punibilità dell'offerta di informazioni offriva così una tutela dalla "normalizzazione" delle procedure abortive³⁸, proteggendo una sorta di interesse collettivo al mantenimento di una coscienza sociale ostile all'IVG³⁹. Questo interesse rientrava esplicitamente nel concetto di protezione ideato dal giudice costituzionale, che aveva sostenuto la necessità di tutelare la vita del feto anche tramite misure preventivamente volte a garantire una diffusa consapevolezza del nascituro come titolare di diritto alla vita e alla dignità e, di conseguenza, un clima sociale di avversione all'aborto⁴⁰.

3. La progressiva abolizione del divieto di diffondere pubblicità e informazioni sull'IVG

La disposizione del § 219a StGB negava, di fatto, ai medici la possibilità di segnalare sui loro siti web la disponibilità a eseguire procedure abortive. Un progressivo cambiamento nella percezione sociale di questo divieto è stato determinato dallo scalpore sollevato dal caso della ginecologa Kristina Hänel⁴¹, condannata nel 2017 dal tribunale distrettuale (*Amtsgericht*, AG) di Gießen a una sanzione pecuniaria di seimila euro⁴². La dottoressa aveva indicato sulla sua pagina web la propria disponibilità a eseguire IVG, dando inoltre la possibilità agli utenti di richiedere l'invio di un file contenente informazioni più dettagliate sulla procedura⁴³. Il tribunale considerava soddisfatte le condizioni di cui al § 219a StGB, nella misura in cui la ginecologa aveva effettivamente offerto i propri servizi abortivi pubblicamente e a scopo di lucro⁴⁴. Ai fini dell'applicazione della disposizione penale, i giudici ritenevano sufficiente che il vantaggio pecuniario fosse uno degli scopi dell'azione dell'imputata, considerando irrilevante il fatto che essa avesse agito primariamente con l'intenzione di informare le pazienti⁴⁵. Tra le informazioni offerte, infatti, risultava un chiarimento sull'assunzione dei costi da parte della paziente o dell'assicurazione sanitaria pubblica⁴⁶.

Il caso rivelava così la realtà giuridica del § 219a StGB che, seppur rubricato «pubblicità dell'interruzione di gravidanza», era di fatto applicabile non solo alla pubblicità commerciale

³⁷ R. MERKEL, *StGB § 219a*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2017, Rn. 2-3; A. HOLLO, *§ 219a StGB verstößt gegen die Meinungsfreiheit – Eine Erwiderung auf Matthias Friehe*, in *JuWissBlog*, 10, 2020, <https://www.juwiss.de/10-2020/> (ultima consultazione 30/11/2022); A. ULBRICHT, *op.cit.*, 10.

³⁸ M. RAHE, *op. cit.*, 235; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 417.

G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 499; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 80.

³⁹ T. SCHWEIGER; *op. cit.*, 98-99.

⁴⁰ Come nota, *inter alia*, G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 499.

⁴¹ Vd. A. ULBRICHT, *op. cit.*, 1; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, *cit.*; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 416.

⁴² AG Gießen, Urteil vom 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15.

⁴³ AG Gießen, Urteil vom 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15. Vd. P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*; M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, *cit.*, 13 e G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 497.

⁴⁴ AG Gießen, Urteil vom 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15.

⁴⁵ P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 79; G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 498.

⁴⁶ G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 498.

dell'aborto ma anche alla semplice diffusione di informazioni imparziali, utili alle gestanti per compiere una scelta informata⁴⁷.

L'attenzione politica e mediatica richiamata dal caso è culminata in un'onda di indignazione e crescente opposizione al § 219a StGB⁴⁸. Né la società civile né la dottrina giuridica sembravano poter più accettare che, in uno stato liberale e eticamente neutrale, la mera fornitura di informazioni alle pazienti potesse costituire reato, soprattutto alla luce dei numerosi ostacoli giuridici e socio-economici altrimenti affrontati dalle gestanti nel difficile percorso verso l'accesso all'IVG. Inoltre, si diffondeva l'opinione che l'utilizzo di questo strumento per tutela del diritto alla vita del feto influisse sproporzionatamente sul diritto delle pazienti all'informazione e alla scelta del medico (derivanti rispettivamente dagli artt. 5.1 frase 1 GG e 2.2 GG)⁴⁹ e quello dei medici all'esercizio della propria professione e all'opinione (artt. 12 GG e 5.1 frase 1 GG)⁵⁰.

In questo senso, numerose richieste di riforma sono state avanzate all'indomani della sentenza di Gießen⁵¹. In particolare, si chiedeva al legislatore di considerare la possibilità di permettere ai medici perlomeno l'offerta di materiale meramente informativo sulle procedure abortive, lasciando eventualmente intatto solo il divieto di fare pubblicità a scopo commerciale e in maniera apertamente offensiva⁵².

Il legislatore ha risposto a queste istanze, inizialmente, con una riforma del 2019. Questa escludeva, mediante l'aggiunta di un quarto comma, l'applicabilità del reato ai medici che si fossero limitati a informare pubblicamente della propria disponibilità a eseguire IVG alle condizioni di cui al §218a StGB⁵³. Nondimeno, l'effettività di questa riforma è stata irrimediabilmente compromessa dall'interpretazione restrittiva del nuovo comma nell'applicazione concreta della giurisprudenza ordinaria. Nonostante la lettera della disposizione permettesse ai medici di dichiarare che svolgevano IVG, una indicazione più precisa sui metodi offerti e sui rischi associati alla procedura rimaneva, infatti, esclusa⁵⁴. Nel periodo immediatamente successivo all'introduzione del nuovo comma, il tribunale

⁴⁷ G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 498-501; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, cit.

⁴⁸ A. ULBRICHT, *op. cit.*, 1; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 416; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, cit.

⁴⁹ J.J. VASEL, *Liberalisierung und Deliberalisierung – Zeitenwenden im Abtreibungsrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, 2022, 2381; P. RHEIN-FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Alles verfassungswidrig?*, cit.; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 79-80; A. HOLLO, *op. cit. Contra*, però, M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 937.

⁵⁰ J. J. VASEL, *op. cit.*, 2381; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 79-80. Anche qui, *contra*, M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 937.

⁵¹ L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 418; G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 504.

⁵² Vd. *inter alia* U. LEMBKE, L. STEINL, U. SPANGENBERG, M. ECKERTZ-HÖFER, *Hintergrundpapier zur Zulässigkeit von Information und Werbung bei öffentlichen Hinweisen durch Ärzte und Ärztinnen auf die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen und bestehende Reformoptionen*, in *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, 1, 2018; G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 504; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 418.

⁵³ V. CHIOFALO, *Ein (begrenzter) Grund zur Freude?*, cit.; M. SEITERS, *Das strafrechtliche Schuldprinzip im Spannungsfeld zwischen philosophischem, theologischem und juridischem Verständnis von Schuld*, Berlin, 2020, 273; L. WÖRNER, *Streichen statt Hände reichen!*, cit., 125.

⁵⁴ Vd. considerazioni di A. ULBRICHT, *op. cit.*, 7; V. CHIOFALO, *Ein (begrenzter) Grund zur Freude?*, cit.; M. SEITERS, *op. cit.*, 273.

regionale di Gießen (*Landgericht*, LG) ha confermato in appello la condanna di Kristina Hänel⁵⁵, mentre il tribunale distrettuale (*Amtsgericht*) berlinese di Tiergarten ha emesso una ulteriore sentenza contro due ginecologhe accusate di aver violato il § 219a StGB⁵⁶. Queste ultime non si erano limitate a indicare la disponibilità di procedure abortive nei loro studi ma avevano aggiunto che queste si sarebbero svolte «in ambiente protetto» e senza il supporto di farmaci o anestesia⁵⁷. Un simile ragionamento era stato applicato dal LG Gießen, che aveva sottolineato come l'imputata non si fosse limitata a offrire informazioni relative all'*an* delle sue prestazioni abortive, ma avesse anche indicato il *quomodo*⁵⁸. In ultimo, nel maggio 2021, il tribunale distrettuale di Coesfeld ha condannato un ginecologo a una sanzione di tremila euro per la violazione del § 219a StGB⁵⁹.

Queste sentenze, confermando la rilevanza penale del comportamento di medici limitatisi a informare sui loro siti internet della loro disponibilità a intraprendere aborti e delle procedure da loro utilizzate, confermano come la riforma del 2019 si sia dimostrata largamente incapace di rispondere alle preoccupazioni della dottrina giuridica e della società civile⁶⁰. La questione è stata inevitabilmente posta all'attenzione del *Bundesverfassungsgericht*, al quale i medici condannati dalla giurisprudenza ordinaria si sono rivolti presentando ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*)⁶¹.

L'opportunità per il Tribunale Costituzionale Federale di pronunciarsi sulla costituzionalità della misura è, tuttavia, venuta a mancare a seguito della più recente riforma, con la quale il legislatore ha previsto non solo la completa abrogazione del § 219a StGB, ma anche la revoca di tutte le sentenze di condanna emesse sulla sua base e l'interruzione di eventuali ulteriori processi in corso⁶².

La legge di abrogazione del divieto di fornire informazioni sulle procedure abortive è stata approvata da una ampia maggioranza del *Bundestag* il 24 giugno 2022, sulla base di una bozza governativa⁶³ che prevedeva di sostituire la fattispecie di cui al § 219a StGB con un emendamento alla legge sulla pubblicità di farmaci, dispositivi medici e prodotti terapeutici (*Heilmittelwerbegesetz* - HWG). Questa ultima misura contrasta il pericolo che dell'IVG venga fatta pubblicità ingannevole (punita ai sensi dei §§ 3 e 14 dell'HWG)⁶⁴.

⁵⁵ LG Gießen, Urteil vom 12.12.2019 - 4 Ns 406 Js 15031/15.

⁵⁶ AG Berlin-Tiergarten, 14.06.2019 - 253 Ds 143/18.

⁵⁷ AG Berlin-Tiergarten, 14.06.2019 - 253 Ds 143/18. Vd. M. SEITERS, *op. cit.*, 273.

⁵⁸ LG Gießen, Urteil vom 12.12.2019 - 4 Ns 406 Js 15031/15, par. 92.

⁵⁹ AG Coesfeld, Urteil vom 20.05.2021 - 3a Ds-30 Js 580/20-249/20.

⁶⁰ Vd. *inter alia*, K. HELING-PLAHR, *Die Abschaffung von § 219a StGB war richtig*, in *FAZ Einspruch*, 30/6/2022 e A. ULBRICHT, *op. cit.*, 7.

⁶¹ BVerfG - 2 BvR 390/21 e 2 BvR 290/20.

⁶² Art. 4, Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) vom 11 Juli 2022, BGBl I Nr. 25 (18/7/2022). Vd. H. LORENZ, E. TURHAN, *op. cit.*, 138-139.

⁶³ DEUTSCHER BUNDESTAG, *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), zur Änderung des Heilmittelwerbegesetzes und zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch*, BT-Drucks. 20/1635, 02/5/2022, disponibile al link <https://dserver.bundestag.de/btd/20/016/2001635.pdf> (ultima consultazione 30/11/2022).

⁶⁴ Vd. H. LORENZ, E. TURHAN, *op. cit.*, 137-138; M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 934; K. HELING-PLAHR, *op. cit.*

4. Il necessario ripensamento del compromesso sull'aborto alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato

L'abrogazione del § 219a StGB fornisce l'occasione per riflettere sulla necessità di rivalutare la legittimità del compromesso sull'aborto, così come delineato dal *Bundesverfassungsgericht*, alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato.

Nel diritto costituzionale tedesco, il requisito della neutralità etico-religiosa dello stato risulta dal combinato disposto degli articoli 4.1 (libertà di fede e coscienza), 3.3 (diritto all'uguaglianza), 33.3 (eguale godimento dei diritti civili) GG, nonché degli articoli 136.1 (godimento dei diritti civili e politici indipendentemente dall'appartenenza religiosa), 136.4 (diritto a non essere obbligati a compiere atti religiosi) e 137.1 (divieto di una chiesa di Stato) della Costituzione di Weimar. Questa interpretazione è confermata da diverse sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, che hanno stabilito come la neutralità etico-religiosa sia da considerarsi un obbligo vincolante per lo Stato costituzionale⁶⁵. Anche la dottrina riconosce l'obbligo di neutralità dello stato come uno dei pilastri dell'ordinamento costituzionale tedesco⁶⁶. Per svolgere la sua funzione e garantire la coesistenza di diverse convinzioni etiche, infatti, lo Stato deve necessariamente astenersi dallo schierarsi a favore di una sola definizione del bene morale⁶⁷. Parte maggioritaria della dottrina costruisce questo obbligo nel senso di una neutralità «di giustificazione», secondo la quale, per essere legittime in una società pluralista, le decisioni politiche devono essere giustificabili su assunti condivisibili senza dover sottoscrivere alcuna particolare concezione del bene morale⁶⁸. In base a questo presupposto, l'ordinamento giuridico è legittimo solo se le decisioni su questioni fondamentali sono prese in linea con principi che «tutti i cittadini ragionevoli, liberi ed eguali, sono tenuti ad approvare»⁶⁹.

Un ostacolo a una chiara interpretazione del requisito di neutralità è la costante evoluzione delle convinzioni etiche della società. Difatti, le ragioni che possono essere riconosciute come accettabili dalla maggioranza dei membri della società evolvono nel tempo. Di conseguenza, la portata del principio di neutralità si evolve parallelamente ai cambiamenti nelle convinzioni etiche condivise dai membri della società⁷⁰.

A questo proposito è interessante notare come, nella prima sentenza sull'aborto, il Tribunale Costituzionale Federale abbia dichiarato l'obbligo statale di protezione dell'embrione sin dall'impianto come conforme al principio di neutralità religiosa. La decisione affermava, infatti, che il diritto alla vita del

⁶⁵ Questa ricostruzione del principio di neutralità è stata inizialmente rilevante soprattutto nelle decisioni riguardanti le relazioni tra Stato e Chiesa, vd. l'elenco in S. HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen, 2017, 13, n. 31.

⁶⁶ Vd. tra tutti S. HUSTER, *op. cit.*; B. FATEH-MOGHADAM, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts*, Tübingen, 2019, 122; E. BORNEMANN, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates*, Tübingen, 2020; H. DREIER, *Staat ohne Gott*, München, 2018; nonché i dibattiti in *Dritter Beratungsgegenstand. Neutralität als Verfassungsgebot?*, in C. WALTER (a cura di), *Machtverschiebungen. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 2022, 251-382.

⁶⁷ S. HUSTER, *op. cit.*, 12.

⁶⁸ Concezione ampiamente teorizzata da S. HUSTER, *op. cit.* e sostenuta, *inter alia*, da B. FATEH-MOGHADAM, *op. cit.* e H. DREIER, *op. cit.*

⁶⁹ Come formulato da J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 2005, 393.

⁷⁰ Vd. S. HUSTER, *op. cit.*, 569-570.

feto derivasse direttamente dal diritto alla dignità e dovesse quindi essere protetto dall'ordinamento giuridico indipendentemente dall'adesione a principi etici o religiosi⁷¹. Tuttavia, è discutibile che questa affermazione sia tuttora da intendere come neutrale nel senso sopra indicato. Sembra, infatti, che questo assunto possa, attualmente, essere considerato accettabile solo da chi aderisca a particolari principi etico-religiosi⁷².

Un simile ragionamento può essere esteso all'intero compromesso sull'aborto. La disciplina che prevede la rilevanza penale dell'IVG, escludendone la punibilità in alcuni casi eccezionali, poteva, in passato, essere considerata accettabile e ragionevole dalla vasta maggioranza dei membri società e, quindi, conforme al principio di neutralità. Tuttavia, il crescente dissenso per uno dei pilastri del compromesso – il divieto di fornire informazioni sull'aborto – culminato con l'abrogazione del § 219a StGB, sembra suggerire un mutamento radicale nelle convinzioni etico-religiose della società tedesca. Lo stesso AG Gießen, nel giudicare il caso di Kristina Hänel, aveva sottolineato la necessità per il legislatore di considerare i cambiamenti nelle concezioni etiche della società al fine di ripensare la disciplina delle informazioni sull'IVG⁷³.

In questo senso, il rifiuto di uno degli aspetti fondamentali del compromesso sull'aborto mette in discussione la neutralità etico-religiosa, e quindi la legittimità costituzionale, dell'intera disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza⁷⁴.

5. Conclusioni

Sia la Germania che gli Stati Uniti hanno assistito, nel giugno 2022, a un sostanziale cambiamento di prospettiva – in direzioni opposte – nella valutazione giuridica e costituzionale dell'IVG⁷⁵.

Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, oggetto di questo contributo, l'abolizione del divieto di fornire informazioni sulle procedure abortive ha liberato i medici e le donne dal senso di stigmatizzazione sociale e facilitato l'accesso all'IVG⁷⁶. Ancora più notevole è, tuttavia, il fatto che l'abrogazione del § 219a StGB potrebbe potenzialmente avere ripercussioni sull'intera disciplina tedesca dell'IVG. L'abolizione del divieto di fornire informazioni sulle procedure abortive sembra, infatti, costituire solo un primo passo verso un inevitabile radicale ripensamento del compromesso sull'aborto.

Alla luce dei recenti sviluppi, non solo la volontà politica – inequivocabilmente espressa nell'accordo di coalizione del nuovo governo – ma anche il rispetto del principio costituzionale di neutralità dello stato richiedono al legislatore di ripensare la intera disciplina dell'IVG e collocarla finalmente al di fuori dei confini del diritto penale⁷⁷.

⁷¹ BVerfGE 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, par. 152. Vd. B. FATEH-MOGHADAM, *Bioethische Diskurse zwischen Recht, Ethik und Religion. Juristische Perspektiven – Zum Einfluss der Religion in bioethischen Beratungsgremien*, in F. VOIGT, *Religion in bioethischen Diskursen: Interdisziplinäre, internationale und interreligiöse Perspektiven*, Berlin, 2010, 45; G. CZERMAK, *op. cit.*, 68-71.

⁷² A. ULBRICHT, *op. cit.*, 4.

⁷³ P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 80.

⁷⁴ A. ULBRICHT, *op. cit.*, 2; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, cit.

⁷⁵ Vd. su questo punto le riflessioni di J. J. VASEL, *op. cit.*, 2378-ff.

⁷⁶ H. LORENZ, E. TURHAN, *op. cit.*, 139.

⁷⁷ Vd. J. J. VASEL, *op. cit.*, 2382.

La disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza nella Repubblica di San Marino

Licia Califano*

ABORTION IN THE REPUBLIC OF SAN MARINO

ABSTRACT: This work analyses the regulation of abortion in the San Marino legal system after the 2022 referendum. The first paragraph focuses on the right to abortion and how it is connected to the woman's right to self-determination versus the right to life recognised by the foetus; for this reason, a balance between these two opposing rights is required. Secondly, this paper analyses both the ruling on the referendum request by the San Marino Constitutional Court and the legislation after the referendum.

KEYWORDS: Abortion; woman's right; conscientious objection; referendum; San Marino legal system

ABSTRACT: Il presente lavoro si pone l'obiettivo di sottoporre a disamina la regolamentazione dell'aborto nell'ordinamento Sammarinese, a seguito del referendum del 2022. Nella prima parte, il lavoro si concentra sul diritto all'aborto e su come esso sia collegato al diritto all'autodeterminazione della donna rispetto al diritto alla vita riconosciuto al feto. A tal ragione, si rende necessario un bilanciamento tra questi due diritti contrapposti. Nella seconda parte, invece, il contributo analizza sia la sentenza sulla richiesta di referendum da parte della Corte Costituzionale di San Marino, sia la legislazione successiva al referendum.

PAROLE CHIAVE: Aborto; diritti delle donne; obiezione di coscienza; referendum; San Marino

SOMMARIO: 1. Riflessioni introduttive su aborto, autodeterminazione e salute della donna – 2. La sentenza di ammissibilità del *referendum* della Corte costituzionale sammarinese – 3. Le scelte operate dal legislatore con la legge n. 127/2022 "*Regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza*".

1. Riflessioni introduttive su aborto, autodeterminazione e salute della donna

Nella Repubblica di San Marino si giunge alla depenalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza solo di recente con la legge 7 settembre 2022, n. 127. Un testo legislativo espressione di un percorso di adeguamento dell'ordinamento sam-

* *Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo. Mail: licia.califano@uniurb.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

marinese alla tutela di diritti riconosciuti e praticati in altri Paesi occidentali che ha seguito, significativamente, la strada referendaria già utilmente percorsa per l'acquisizione della cittadinanza anche nel caso in cui fosse sanmarinese la madre e non il padre.

Un passaggio importante e non così scontato in uno Stato che, pur vantando una tradizione fatta di secoli di indipendenza e rispetto delle libertà, presenta una conformazione sociale in cui la convivenza fra vocazione laica e matrice patriarcale ha finito per condizionare troppo a lungo proprio le politiche di emancipazione delle donne.

In proposito, a conferma di quanto osservato, è sufficiente ricordare che al riconoscimento del diritto di elettorato attivo per le donne si arriva, con grande ritardo, solo nel 1958 (peraltro con decorrenza 1° gennaio 1960 ed una sua espressione concreta nelle elezioni politiche del 1964), mentre per il diritto di elettorato passivo si dovrà attendere fino al 1973.

Un dibattito, quello sull'interruzione volontaria della gravidanza, che anche in San Marino è stato caratterizzato dai toni spesso aspri (che ha visto la mobilitazione vivace e positiva dell'Unione donne sammarinesi), perché da sempre la donna e il suo diritto di scelta, la gravidanza e la sua eventuale interruzione anticipata, la natura degli embrioni/feti sono terreno di scontro tra visioni diametralmente opposte: se da un lato quelle laiche si contrappongono a quelle confessionali, dall'altro le istanze libertarie si confrontano con concezioni particolarmente restrittive.

Sempre, insomma, quando si affrontano tematiche che coinvolgono i caratteri definitivi ed i limiti temporali, iniziali e finali della vita umana, così come, in stretta connessione logica, la liceità morale dell'intervento dell'uomo sulla propria o altrui esistenza, si intrecciano gran parte dei precetti religiosi o giuridici, ovvero delle ricostruzioni filosofiche che caratterizzano ciascuna civiltà.

Ciò nondimeno, dinanzi alla molteplicità delle prospettive etiche e delle dimensioni religiose, si impone la necessità di una risposta, per così dire, fondativa di un'etica laica: l'unica prospettiva capace di costruire il consenso sociale quale tratto indispensabile dell'assetto pluralistico entro cui le considerazioni qui svolte devono evidentemente collocarsi.

Non a caso, peraltro, anche nell'ordinamento di San Marino l'aspirazione a tutelare la molteplicità delle istanze esistenti se, per un verso, avrebbe reso intollerabile la prevalenza di una particolare concezione, per l'altro ha orientato il legislatore, nel complesso bilanciamento tra diritti coinvolti (quello della madre di essere libera di disporre del proprio corpo e quello del feto a diventare persona), verso la soluzione pragmatica, individuata da molti ordinamenti, di dividere il periodo gestazionale in trimestri, legittimando la scelta interrottiva entro il primo trimestre e solo in gravi ed eccezionali circostanze in una fase più avanzata della gravidanza.

A livello comparato, come noto, nonostante le scelte legislative dei singoli ordinamenti siano spesso profondamente diverse¹, espressione della complessità di ciascun percorso storico-sociale, è comunque possibile ricondurle a tre principali modelli. A fronte dei due modelli estremi, il primo che vieta l'aborto a livello penale, equiparandolo alla fattispecie delittuosa dell'omicidio e il secondo che affida la scelta di interrompere la gravidanza alla totale discrezionalità della donna, equiparando l'aborto a un atto di disposizione del proprio corpo, il terzo è il frutto di una mediazione tra i primi due modelli, nella direzione del bilanciamento tra diritto alla vita del nascituro e libera scelta della

¹ A. BARAGGIA, *Il complesso bilanciamento nelle leggi sull'aborto*, in *Notizie di Politeia*, 133, 2019, 7 ss.

donna². Scelta, per altro verso, legata a un percorso di consulenza e supporto che affida al settore pubblico l'erogazione, tendenzialmente gratuita, dei servizi sanitari sottesi all'intervento abortivo.

In un ordinamento ancora caratterizzato dall'illiceità dell'aborto come quello sanmarinese, in cui alla concezione della donna quale soggetto autore di un reato si coniuga la prevalenza del valore costituzionale del diritto alla vita del nascituro rispetto ai diritti della donna, il quesito referendario, che ha visto prevalere con il 77,30% di sì e il 22,70% di no la proposta di disciplinare l'aborto, era il seguente: «volete che sia consentito alla donna di interrompere volontariamente la gravidanza entro la dodicesima settimana di gestazione, o anche successivamente se vi sia pericolo per la vita della donna o se vi siano anomalie e malformazioni del feto che comportino grave rischio per la salute fisica o psicologica della donna?».

Due, con tutta evidenza, i principi inseriti: l'autodeterminazione della donna e l'aborto terapeutico. Per altro verso, se la libertà di scelta della donna risulta condizionata, come già osservato, dalla previsione legislativa che configura l'intervento di interruzione della gravidanza quale prestazione sanitaria affidata al servizio sanitario nazionale, garantendone così la fruibilità in condizioni di eguaglianza a tutte le donne, nella realtà di San Marino andava anche contestualmente chiarita la possibilità di superare i confini della Repubblica, riconoscendo alle donne il diritto ad effettuare l'intervento in cliniche pubbliche e private anche al di fuori del territorio sammarinese.

In questa direzione, analogamente a quanto previsto nell'ordinamento italiano dalla legge n. 194/1978, il legislatore sammarinese ha affermato che «in nessun caso il ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza è considerato uno strumento di limitazione e controllo delle nascite», ha stabilito che «l'assistenza sanitaria, dalla presa in carico a tutte le fasi connesse all'interruzione di gravidanza, e le relative spese sono in capo all'Istituto per la Sicurezza Sociale che, a tal fine, emana specifiche linee di indirizzo e protocolli in base alle indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e adegua gli appositi capitoli di spesa» (art.1).

Tanto premesso, lo stesso art.1 al secondo comma autorizza la stipula, da parte dell'Istituto per la sicurezza sociale, di apposite convenzioni con strutture ospedaliere sanitarie, pubbliche e private accreditate, interne ed esterne alla Repubblica di San Marino.

² Si v. *ex multis* L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008; M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016; B. LIBERALI, *Problemathe costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, Napoli, 2022. Per un commento recente si v. i numerosi contributi pubblicati nella sezione *L'interruzione volontaria della gravidanza: una prospettiva comparata* in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 2, 2022. Estendendo lo sguardo a livello comparato, è possibile osservare come negli ultimi anni si siano registrate talune "regressioni". A titolo meramente esemplificativo, è possibile qui richiamare brevemente quanto accaduto negli Stati Uniti e in Polonia. Se nel primo ordinamento, dopo il celebre caso *Roe v. Wade* del 1973, si è di recente fatto un passo indietro con il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* che ha portato all'approvazione di legislazione antiabortista da parte di molti stati membri, anche in Polonia il Tribunale costituzionale ha imposto un divieto pressoché assoluto dell'aborto. Per un approfondimento sul caso americano si v. A. DI MARTINO, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2, 2022, mentre sul caso polacco si v. J. SAWICKI, *Si rinnova la conflittualità con l'Unione europea, mentre si riapre il mai chiuso scontro sull'aborto*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3, 2022.

La possibilità di convenzionamento con un ampio ventaglio di strutture risulta evidentemente fondamentale, in un territorio piccolo che possiede un unico Ospedale di Stato, per garantire alla donna di poter scegliere dove farsi assistere e praticare l'intervento garantendone, al contempo, la tutela della privacy.

Significativo il profilo del rafforzamento della tutela della riservatezza nei confronti della donna che intenda chiedere ed eseguire l'IVG, cui il legislatore sammarinese ha prestato attenzione con riferimento tanto al consenso informato, quanto alle procedure relative alla registrazione dei dati sul fascicolo sanitario elettronico che non devono rivelare la natura della prestazione eseguita se non ai sanitari interessati (art.14).

Vi è però un ulteriore aspetto che merita una riflessione preliminare.

A ben vedere tanto nel dibattito pubblico, che ha accompagnato la scelta del corpo elettorale nel referendum propositivo, quanto nei titoli di stampa che hanno seguito l'elaborazione del testo normativo, l'attenzione maggiore si è concentrata, in estrema ma efficace sintesi, nel sottolineare il definitivo superamento della configurazione dell'aborto quale reato.

In realtà non è così singolare che sia proprio il diritto penale il principale oggetto di riflessione del rapporto conflittuale fra donne e diritto, a dimostrazione che la criminalizzazione dei comportamenti delle donne, che oggi per lo più avviene dal punto di vista culturale, soprattutto in passato ha trovato voce nel potere legislativo.

E contro le criminalizzazioni contenute nel Codice penale le donne, ma più correttamente la società civile nel suo insieme, hanno mosso in San Marino per ottenere, in primo luogo, la depenalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza. In particolare, prima della riforma l'art. 153 c.p. puniva l'aborto *tout court*, a fronte dell'attuale riformulazione che, nella logica dell'accoglimento del quesito referendario e della conseguente regolamentazione dei casi in cui è possibile ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, persegue penalmente i casi in cui l'interruzione di gravidanza venga praticata al di fuori di quanto previsto dalla normativa (art. 16 l. n. 127).

Definitivamente abrogato il successivo art.154 c.p. che conteneva la previsione di una fattispecie autonoma di reato, con pene più lievi, nel caso di aborto «per motivi d'onore» espressione di una tradizione sociale che distingueva tra nascituro legittimo e naturale o illegittimo, in aperto e insanabile contrasto con l'attuale sistema giuridico sammarinese.

Importante allora ricostruire, sia pure in estrema sintesi, i passaggi centrali vissuti nell'ordinamento italiano e considerarne la perdurante validità e la conseguente utile esportazione del ragionamento giuridico sotteso in San Marino.

Il Codice Rocco considerava l'aborto un delitto contro l'integrità della stirpe e la violenza sessuale un reato contro la moralità pubblica e il buon costume.

Mentre la violenza sessuale è divenuto reato contro la persona solo a seguito della legge n. 66 del 1996, l'aborto fu in parte depenalizzato con una sentenza della Corte costituzionale del 1975; seguirà poi la legge n.194 del 1978 che, come noto, ha definitivamente espunto dal diritto penale l'interruzione volontaria di gravidanza.

Ma è il percorso di analisi giuridica che va ripreso e ben compreso nella sua portata interpretativa. Affermava infatti il Giudice delle leggi (la sentenza è la n.27 del 1975) che la «prevalenza totale ed assoluta» della tutela del concepito presupposta dal reato di aborto è illegittima perché «non esiste

equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione come persona ancora da diventare».

Alla prima parziale depenalizzazione dell'aborto si giunge, dunque, seguendo la strada del bilanciamento tra situazioni poste in contrapposizione.

Tra i diritti della gestante e il diritto alla vita del concepito occorre, giuridicamente, operare una separazione fra la donna e l'embrione, contrapponendone i reciproci diritti.

Da questa «scissione giuridica», fisicamente impossibile, sorgono due differenti e separati beni, entrambi compresi nella tutela costituzionale della «protezione della maternità»³.

La tutela della madre e del concepito, d'altra parte, trovano separato e ulteriore fondamento in distinte norme costituzionali: se l'autonoma tutela del concepito sarebbe riconducibile all'articolo 2 della Costituzione che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, la donna (se pur trova anch'essa tutela in una lettura aperta dell'art.2 Cost.) può specificamente rivendicare il proprio diritto alla salute psico-fisica (articolo 32 Cost.).

Ed è proprio questo bilanciamento fra situazioni giuridiche protette, che ha come presupposto il ragionamento giuridico che supera il rapporto simbiotico fra donna ed embrione, che consente la costruzione dell'impianto di una legislazione sulla interruzione volontaria della gravidanza⁴.

Il passaggio successivo sta nella previsione dei tempi, limiti e procedure secondo cui le donne possono ricorrere alla IVG. Limitazione di per sé insita in ogni norma giuridica, ma certamente più complessa e insidiosa dove si intreccia sul margine di autodeterminazione della donna in una scelta così intima, difficile e dolorosa.

Sarà obbligo del legislatore predisporre le misure e le cautele necessarie a radicare la liceità dell'aborto ad una previa attenta valutazione della sussistenza delle condizioni che la giustificano: la gravità e la realtà del danno e del pericolo che potrà derivare alla donna dal proseguire nella gestazione, a fronte della tutela della vita umana fin dal suo inizio.

Una scelta del legislatore che consente di affidare, nei limiti anzidetti, la responsabilità della scelta alla sfera etica individuale dei soggetti coinvolti.

In tal senso, e all'opposto della logica sottesa al divieto, il riconoscimento di detta facoltà si configura come l'unica reale possibilità di applicazione corretta dei principi dell'autodeterminazione individuale che fondano la democrazia pluralista, particolarmente rilevanti in un ambito che, come quello della procreazione, attiene alla sfera intima della psicologia e della vita di ognuno.

Rileva ancora sottolineare come, dopo il 1978 la giurisprudenza è costante nel considerare le previsioni della legge 194 «a contenuto costituzionalmente vincolato» nel senso che la loro eliminazione determinerebbe la soppressione di un livello minimo di tutela necessaria per situazioni che esigerebbero tale tutela secondo Costituzione⁵.

³ L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006.

⁴ Si v. i già citati M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008 M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017.

⁵ Si v. G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, Napoli, 2009. Si v. altresì A. D'ALOIA,

2. La sentenza di ammissibilità del referendum della Corte costituzionale sammarinese

È il Collegio Garante della costituzionalità delle norme che, con sentenza n.3/2021 ha dichiarato l'ammissibilità della richiesta referendaria valutandone, anzitutto, la conformità ai requisiti stabiliti dall'art.5 della legge qualificata n.1/2013 e, in secondo luogo, in relazione al possibile contrasto fra l'introduzione di norme effetto dei principi e criteri promossi dal quesito referendario ed i principi generali dell'ordinamento sammarinese contenuti nella Dichiarazione dei Diritti.

In tale prospettiva, premessa del ragionamento del Giudice delle leggi è il richiamo all'inviolabilità dei diritti della persona umana contenuto nell'art.5 della Dichiarazione da collocare, correttamente, nel più ampio alveo dell'art.1 della Dichiarazione stessa, per cui «i diritti fondamentali della persona sono da interpretare uniformandosi alle norme contenute nelle dichiarazioni internazionali in tema di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Affermazione che trova adeguata comprensione se letta e interpretata ricordando che già in precedenza, con sentenza n.5/2006, il Collegio aveva sottolineato che l'ordinamento costituzionale della Repubblica di San Marino con una disposizione assai avanzata nel panorama europeo, ma di grande civiltà giuridica, riconosce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali una posizione particolare nel sistema delle fonti, in grado di integrare la stessa Dichiarazione dei Diritti, al pari delle norme internazionali generalmente riconosciute cui pure fa riferimento il primo comma dell'art.1 della Dichiarazione.

Una collocazione delle norme della CEDU a rango costituzionale che produce un effetto di integrazione reciproca, nel senso che le norme dell'una e dell'altra – Dichiarazione e Convenzione – danno vita ad un corpo normativo unitario che si richiama ai principi propri del costituzionalismo liberaldemocratico, cui l'ordinamento sammarinese intende ispirarsi.

Ne consegue che i diritti e le libertà enunciate nella CEDU, in forza del rango costituzionale che rivestono, prevalgono sulle norme interne nell'ipotesi di contrasto.

Tanto premesso il Collegio Garante ricorda, nella sentenza n.3/2021, che la maggioranza politica ha sempre osteggiato una disciplina normativa dell'interruzione volontaria di gravidanza ispirata alla sua depenalizzazione osservando, in particolare, quanto sia rilevante la circostanza che nel corso del 2016 siano state presentate ed accolte tre istanze di Arengo vertenti sulla depenalizzazione dell'aborto in caso di rischio per la salute della donna, stupro o gravi malformazioni del feto; quanto sia ormai improcrastinabile, a fronte del silenzio del Legislatore, la necessità di depenalizzare fattispecie criminose che trovano la loro origine in periodi storici lontani e disciplinare il ricorso all'aborto; quanto, infine, la maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa abbia legalizzato l'aborto, con scelte normative più o meno permissive e con un conseguente scarso livello di omoge-

Biotecnologie e valori costituzionali, Il contributo della giustizia costituzionale, Torino, 2005, ove è commentata la sentenza n.35 del 1997 della Corte costituzionale che ha stabilito espressamente che nella legge sull'IVG sono presenti disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato, ossia quelle che attengono alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre e, perciò, non sottoponibili a referendum abrogativo. Sul tema, la Corte costituzionale italiana non ha mancato naturalmente di intervenire dopo il 1975/1978. Si v. a tal proposito le sentt. nn. 26 del 1981, 35 del 1997 e le ordd. nn. 389 del 1988, 76 del 1996, 514 del 2002, 126 e 196 del 2012.

neità, ma che, in ogni caso, evidenziano un ampio consenso in merito alla necessità di una regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza.

Importante, infine, sottolineare come la Corte consideri l'analogia fra il quesito referendario e il modello italiano con riferimento al periodo entro cui poter ricorrere all'IVG, esteso laddove la gravidanza comporti un grave pericolo per la donna; in secondo luogo la convergenza, in molti Stati europei, del termine delle dodici settimane quale margine di apprezzamento nel bilanciamento fra "il diritto alla protezione della vita privata della donna nella concezione ampia della stessa, tale da ricomprendere l'autonomia e lo sviluppo personali, il diritto alla salute della donna e al suo benessere, e dall'altra il diritto alla vita del feto. Essendovi un ampio consenso a livello europeo, il margine di apprezzamento lasciato agli Stati membri si riduce, nella ovvia consapevolezza che non esiste un diritto all'aborto, né un diritto assoluto alla vita da parte del feto."

La prospettiva europea da un lato e la evidente analogia, per altro verso, con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale in Italia, indicano dunque al Legislatore sammarinese gli argini della strada da percorrere.

3. Le scelte operate dal legislatore con la legge n. 127/2022 "Regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza"

La disciplina della interruzione volontaria della gravidanza ci porta così alla funzione della regola giuridica che, applicata sul corpo delle donne, deve saper leggere e interpretare la realtà sociale e seguire un approccio tanto lontano da un terreno di scontro ideologico, quanto attento alla possibile lesione dei principi di libertà e di eguaglianza.

La controversa definizione della misura in cui il testo legislativo deve garantire la libertà di scelta e di autodeterminazione della donna intreccia scelte che, concretamente, riguardano principalmente la qualificazione del concepito, la posizione della donna, la posizione del padre nonché quella del medico e delle strutture sanitarie preposte.

D'altro canto, se in termini generali l'inviolabilità del corpo non è stata ricondotta dal legislatore sammarinese, in analogia al modello italiano, alla libertà personale, quanto piuttosto alla tutela della salute psico-fisica della persona, ciò nondimeno è possibile affermare e costruire quella unità di salute psico-fisica della donna che si comprende solo partendo dalla indissolubilità della soggettività come corpo.

Superato, come già osservato, il rapporto simbiotico fra donna ed embrione il diritto alla vita, all'integrità e alla salute dell'embrione è suscettibile di compressione solo in caso di palese contrasto con i corrispondenti diritti della madre.

In altre parole, la tutela del concepito, costituzionalmente assicurata, è pur sempre subordinata al prevalere del bene rappresentato non solo dalla vita, ma anche dalle condizioni di salute della madre, come specificato anche dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Diviene obbligo del legislatore predisporre le misure e le cautele necessarie a radicare la liceità dell'aborto ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni che lo giustificano: la gravità e la realtà del danno e del pericolo che potrà derivare alla donna dal proseguire nella gestazione, a fronte della tutela della vita umana fin dal suo inizio.

Coerentemente a tale impostazione la legge n.127/2021 esplicita una serie di condizioni e limiti per l'accesso all'IVG, che sono strettamente connessi alla condizione di salute psico-fisica della donna e che si differenziano a seconda del periodo di gestazione.

In questa prospettiva l'art. 4 ("*Disposizioni comuni*"), entrando nel merito della materia trattata dal quesito referendario stabilisce i termini entro cui la donna può richiedere l'interruzione di gravidanza: la fine della dodicesima settimana di gestazione e dopo tale termine solo ove vi sia pericolo per la vita della donna o se vi siano accertate anomalie e malformazioni del feto con conseguenti gravi rischi per la salute fisica, psicologica o psichica della donna o, ancora, la gravidanza sia il risultato di stupro o incesto; la necessità di certificazione da parte di un medico ISS o convenzionato ISS; l'obbligatorietà della sottoscrizione del consenso informato da parte della donna ai fini della presa in carico da parte dell'ISS; la possibilità di scelta della struttura sanitaria da cui farsi assistere, nonché la possibilità di accedere ad un servizio di assistenza psicologica prima e dopo l'intervento; la garanzia di riservatezza dei dati; la formazione periodica per gli operatori sanitari e non sanitari coinvolti nelle varie fasi relative all'interruzione volontaria di gravidanza.

Importante sottolineare il rilievo che, nel quadro delineato, assumono gli obblighi informativi, non solo per quanto riguarda il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione della donna, ma altresì per quanto riguarda le figure professionali coinvolte, nell'ambito del più generale diritto, ad una procreazione cosciente e responsabile.

Vi è poi da considerare che, pur essendo la donna diretta destinataria del trattamento sanitario (e di tutte le implicazioni socio-psicologiche evidenti e latenti che derivano da questa scelta), vi sono altri interessi e altre volontà che, direttamente o indirettamente, sono coinvolte, in *primis* quella del padre del concepito.

Dal momento che l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni rappresenta un trattamento medico-sanitario finalizzato a tutelare la salute fisica o psichica della donna appare evidente come l'interesse della gestante sia prevalente anche rispetto a quello del padre.

In questo senso nell'ordinamento italiano la legge 194/1978 è chiara nella formulazione: il principale interlocutore è la donna, cui spetta la decisione, con un eventuale coinvolgimento del padre del concepito, ove la donna lo consenta, al fine di individuare «le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto»(art.5).

Analogamente la legge n.127 nell'ordinamento sammarinese considera i percorsi assistenziali e sanitari sostenuti dai Consultori aperti alla partecipazione del compagno/a della donna o altra persona di sua fiducia, solamente con il consenso della stessa (art.2, comma III).

Va peraltro ricordato che nel caso di interessi contrapposti tra madre e padre, la Corte costituzionale italiana è intervenuta riconoscendo la prevalenza del diritto di autodeterminazione della donna, dal momento che l'eventuale mancato coinvolgimento del padre «non può considerarsi irrazionale in quanto coerente al disegno dell'intera normativa e, in particolare, all'incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna» (ordinanza n. 389/1988).

In altri termini, pur riconoscendo l'esigenza di tutela che merita la dignità e la riservatezza del padre del concepito, le stesse risultano soccombenti dinanzi al diritto alla salute e all'autodeterminazione della donna.

In San Marino l'esperienza applicativa e gli orientamenti giurisprudenziali che esprimerà il Collegio Garante indicheranno la strada e gli elementi di analogia con l'Italia.

Vi è poi, quale elemento di grande importanza e considerazione che caratterizza la scelta del legislatore in San Marino, ancora una volta, del resto, in analogia alle scelte italiane, la centralità del ruolo svolto dai consultori, che assolvono l'importante compito di formazione di un consapevole e pieno consenso al trattamento interruttivo della gravidanza.

A queste strutture spetta la fornitura di informazioni, accoglienza e consulenza, sostegno psicologico, etc. ed è per questo che assolvono un delicato e imprescindibile compito nel fornire una pluralità di informazioni che riguardano tanto l'assetto dei diritti, quanto l'offerta di un aiuto concreto effettivo.

In primo luogo, sotto il profilo dell'assistenza alla donna in stato di gravidanza, i consultori hanno il compito di informare circa i diritti che spettano alla donna e sui servizi sociali, sanitari e assistenziali concretamente offerti dalle strutture operanti nel territorio.

Importanti le iniziative che si prevede debba promuovere l'I.S.S. e la Scuola pubblica al fine di prevenire gravidanze indesiderate e, più in generale per promuovere campagne informative e formative per l'educazione sessuale, sentimentale e all'affettività; la promozione dell'aggiornamento degli operatori sanitari sull'uso dei contraccettivi e delle più moderne pratiche per l'IVG.

Così come è importante il dialogo che si instaura tra la donna e il personale dei consultori, finalizzato non solo all'elaborazione del consenso informato, ma altresì a offrire aiuto per cercare di evitare la richiesta di interruzione anticipata quando questa si fonda su ragioni economiche.

Al riguardo le informazioni devono riguardare anche le "modalità idonee ad ottenere il rispetto delle norme della legislazione sul lavoro a tutela della gestante" che, con una formulazione che riprende testualmente la legge italiana, è finalizzata a fornire alla donna le condizioni per far valere i propri diritti di lavoratrice e di madre.

Una disciplina che, se non poteva più essere disattesa in forza del risultato referendario, poneva già da tempo delicate questioni di coerenza dell'ordinamento in ragione della costituzionalizzazione della CEDU, come sottolineato dal Collegio Garante, ma anche una disapprovazione per la mancanza di previsioni normative capaci di tutelare la salute e la stessa condizione sociale delle donne più volte espressa in documenti ufficiali

In proposito si vedano i rilievi formulati dal Comitato della Nazioni Unite per i Diritti Umani che nel 2015 a Ginevra, esaminando il Terzo Rapporto di San Marino sul Patto per i Diritti Civili e Politici rilevava sul punto la necessità di modificare la legislazione «al fine di prevedere in modo esplicito deroghe al divieto giuridico generale in materia di aborto, anche a fini terapeutici e quando la gravidanza è il risultato di stupro o incesto».

Se, come ben noto, esiste una stretta relazione fra possibilità di accesso al servizio e clandestinità e, di conseguenza, tasso di mortalità, l'auspicio è che la normativa in questione venga correttamente e rapidamente applicata, senza ostacoli e senza colpevolizzazioni. Osservazione che coinvolge tanto una attenta valutazione dell'incidenza e degli effetti dell'obiezione di coscienza in rapporto alla percentuale di medici e personale sanitario, quanto l'incentivazione di misure e azioni volte a migliorare

l'accesso delle donne ai servizi di salute sessuale e riproduttiva così come alle informazioni sui loro diritti e sui servizi disponibili; al tempo stesso non è superfluo ricordare l'utilità, troppo spesso ignorata, di adottare misure e azioni mirate a sensibilizzare gli uomini sulle loro responsabilità in materia sessuale e riproduttiva.

Una breve nota sull'impatto della sentenza *Dobbs* in Ungheria

*Katalin Kelemen**

A BRIEF NOTE ON THE IMPACT OF THE *DOBBS* DECISION IN HUNGARY

ABSTRACT: In September 2022, a ministerial decree caused a stir in Hungary. The decree in question was intended to require doctors to have the woman listen to the vital signs of the foetus (or embryo) before signing the medical records required to apply for the termination of the pregnancy. The influence of the *Dobbs* ruling, published by the US Supreme Court two months earlier, comes inevitably to mind. This short note offers a context to and a reflection on this development in Hungary.

KEYWORDS: Abortion; fetal heartbeat; Hungary; constitutional law; right to life

ABSTRACT: Nel settembre 2022, un decreto ministeriale ha suscitato scalpore in Ungheria. Tale decreto impone ai medici di far ascoltare i segni vitali del feto (o embrione) alla donna incinta prima di firmare la cartella clinica necessaria per richiedere l'interruzione della gravidanza. Viene spontaneo pensare ad un'associazione con la sentenza *Dobbs*, pubblicata dalla Corte suprema statunitense due mesi prima. Questa breve nota offre un contesto ed una riflessione su tali sviluppi in Ungheria.

PAROLE CHIAVE: Aborto; battito cardiaco del feto; Ungheria; diritto costituzionale; diritto alla vita

SOMMARIO: 1. La «regola del battito cardiaco» – 2. Il contesto storico – 3. Il contesto attuale – 4. Qualche riflessione sull'impatto della sentenza *Dobbs* sul diritto all'aborto in Ungheria.

1. La «regola del battito cardiaco»

I 12 settembre 2022, nella Gazzetta Ufficiale ungherese è stato pubblicato un decreto ministeriale associabile agli ultimi sviluppi della giurisprudenza americana¹ e che ha suscitato grande scalpore nei media². Il decreto in questione, emanato dal Ministro degli Affari interni, introdu-

* Professoressa associata all'Università di Örebro (Örebro universitet). Mail: katalin.kelemen@oru.se. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Qui ci si riferisce naturalmente alla sentenza *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*, 596 U.S. ___ (2022) che ribaltò (*overruled*) il noto precedente in tema di aborto, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

² Innanzitutto nei media ungheresi, ma la notizia giunse anche all'estero e fu coperta da vari giornali stranieri. Vedi, ad esempio, W. STRZYŻYŃSKA, *Hungary tightens abortion access with listen to 'foetal heartbeat rule'*, in *The Guardian*, 13 settembre 2022, <https://www.theguardian.com/global-development/2022/sep/13/hungary-tightens-abortion-access-with-listen-to-foetal-heartbeat-rule> (ultima consultazione 30/12/2022); C. PARKER, *Hungary decree says abortion-seekers must listen to fetal vital signs*, in *The Washington Post*, 15 settembre 2022, <https://www.washingtonpost.com/world/2022/09/15/hungary-abortion-viktor-orban/> (ultima consultazione 30/12/2022).

ce una piccola modifica al modulo di richiesta di interruzione della gravidanza. Mentre in precedenza il medico doveva soltanto certificare l'esistenza della gravidanza, da ora in poi dovrà anche certificare di aver presentato alla donna «un'indicazione chiaramente identificabile dei segni vitali del feto»³. Assumendo che l'indicazione più evidente dei segni vitali sia il battito cardiaco, la nuova disposizione è diventata nota come «la regola del battito cardiaco». In pratica, il medico deve far ascoltare i segni vitali (cioè il battito cardiaco) del feto alla donna prima della firma della cartella clinica richiesta⁴.

È presto per dire quale impatto avrà questo decreto sulla pratica dell'aborto⁵, ma la modifica ha subito sollevato una serie di questioni giuridiche, sociali e sanitarie. Dal punto di vista giuridico è particolarmente pressante la domanda se la presentazione dei segni vitali integri un requisito obbligatorio per l'interruzione della gravidanza. È chiaramente problematico, ed anche potenzialmente incostituzionale, il fatto che la nuova regola sia stata introdotta in un allegato ad un decreto ministeriale invece di essere prevista da una legge del Parlamento. Inoltre, non esiste nessuna motivazione ufficiale della riforma da cui si possa dedurre l'intento del legislatore (in questo caso del Ministro degli interni). La legge sulla sanità ungherese, la quale è gerarchicamente superiore a qualsiasi decreto ministeriale, prevede che il paziente possa rinunciare al proprio diritto ad essere informato⁶. Perciò non è affatto chiaro come la nuova regola vada interpretata.

La modifica è stata oggetto di aspre critiche anche per il tempo notevolmente ridotto che essa ha lasciato al personale sanitario per adeguare le proprie pratiche al nuovo obbligo. Il decreto, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 12 settembre, infatti è entrato in vigore tre giorni dopo, il 15 settembre.

2. Il contesto storico

Sono quasi 70 anni che alle donne ungheresi è riconosciuto il diritto all'aborto senza soluzione di continuità, sebbene i requisiti per eseguire un aborto siano stati modificati durante gli anni⁷. Negli

azione 30/12/2022); M. CURSINO, *Hungary decrees tighter abortion rules*, in *BBC News*, 13 settembre 2022, <https://www.bbc.com/news/world-europe-62892596> (ultima consultazione 30/12/2022). Nei media italiani vedi, ad esempio, G. PRIVITERA, *Ungheria, prima dell'aborto è obbligatorio ascoltare il battito del feto*, in *Corriere della Sera*, 14 settembre 2022, <https://27esimaora.corriere.it/> (ultima consultazione 30/12/2022).

³ Decreto 29/2022. (IX. 12.) BM sulla modifica del decreto 32/1992. (XII. 23.) NM sull'attuazione della legge n. LXXIX del 1992 sulla tutela della vita fetale, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale (*Magyar Közlöny*) n. 147 del 2022.

⁴ Il modulo di richiesta per l'interruzione della gravidanza è compilato e firmato da un operatore del Servizio di Tutela Famiglia (*Családvédelmi Szolgálat*). Il Servizio esiste dal 1993 ed è regolato dalla legge sulla tutela della vita fetale (Legge n. LXXIX del 1992). È obbligatorio consultare il Servizio prima dell'interruzione di una gravidanza (art. 8 della Legge).

⁵ Anche se dalle discussioni a un recente simposio organizzato dall'Ordine dei Medici ungherese è emerso che la nuova regola ha già comportato un allungamento dei tempi amministrativi dell'interruzione della gravidanza, e di conseguenza è aumentato il numero di settimane di vita del feto. O. TARCZA, *Szívhang-rendelet helyett... (Invece di un decreto sul battito cardiaco...)*, in *MedicalOnline*, 27 novembre 2022, http://medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/szivhang_rendelet_helyett (ultima consultazione 30/12/2022).

⁶ Art. 14 (1) della Legge n. CLIV del 1997 sulla sanità.

⁷ Inizialmente, negli anni Sessanta, non ci furono requisiti prestabiliti e l'aborto era sostanzialmente libero. Ciò fu percepito come una conquista della rivoluzione del 1956. Nel 1973 furono però introdotte, in forma di decreto, delle limitazioni al fine di incentivare la crescita della popolazione, tra cui il limite di dodici settimane

anni Novanta, la Corte costituzionale ungherese contribuì alla giurisprudenza costituzionale sull'aborto in Europa con due note sentenze. Nel primo caso la questione di costituzionalità delle norme allora in vigore fu sollevata sia da gruppi pro-choice che da gruppi pro-life, sfruttando la possibilità di presentare un'azione popolare davanti alla Corte costituzionale senza dover dimostrare alcun interesse personale e diretto nella causa⁸. In quella occasione, il giudice delle leggi ungherese trovò che la Costituzione non conteneva alcuna norma chiara sullo status giuridico del feto, la definizione del quale doveva quindi spettare al legislatore⁹. La conseguenza principale della decisione fu che la Corte costituzionale stabilì l'obbligo di regolamentare la materia dell'aborto attraverso una legge, invece che per mezzo di un decreto ministeriale, come era avvenuto fino ad allora. Tale obbligo portò all'adozione della legge sulla tutela della vita fetale tuttora in vigore¹⁰. Nel secondo caso furono questa la legge appena citata e il suo decreto di attuazione ad essere messi sotto esame, e la Corte costituzionale indicò alcuni requisiti costituzionali per il legislatore che portarono all'attuale formulazione della disciplina in materia¹¹.

La prima sfida a questa disciplina (dai più considerata essenzialmente liberale) arrivò con l'adozione della nuova Legge fondamentale ungherese nel 2011¹². L'articolo II sancisce che «la vita del feto è protetta dal momento del concepimento». Questa disposizione prende chiaramente le distanze dall'approccio adottato dalla Corte costituzionale due decenni prima ed eleva lo status giuridico del feto, la cui definizione fino ad allora era stata lasciata al legislatore, a livello costituzionale. Nonostante ciò, la legislazione è rimasta invariata. Quello che non è rimasto invariato, invece, è il contesto giuridico e politico del paese.

3. Il contesto attuale

La nuova Legge fondamentale ungherese portò a una serie di cambiamenti significativi nel tessuto costituzionale del Paese, producendo ciò che da molti è considerato un «arretramento democratico»¹³ o addirittura una «svolta autoritaria»¹⁴, che ha gradualmente fatto nascere un nuovo sistema di

per l'interruzione della gravidanza tranne in casi di indicazione medica per grave rischio per la salute della gestante o per disabilità comprovata del feto. Vedi J. SZALAI, *Abortion in Hungary*, in *Feminist Review*, 29, 1988, 98.

⁸ L'azione popolare è il modo più permissivo di accedere a una corte che esista e di conseguenza è molto rara nel panorama della giustizia costituzionale dei paesi europei, perché può risultare in un carico di lavoro eccessivo ed insostenibile per la corte. Vedi F. GÁRDOS-OROSZ, *The Hungarian Constitutional Court in Transition – from Actio Popularis to Constitutional Complaint*, in *Acta Juridica Hungarica*, 53, 2012, 302.

⁹ Decisione n. 64/1991 (XII.17.) AB, e in particolare il punto 3. c) della motivazione.

¹⁰ Legge n. LXXIX del 1992. Il titolo della legge può essere fuorviante perché in realtà regola l'interruzione della gravidanza.

¹¹ Decisione n. 48/1998 (XI. 23.) AB. Tra questi requisiti costituzionali ci fu, ad esempio, l'obbligo di fornire una definizione chiara della nozione «situazione di grave crisi», la quale rendeva l'interruzione della gravidanza permessa e che in pratica risultava in un diritto all'aborto illimitato.

¹² Vedi G.F. FERRARI (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012.

¹³ Vedi A.L. PAP, *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy*, London e New York, 2018.

¹⁴ B. Bugarič, *Central Europe's descent into autocracy: A constitutional analysis of authoritarian populism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, 597.

«costituzionalismo illiberale»¹⁵. In questo nuovo contesto, la Corte costituzionale non svolge più quel ruolo fondamentale di garante dei diritti individuali e dello stato di diritto per cui era nota prima¹⁶. L'azione popolare, con cui chiunque poteva chiedere il controllo di costituzionalità di qualsiasi norma del sistema giuridico, senza dover dimostrare un interesse soggettivo, è stata abolita¹⁷, e la Corte costituzionale è stata progressivamente composta da giudici eletti da un Parlamento in cui il governo possiede una maggioranza sufficiente per nominare nuovi giudici costituzionali senza ottenere il consenso dei partiti dell'opposizione¹⁸. A conferma di ciò, attualmente tutti i quindici giudici della Corte costituzionale ungherese sono stati nominati dal governo Fidesz-KDNP¹⁹, e soltanto quattro di queste nomine hanno richiesto il consenso di uno dei partiti di opposizione²⁰.

Data la dubbia imparzialità della Corte costituzionale e i suoi poteri ridotti da una serie di riforme²¹, non sorprende che la modifica al modulo da presentare per ottenere l'interruzione di una gravidanza, che introduce la «regola del battito cardiaco», apparentemente minore, desti preoccupazione in una parte della popolazione. In assenza dell'azione popolare, la questione di costituzionalità di un decreto ministeriale può attualmente essere sollevata davanti alla Corte costituzionale da un giudice ordinario in via incidentale²², da qualsiasi cittadino direttamente se personalmente coinvolto nell'applicazione della norma (ma solo dopo l'esaurimento di tutti i rimedi disponibili)²³, o dall'ombudsman²⁴. Occorre chiarire che per l'elezione dell'ombudsman è richiesta la medesima maggioranza dei due terzi del parlamento, prevista per l'elezione dei membri della Corte costituzionale: l'ombudsman attualmente in carica è stato eletto senza la partecipazione dei partiti di opposizione²⁵.

¹⁵ Vedi T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 1140.

¹⁶ K. KELEMEN, *L'accesso individuale diretto alla Corte costituzionale ungherese*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2014, 432.

¹⁷ Vedi *supra* nota 8.

¹⁸ La composizione della Corte costituzionale fu oggetto di modifica ancor prima dell'adozione della nuova Legge Fondamentale. Il numero di giudici fu aumentato da undici a quindici tramite un emendamento della vecchia Costituzione nel maggio 2011. Vedi K. Kelemen, *Cinque nuovi giudici alla Corte costituzionale ungherese*, in *Diritti Comparati Blog*, 1 dicembre 2011, <https://www.diritticomparati.it/cinque-nuovi-giudici-alla-corte-costituzionale-ungherese/> (ultima consultazione 30/12/2022).

¹⁹ Per la lista dei membri vedi il sito ufficiale della Corte: <https://hunconcourt.hu/current-members> (ultima consultazione 30/12/2022).

²⁰ Nel 2016, quando per un breve periodo il governo non aveva la maggioranza dei due terzi nel Parlamento necessaria per la nomina di nuovi giudici costituzionali.

²¹ Vedi G. HALMAI, *Dismantling Constitutional Review in Hungary*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2019, 1, 31.

²² Vedi l'art. 24 (2) b) della Legge Fondamentale.

²³ Vedi l'art. 24 (2) c) della Legge Fondamentale e l'art. 26 (1)-(2) della Legge n. CLI del 2011 sulla Corte costituzionale. Vedi anche K. KELEMEN, *Access to constitutional justice in the new Hungarian constitutional framework. Life after the actio popularis?*, in A. GEISLER, M. HEIN, S. HUMMEL (a cura di): *Law, Politics, and the Constitution. New Perspectives from Legal and Political Theory* (Central and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social Theory Yearbook, vol. 4), Frankfurt/Main et al., 2014, 63, <http://ssrn.com/abstract=2466908> (ultima consultazione 30/12/2022).

²⁴ Vedi l'art. 24 (2) della Legge n. CLI del 2011 sulla Corte costituzionale.

²⁵ L'ombudsman, vale a dire il commissario parlamentare per la tutela dei diritti fondamentali, attualmente in carica è stato, infatti, oggetto di critiche per non svolgere il proprio ruolo adeguatamente. Vedi GLOBAL ALLIANCE OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS, *Report and Recommendations of the Virtual Session on the Subcommittee on Accreditation* (14-24 June 2021), <https://bit.ly/3KFAez6> (ultima consultazione 30/12/2022).

4. Qualche riflessione sull'impatto della sentenza *Dobbs* sul diritto all'aborto in Ungheria

Il fatto che la modifica al modulo in questione sia stata introdotta appena due mesi dopo la pubblicazione della decisione della Corte suprema americana nel caso *Dobbs*, considerando anche il periodo tipicamente privo di elementi di rilievo politico dell'estate nel mezzo, porta inevitabilmente a pensare all'esistenza di una connessione tra la riforma ungherese e la citata sentenza statunitense, non tanto per il contenuto quanto per la prospettiva. Entrambi gli sviluppi sono stati celebrati dai sostenitori del movimento pro-life e fortemente criticati dalle voci del campo pro-choice. Infatti, immediatamente dopo la sua pubblicazione, non sono mancate voci di preoccupazione per l'impatto della sentenza *Dobbs* che potrebbe aprire la strada a riforme di stampo conservatore anche in altre parti del mondo²⁶. Tali preoccupazioni erano e sono motivate dalla notevole influenza esercitata dal precedente "ribaltato" da *Dobbs* – la sentenza *Roe* – sulla giurisprudenza costituzionale di numerosi altri Paesi²⁷.

La «regola del battito cardiaco» richiama inoltre la controversa riforma legislativa adottata nello stato della Georgia negli Stati Uniti nel 2019, la quale però non impone al medico di far sentire i segni vitali del feto alla donna incinta, ma proibisce in modo assoluto l'aborto nel caso in cui sia rilevabile il battito cardiaco dell'embrione²⁸, cioè mediamente a partire dalla sesta settimana della gravidanza. La regola ungherese è molto più mite, in quanto non proibisce l'aborto, ma si pone l'obiettivo di convincere le donne a desistere dall'interruzione della gravidanza²⁹. Tuttavia, quest'ultima solleva comunque dubbi di costituzionalità, nel caso in cui venga imposta senza eccezione e senza la possibilità per la donna di rifiutare di ascoltare i segni vitali dell'embrione. In primo luogo, ciò potrebbe configurare una violazione della dignità umana, protetta anche dalla Legge Fondamentale ungherese nel suo Articolo II. Inoltre, il fatto che la regola sia stata introdotta con un decreto ministeriale, e non con legge, solleva un ulteriore dubbio sulla sua costituzionalità³⁰, anche se, data la larga maggioranza del governo ungherese nel Parlamento, in pratica non ci sarebbe alcun ostacolo ad elevare la regola a livello legislativo.

Attualmente, non risultano ricorsi alla Corte costituzionale ungherese il decreto analizzato. Alla luce del contesto giuridico e politico del paese, è improbabile che la questione di costituzionalità della nuova norma venga sollevata in via principale. Rimangono la via incidentale e il ricorso costituzionale

²⁶ Vedi, ad esempio, R. KAUFMAN ET AL., *Global impacts of Dobbs v. Jackson Women's Health Organization and abortion regression in the United States*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 30, 1, 2022, 1.

²⁷ Vedi R.B. SIEGEL, *The Constitutionalization of Abortion*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1057.

²⁸ Georgia House Bill 481, Living Infants Fairness and Equality (LIFE) Act, in vigore dal 1 gennaio 2020, <https://www.legis.ga.gov/api/legislation/document/20192020/187013> (ultima consultazione 30/12/2022).

²⁹ Neanche questa regola più mite è una novità però nel panorama internazionale. L'obbligo di ascoltare il battito cardiaco o di guardare l'ecografia dell'embrione o del feto esisteva già in diversi stati degli Stati Uniti. Vedi questo studio che esamina l'impatto di una tale regola sul numero delle interruzioni volontarie di gravidanza: USHMA D. DUPADHYAY et al., *Evaluating the impact of a mandatory pre-abortion ultrasound viewing law: A mixed methods study*, in *PLoS One*, 12, 7, 2017.

³⁰ Vedi l'art. I (3) della Legge fondamentale, il quale prevede che i diritti fondamentali possono essere limitati solo con legge. Vedi anche il commento di Patrik Szabó sul sito dell'associazione Arsoni (in ungherese), del 15 settembre 2022: <https://arsboni.hu/gyorselemzes-az-abortusz-rendelet-alkotmanyossagarol/> (ultima consultazione 30/12/2022).

dopo l'esaurimento dei rimedi disponibili. Entrambe queste vie di accesso richiedono però che prima si instauri un processo davanti a un giudice comune. Quindi, l'accesso alla Corte costituzionale non è diretto e può avvenire solo attraverso un percorso più lungo. Se il giudice delle leggi ungheresi si pronuncerà sulla «regola del battito cardiaco» in futuro, diventerà senz'altro più evidente l'impatto della sentenza *Dobbs* in Ungheria. È probabile che i giudici costituzionali ungheresi colgano allora l'occasione di ispirarsi alla maggioranza dei colleghi statunitensi, con i quali condividono lo spirito conservatore.

L'interruzione di gravidanza in Cile (1874-2023): profili penali e costituzionali

Andrea Perin*

ABORTION IN CHILE (1874-2023): CONSTITUTIONAL AND CRIMINAL LAW PERSPECTIVES

ABSTRACT: In Chile, according to Law 21.030/2017, interruption of pregnancy is allowed on the following grounds: 1) there is a risk to the life of the pregnant woman; 2) the fetus is unviable; 3) the pregnancy resulted from rape. The current justification of abortion – otherwise sanctioned by the Chilean Penal Code of 1874 – goes beyond the regime previously imposed by the Health Code, which, while allowing therapeutic abortion from 1931, starting from 1989 forbade any action whose purpose was to cause a pregnancy interruption. During the legislative process, the Constitutional Court recognized that the fundamental rights of the woman (as a person) take precedence over the protection granted to the unborn child by the Chilean Constitution of 1980.

KEYWORDS: Chile; therapeutic abortion; voluntary termination of pregnancy; protection of nasciturus; conscientious objection

ABSTRACT: In Cile, la Ley 21.030 del 2017 consente l'interruzione di gravidanza in ipotesi di: 1) pericolo per la vita della gestante, 2) patologia del feto incompatibile con la vita, 3) gravidanza provocata da violenza sessuale. L'attuale giustificazione dell'aborto – altrimenti sanzionato dal Codice penale cileno del 1874 – supera il regime imposto dal Codice sanitario che, pur consentendo l'interruzione terapeutica dal 1931, a partire dal 1989 vietava qualunque azione diretta a provocare un aborto. Durante il recente processo di riforma, la Corte costituzionale ha riconosciuto che i diritti fondamentali della donna (in quanto persona) prevalgono sulla protezione accordata al concepito dalla Costituzione del 1980.

PAROLE CHIAVE: Cile; interruzione terapeutica di gravidanza (ITG); interruzione volontaria di gravidanza (IVG); protezione del concepito; obiezione di coscienza

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'impianto del Codice penale: fattispecie di aborto ed esimenti (1874-) – 3. Gli interventi sul Codice sanitario: i ristretti margini di liceità dell'aborto terapeutico (1931-1989) – 4. La Costituzione del 1980 sulla via della riforma democratica (1990-2017) – 5. La Legge 21.030 del 2017 – 5.1. Profili gene-

* *Ricercatore in Diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia (Via delle Battaglie, 58 – Brescia). Visiting professor, Facultad de Derecho, Universidad Andres Bello (Bellavista 0121, Providencia – Santiago de Chile). Mail: andrea.perin@unibs.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

rali – 5.2. Le tre indicazioni scriminanti – 6. L’ampliamento dell’obiezione di coscienza da parte del *Tribunal Constitucional* (2017) – 7. La promessa mancata del processo costituente (2019-?).

1. Introduzione

La disciplina in materia di interruzione di gravidanza in “*tres causales*” (L. 21.030/2017) rappresenta l’ultima tappa di un’evoluzione normativa condizionata dall’assetto costituzionale vigente dal 1980 e dalla controversa protezione da esso accordata al nascituro/concepito¹. L’attuale giustificazione/liceità dell’aborto – altrimenti sanzionato dal Codice penale del 1874 – supera il regime imposto dal Codice sanitario, che, pur consentendo l’interruzione terapeutica dalla sua introduzione nel 1931, a partire dal 1989 vietava qualunque azione la cui finalità fosse provocare un aborto.

Oggi, con la riforma del 2017, approvata all’esito di un vaglio preventivo di costituzionalità, l’interruzione di gravidanza è scriminata in ipotesi di 1) pericolo per la vita della gestante, 2) patologia del feto incompatibile con la vita, 3) gravidanza provocata da violenza sessuale.

La possibilità per la gestante di accedere alla prestazione è però ostacolata dall’obiezione di coscienza del personale sanitario, facoltà che la Corte costituzionale ha esteso persino alle strutture sanitarie.

2. L’impianto del Codice penale: fattispecie di aborto ed esimenti (1874-)

Il Codice penale cileno del 1874 (d’ora in poi: C.p.) disciplina l’aborto come reato negli articoli 342-345 (inseriti nel Titolo VII: *Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual*)², sanzionando l’interruzione di gravidanza volontaria, realizzata o acconsentita dalla gestante, e quella operata da terzi contro o senza il suo consenso.

L’aborto volontario è punito da due fattispecie. Ai sensi dell’art. 344, co. 1, C.p., «*La mujer que [fuera de los casos permitidos por la ley³] causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo*» (fino a 5 anni)⁴. Nella seconda ipotesi (aborto consentito) si applica anche l’art. 342, co. 3, C.p., in base al quale, «*El que maliciosamente causare un aborto será castigado [...]*» con la pena «*de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere*» (fino a 3 anni). Il co. 2 dell’art. 344 prevede peraltro un tipo “privilegiato” di aborto – cd. aborto

¹ Per riferirsi a «*el que está por nacer*» (art. 19, *Constitución de la República* cilena) in italiano si ricorre generalmente al termine *concepito*. Sul piano civilistico, infatti, il *nascituro* può essere *non ancora concepito*. Ad ogni modo, in questo contributo i termini *nascituro* e *concepito* vengono intesi e impiegati come sinonimi.

² Questa scelta del legislatore storico, se da un lato mostra che la criminalizzazione dell’aborto risponde anche ad una logica di controllo della natalità, dall’altra impedisce di equiparare il *concepito* alla *persona* (l’aborto non è un delitto contro la vita ma, appunto, contro «*el orden de las familias*», ed è quindi punito meno severamente). Sul punto, F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *Breve reconstrucción histórica-legislativa de la Ley 21.030 que reguló en Chile la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*, in L. CASAS BECERRA, G. MAIRA VARGAS (a cura di), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización*, Santiago de Chile, 2019, 93, nota 51.

³ Fra parentesi, nel testo della disposizione, la parte aggiunta dalla L. 21.030/2017, che, come vedremo, consente il rinvio espresso alle tre cause di giustificazione oggi previste dall’art. 119 del Codice sanitario.

⁴ Le pene “scalari” a cui si riferiscono le fattispecie indicate nel testo sono quantificate dall’art. 25 C.p.

honoris causa –, che applica una pena inferiore – *presidio menor en su grado medio* (fino a 3 anni) – alla gestante che «*lo hiciera por ocultar su deshonra*».

L'aborto non consentito è trattato a seconda del suo carattere violento o meno. Nel primo caso, l'art. 342, n. 1, C.p., punisce l'autore del fatto – «*si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada*» – con la pena del *presidio mayor en su grado mínimo* (fino a 10 anni). Nel secondo caso, l'art. 342, co. 2, C.p., assegna la pena del *presidio menor en su grado máximo* (fino a 5 anni), se l'autore del fatto, ancorché senza ricorso alla violenza, «*obraré sin consentimiento de la mujer*». L'art. 343 C.p. prevede inoltre che sarà punito «*con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor*» (fino a 3 anni). Quest'ultima ipotesi prevede un reato complesso assimilabile ai cd. "reati aggravati dall'evento", in cui all'atto violento doloso (ad es., percosse ai danni della donna in gravidanza) segue l'aborto "non voluto" ma quantomeno colposo (data l'evidenza/rappresentazione effettiva dello stato di gravidanza).

Una fattispecie *ad hoc* (art. 345 C.p.) è poi dedicata all'aborto commesso dal medico che, «*abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él*», per cui è previsto un aumento di pena (un grado, potendo quindi raggiungere i 15 anni, nell'ipotesi più grave) rispetto a quelle previste dall'art. 342, C.p., a seconda dei casi: con violenza; senza violenza né tuttavia consenso; col consenso della donna. Oltre alle fattispecie incriminatrici, vanno tenute a mente (vi ritorneremo) anche le regole generali in materia di cause di giustificazione e scusanti. In particolare: le scriminanti date dall'adempimento di un dovere e dall'esercizio di un diritto (art. 10, n. 10, C.p.)⁵ e lo stato di necessità (art. 10, n. 11, C.p.), che esclude la responsabilità (mancando l'antigiuridicità o la colpevolezza del fatto, a seconda delle interpretazioni) quando la condotta (l'aborto, in questo caso) è volta ad evitare un danno grave a sé o ad altri, sempre che sussistano determinate condizioni⁶.

3. Gli interventi sul Codice sanitario: i ristretti margini di liceità dell'aborto terapeutico (1931-1989)

Atteso questo quadro sanzionatorio, in virtù delle regole generali in materia di esimenti e della disciplina del Codice sanitario (d'ora in poi: C.s.), dal 1931 al 1989 in Cile era consentito l'*aborto terapeutico*⁷.

L'art. 226 C.s. del 1931 (il primo in vigore in Cile) prevedeva che:

⁵ Applicabile a «*El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo*».

⁶ «1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa». In dottrina, anche per altri riferimenti, cfr. J.P. CASTILLO MORALES, *El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa*, in *Polít. crim.*, 11, 22, 2016, 40 ss.; J. WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, 2017.

⁷ Sull'evoluzione legislativa in materia, per maggiori dettagli ed altri riferimenti: A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno*, in *Revista Derecho y Humanidades*, 10, 2004, 144 ss.; F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 78 ss.

«Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer quiere la opinión documentada de tres facultativos. / Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso por falta de facultativos en la localidad, se documentara lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente».

Secondo alcuni studi, la citata disposizione del C.s. veniva generalmente interpretata dai medici in maniera restrittiva, per cui l'interruzione di gravidanza era praticata solo qualora la gestante si presentasse in una situazione di *rischio vitale*⁸. Le informazioni disponibili mostrano comunque un aumento degli aborti volontari ospedalieri fino al 1960, con una notevole crescita dei tassi nei primi dieci anni di vigenza del C.s.⁹; nel 1938, però, si stimava che solo la metà delle donne che avevano abortito si fossero rivolte ad una struttura ospedaliera¹⁰.

Nel 1952, la creazione del Servizio Sanitario Nazionale segnò una tappa fondamentale nell'attenzione statale in favore della salute riproduttiva. Tuttavia, all'inizio degli anni Sessanta, la mortalità legata a pratiche abortive continuava ad essere elevatissima, causando fino a circa il 40% delle morti materne¹¹.

Nel 1968 entrò in vigore l'attuale C.s., il cui art. 119 stabiliva che: «Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos».

In questo modo, atteso l'obiettivo di favorire gli aborti ospedalieri (per evitare gli aborti clandestini, legati a quegli altissimi tassi di mortalità), vennero ridotti i requisiti per consentire l'interruzione di gravidanza terapeutica, attribuendo ai medici la facoltà di decidere se procedere di fronte a una situazione di rischio (presente o futuro) per la gestante¹².

Tuttavia, sul finire della dittatura militare (1973-1990), la L. 18.826, del 15 settembre 1989, riformò l'art. 119 C.s., stabilendo che: «No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto». Rispetto al regime minimo in vigore sin dagli anni Trenta, quest'intervento portò ad una riduzione ancor più drastica dell'interruzione di gravidanza "consentita". *Prima facie*, infatti, anche l'aborto terapeutico *in quanto tale* divenne illecito. Le norme generali in materia di scriminanti o scusanti continuarono ad essere applicabili, ma ad una sfera di casi clinici molto più ristretta rispetto a quella che ricomprenderebbe virtualmente tutti quelli raccomandati dalla *lex artis medica*.

⁸ T. MONREAL, *Evolución histórica del aborto provocado en Chile y la influencia en la anticoncepción*, in *Simposio Nacional: Leyes para la salud y la vida de las mujeres. Hablemos de aborto terapéutico*, Santiago de Chile, 1993, cit. in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile. Evolución histórica del marco normativo*, 8-9, disponibile in: <https://www.bcn.cl/portal/> (ultima consultazione 09/01/2023).

⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile*, cit., 9.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ MINISTERIO DE SALUD (GOBIERNO DE CHILE), *Normas nacionales sobre regulación de la fertilidad*, 2018, 13, disponibile in <https://www.minsal.cl> (ultima consultazione 09/01/2023).

¹² Secondo quanto riportato anche in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile*, cit., 11, con l'obiettivo di favorire gli aborti ospedalieri (ed evitare gli aborti clandestini, in aumento dopo il 1961), nel 1973 il reparto di maternità dell'ospedale Barros Luco (Santiago) adottò un protocollo inteso a dare un'interpretazione più ampia possibile al C.s. del 1968. Si rinvia al documento per ulteriori dettagli.

Nelle intenzioni del legislatore storico della dittatura, l'interruzione di gravidanza sarebbe stata giustificabile solo in quanto «effetto collaterale» di un intervento davvero inevitabile e quindi scusato in base alla dottrina teologica del “duplice effetto” (*infra*)¹³.

4. La Costituzione del 1980 sulla via della riforma democratica (1990-2017)

La modifica regressiva del 1989 venne motivata adducendo che la previgente disciplina del C.s. – che, come visto, consentiva in realtà soltanto l'*aborto con fine terapeutico* – non assicurava una tutela adeguata alla vita del concepito¹⁴.

Anche con il ritorno alla democrazia, dai primi anni Novanta in poi, il dibattito pubblico e parlamentare¹⁵ circa la controversa portata dell'art. 119 C.s. post-1989 continuò a riguardare l'art. 19 della (tuttora vigente) *Constitución de la República* del 1980¹⁶ e la discussa previsione, a giudizio dei settori conservatori, di un obbligo costituzionale (implicito o indiretto) di tutela penale a favore del *nascituro*. L'art. 19, n. 1 (par. 1-2), Const., prevede che: «*La Constitución asegura a todas las personas: 1º.–El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.*

*La ley protege la vida del que está por nacer [...]»*¹⁷

In termini generali, va ricordato che sostenere l'esistenza di *obblighi costituzionali* di tutela penale significa avallare un certo modo, per nulla scontato, di intendere il rapporto tra diritto penale e Costituzione: a quest'ultima, così ragionando, si richiede non soltanto di *limitare* l'esercizio del potere punitivo, eventualmente *legittimandolo*, ma anche di *imporre* la previsione di sanzioni penali. Il potere della Costituzione di vincolare la discrezionalità del legislatore si baserebbe sul riconoscimento di beni/interessi *sicuramente* meritevoli di tutela penale. L'obbligo costituzionale s'identificherebbe così – in termini problematici – con una *presunzione di assenza di ragioni di sussidiarietà*, un limite rigido al-

¹³ V. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 18.826*, 103, 168, 190, disponibile in: <https://www.bcn.cl/portal/> (ultima consultazione 09/01/2023). Sull'impatto della dittatura nel procedere di una parte della classe medica, anche dopo il ritorno alla democrazia, v. ancora le annotazioni in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile*, cit., 13 ss., a proposito delle successive revisioni del Codice etico del *Colegio médico* (l'Ordine dei medici), che subì un'involuzione simile a quella del C.s. del 1968 dopo l'intervento del 1989.

¹⁴ V. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 18.826*, cit., 8, secondo il parere tecnico che accompagnò la mozione di riforma, la disciplina del C.s. del 1968 sarebbe stata incostituzionale, posto che «l'espressione “finalità terapeutiche” [...] non ha un significato univoco né appare definita, e deve essere intesa come: “qualsiasi mezzo, elemento o pratica diretta ad ottenere il miglioramento di un paziente o a superare uno stato di salute carente di un individuo” [...]».

¹⁵ Sui diversi progetti di riforma presentati sin dal 1991, F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 79 ss., 87 ss., con particolare attenzione a tre progetti di legge presentati fra 2009 e 2010, che aprirono una nuova fase del dibattito verso una disciplina dell'interruzione di gravidanza che andasse oltre la mera indicazione terapeutica.

¹⁶ Il testo fu elaborato dalla *Comisión Ortúzar*, istituita nel 1973 dalla Giunta militare di Governo e composta esclusivamente da giuristi di orientamento conservatore; i lavori terminarono nel 1978 con la predisposizione del progetto della Costituzione politica poi approvata nel 1980.

¹⁷ Così dispone anche il *Código civil* (art. 75). E l'art. 74 precisa che: «*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre [...]».*

la loro sostenibilità politica¹⁸. E ciò non vale solo rispetto agli obblighi espliciti¹⁹, ma anche di fronte al controverso riconoscimento, per via interpretativa, di obblighi costituzionali “impliciti” o “indiretti” di penalizzazione, come nel caso, secondo alcuni, della protezione accordata al concepito²⁰.

Secondo la tesi contraria alla depenalizzazione dell’interruzione volontaria di gravidanza, l’art. 19, n. 1, par. 2, Const., riconoscerebbe il «diritto alla vita» del concepito (*el que está por nacer*) alla stessa *stregua* del diritto alla vita della persona; pertanto, anche il suo «diritto a non essere ucciso arbitrariamente», e quindi *l’obbligo dello Stato di reprimere* qualunque offesa o attentato alla sua vita; quindi, qualunque fatto di aborto volontario.

Le uniche ipotesi non punibili, in ragione del riferimento esplicito alla *finalità* dell’azione proibita, sarebbero state quelle coperte dalla dottrina del “duplice effetto”; cioè i casi in cui l’aborto fosse stato conseguenza prevista ma *indesiderata, proporzionata* e comunque *inevitabile* (insostituibile con altro mezzo meno lesivo per il bene-vita sacrificato) di un intervento *legittimo* in quanto posto in essere al *fine di salvare la vita* della gestante²¹.

Come si accennava in chiusura del paragrafo precedente, fra queste ipotesi non sarebbero quindi rientrate le interruzioni di gravidanza «raccomandate» dalla prassi medica ma non «assolutamente inevitabili»²² (interruzioni spesso comunque realizzate nelle strutture sanitarie, attesa la necessità di non porre in pericolo la vita della gestante)²³.

Tuttavia, già da tempo, contro l’interpretazione più restrittiva dell’art. 19 Const. è stato rilevato che la «protezione» riservata al nascituro non contiene affatto il riconoscimento di un suo *diritto soggettivo alla vita*; quel dovere di tutela si riferisce soltanto a un «interesse oggettivo di rango costituzionale», la cui salvaguardia, non potendo essere intesa come assoluta, può e deve essere bilanciata –

¹⁸ Su questi profili, in senso critico, nel contesto di una riflessione collettiva sul processo costituente cileno, A. PERIN, I. ACKERMANN, *¿Mandatos de criminalización en la Constitución?*, in C. CABEZAS, E. CORN (a cura di), *Derecho penal y nueva Constitución*, Santiago de Chile, 2021, 93 ss.

¹⁹ La vigente Costituzione del 1980 prevede obblighi di criminalizzazione all’art. 9 (in materia di terrorismo) e all’art. 79 (in materia di responsabilità dei giudici per corruzione e abuso di funzioni).

²⁰ Come noto, la vigenza di un particolare obbligo implicito di tutela penale è stata sostenuta proprio contro la depenalizzazione dell’aborto, quando, a partire dagli anni Settanta, diversi Paesi adottarono riforme che consentivano, a determinate condizioni (termini e/o indicazioni, a seconda del modello), l’interruzione volontaria di gravidanza. Ciò spinse i settori politici e accademici più conservatori – spesso adesi a determinati valori religiosi – a ricorrere all’argomento della necessaria tutela penale della vita, quindi anche della vita del concepito. Anche per altri riferimenti, da ultimo, A. PERIN, I. ACKERMANN, *op. cit.*, 97 ss.

²¹ Il fine moralmente positivo (voluto e dovuto) porta con sé un male inevitabile (preterintenzionale): su queste basi, cfr. M.M. OSSANDÓN, *Aborto y Justificación*, in *Revista Chilena de Derecho*, 39, 2, 2012, 325 ss.; R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *¿Está el derecho penal al margen de discusiones axiológicas? A propósito de la sentencia del Tribunal constitucional chileno sobre la despenalización de la interrupción del embarazo*, in *Revista Chilena de Derecho*, 49, 1, 2022, 180 ss. Al riguardo, M. KOTTOW, *Desde la Bioética: comienzo y final del cuerpo humano*, Santiago de Chile, 60 ss., rileva che il principio del “duplice effetto”, nato in seno alla Chiesa ma non accettato unanimemente dalla teologia cattolica, non costituisce un argomento logico, ma una giustificazione valida solo per una dottrina che preveda divieti assoluti che, in casi eccezionali, si devono trasgredire.

²² Attesa la dottrina indicata, R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 183 e 190, a proposito della prima indicazione “scriminante” – il rischio vitale della gestante – ora prevista dalla L. 21.030 (*infra*, § 5).

²³ In questo senso, le affermazioni del dott. Ramiro Molina (Universidad de Chile) davanti alla *Comisión de Salud* del Senato, nel corso delle audizioni svoltesi fra agosto e settembre 2011, a proposito dei progetti di legge presentati fra 2009 e 2010 (*supra*, nt. 15), in F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 81.

dal legislatore – con altri beni e interessi concorrenti ed eventualmente prevalenti²⁴. Del resto, lo stesso art. 19, n. 1, par. 1, Const., come visto, assicura protezione al «*derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*»; pertanto, anche nei riguardi della gestante – come di qualunque altra persona –, sull'assolvimento dei doveri di cura attraverso il corretto esercizio della *lex artis* medica non può interferire alcuna minaccia o condizionamento del diritto penale.

Al di là del tenore letterale dell'art. 119 C.s. e di ulteriori riflessioni *de lege ferenda*, si trattava dunque di ragionare sui margini di applicabilità delle esimenti generali previste dal sistema penale (se possibile – cosa in sé controversa –, oltre l'intervento terapeutico abortivo *inevitabile*, a fronte di un *rischio* per la gestante tollerato dalla dottrina teologica²⁵, quindi ad es. anche in ipotesi di *grave danno per la salute*).

Due, in questo senso, le cause potenzialmente giustificanti. (1) L'aborto sarebbe stato consentito qualora *raccomandabile* in virtù della *lex artis* medica, nell'*adempimento di un dovere* o nell'*esercizio legittimo della professione* (art. 10, n. 10, C.p.), con l'obiettivo di salvaguardare la salute della gestante²⁶. (2) Inoltre, dopo l'introduzione della nuova figura di *stato di necessità* (art. 10, n. 11, C.p., in virtù della L. 20.480 del 2010), si è ritenuto che l'aborto potesse risultare scriminato (o comunque scusato) purché non vi fosse altro mezzo praticabile e meno dannoso per evitare il pregiudizio, quindi in casi di estrema urgenza e gravità²⁷.

5. La Legge 21.030 del 2017

5.1. Profili generali

Il dibattito circa il significato dell'art. 19 Const. – e il controverso bilanciamento fra i diritti della persona e la protezione del concepito – ha segnato anche il confronto pubblico e parlamentare che ha portato all'approvazione della disciplina vigente²⁸.

²⁴ A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud*, cit., 160 ss. Sul diritto all'integrità fisica e psichica (della gestante), quale fondamento bioetico dell'assenza di un dovere solidaristico di portare a termine una gravidanza indesiderata, A. ZÚÑIGA FAJURI, *La constitucionalidad del aborto. Presentación ante la Comisión de Constitución del Senado*, in <http://cifde.cl/testimonial/aborto/> (ultima consultazione 09/01/2023), rilevando anche che il dato letterale dell'art. 19 Const., laddove assicura protezione alla vita della persona e, separatamente, al concepito, mostra inequivocabilmente che il secondo non può essere equiparato alla prima. Analogamente, C. DONOSO SABANDO, *Despenalización del aborto en Chile. Una cuestión de justicia social*, in *Acta Bioethica*, 22, 2016, 162 ss.

²⁵ Il «fondamento politico della Legge 18.826 – ricorda A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud*, cit., 143 ss., 157 ss. – non viene dall'ordine costituzionale, ma dalla teologia morale cattolica».

²⁶ Cfr. A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud*, cit., 146 ss., anche con riferimento al periodo storico precedente all'introduzione, nel 1931, del C.s.; H. HERNÁNDEZ, J. COUSO, *Código Penal Comentado. Libro Primero (arts. 10 a 105), Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, 2011, 265.

²⁷ Sempre che, fra le altre condizioni, si potesse inoltre ritenere rispettata quella per cui «*el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita*»: si sarebbe configurata un'ipotesi di stato di necessità "difensivo", in quanto rivolto nei confronti della fonte del «male attuale o imminente» che, a norma dell'art. 10, n. 11, C.p., si tratta di evitare. Cfr. A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La píldoras del día después ante la jurisprudencia*, in *Estudios públicos*, 95, 2004, 72, nota 48.

²⁸ Cfr. di nuovo F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 87 ss., i quali rilevano che neppure il riconoscimento (dagli autori non condiviso) di un «diritto alla vita del concepito» avrebbe impedito di sostenere la legittimità

L'iter legislativo della L. 21.030/2017²⁹ iniziò nel 2015 durante il Governo della Presidente della Repubblica Michelle Bachelet³⁰. Il progetto di legge approvato dal Congresso venne però sottoposto al vaglio di costituzionalità preventivo che, come vedremo nel paragrafo successivo, portò ad una controversa modifica della parte concernente l'obiezione di coscienza (d'ora in poi: OC).

L'art. 2 della L. 21.030 modifica anzitutto l'art. 344 C.p., aggiungendo un rinvio espresso (di seguito sottolineato in corsivo) alla prima parte del co. 1., che attualmente recita quanto segue: «*La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo*».

I «casi consentiti dalla legge» sono quelli ora previsti e disciplinati dagli artt. 119 e 119-bis, C.s. (art. 1, L. 21.030), cioè le tre ipotesi generali che, in virtù della constatazione di interessi prevalenti (i diritti della gestante), consentono l'interruzione di gravidanza impedendo l'applicazione di quelle fattispecie di reato (*supra*, § 2).

L'art. 119, co. 1, C.s., stabilisce quindi che: «*Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:*

- 1) *La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.*
- 2) *El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.*
- 3) *Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación».*

Fra i modelli di disciplina in questa materia, il legislatore cileno, nel lasciarsi alle spalle il divieto del 1989, ha optato per un sistema “misto” basato su tre indicazioni.

Una prima questione generale attiene alla natura delle tre esimenti. Secondo l'orientamento da condividere, comunque, si tratta di “cause di giustificazione” e non, invece, di mere “scusanti”. La natura “scriminante” delle indicazioni è data in effetti dal giudizio di prevalenza dei beni giuridici della gestante su quelli del concepito; non si tratta, insomma, di mera «inesigibilità» (logica che replicherebbe un atteggiamento paternalista nei confronti della donna³¹), ma di oggettiva assenza di anti-giuridici-

costituzionale della disciplina che stiamo per esaminare, attesa la necessità di coniugare la protezione di quel bene giuridico con la tutela dei diritti fondamentali della gestante.

²⁹ Consultabile in <https://bcn.cl/2fd6u> (ultima consultazione 09/01/2023).

³⁰ Gli atti dell'iter legislativo sono disponibili in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 21.030*: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6701/> (ultima consultazione 09/01/2023). Interessanti annotazioni sul processo di approvazione, sulle dinamiche parlamentari e sugli equilibri politici interni al governo della Presidente Bachelet, in V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto del Tribunal Constitucional de Chile: evitando la excepcionalidad en el trato de la mujer embarazada como sujeto de derecho*, in *Aborto en tres causales en Chile*, cit., 122 ss.

³¹ Il sistema, adottando un atteggiamento “scusante”, si esprimerebbe idealmente così: *in quelle circostanze, non avresti proprio potuto agire altrimenti...per cui ti perdono*.

cità – a determinante condizione, assicurate dall'intervento del sistema sanitario – in base a giudizi di valore espressi dall'ordinamento giuridico³².

La funzione delle tre scriminanti sarebbe equivalente a quella svolta dalla meta-norma dell'art. 10, n. 10, C.p. (*supra*). Pertanto, un'interruzione di gravidanza che ne soddisfi una qualsiasi, e che sia effettuata secondo i requisiti formali stabiliti, costituirà una realizzazione virtualmente tipica, ma giustificata (non antiggiuridica), del delitto di aborto del medico (art. 345 C.p.) e della gestante (art. 344 C.p.)³³.

Trattandosi di «condizioni procedurali di giustificazione», sia i medici chiamati a diagnosticare la prima e la seconda indicazione (*rischio vitale per la gestante e incompatibilità extrauterina del feto*), sia l'*équipe* chiamata a valutare la sussistenza della terza (*violenza sessuale*), devono rispettare attribuzioni, indicazioni e termini stabiliti per legge e stendere una relazione per dar conto della sussistenza dei presupposti dell'indicazione applicabile.

Spettando al sistema sanitario la verifica delle condizioni scriminanti, non è richiesto alcun intervento dell'autorità giudiziaria³⁴.

5.2. Le tre indicazioni scriminanti

(1) La prima scriminante richiede «che la donna si trovi in una condizione di rischio vitale, tale per cui l'interruzione della gravidanza eviti un pericolo per la sua vita» (art. 119, co. 1, n. 1, C.s.).

La *ratio* sottesa a questa indicazione (perfettibile sul piano della tecnica normativa) consiste nella protezione della vita della gestante.

Sul piano formale e procedimentale, l'art. 119-*bis*, co. 1, C.s. richiede solo una «diagnosi medica» e non prevede termini né che essa sia rilasciata da uno specialista.

Sul piano sostanziale, essa potrebbe apparire tendenzialmente più stringente rispetto al previgente «fine terapeutico» che, secondo le interpretazioni più liberali, avrebbe consentito l'aborto anche quando il pregiudizio da evitare avesse riguardato la salute/integrità della gestante, ma non necessariamente la sua vita³⁵.

Fra gli altri aspetti, va annotato che: (i) l'interruzione sarà lecita anche qualora il rischio derivi da una condizione clinica soltanto aggravata dalla gravidanza; (ii) l'aborto sarà lecito, inoltre, anche qualora esistano strategie terapeutiche alternative o qualora la morte non sia conseguenza certa in ipotesi di prosecuzione della gravidanza (deve prevalere la volontà della paziente, come in qualunque altro caso); (iii) il *pericolo di suicidio*, a giudizio di alcuni, assumerebbe rilievo giustificante solo qualora derivi da una condizione clinica della gestante, non da una sua libera determinazione³⁶, ma questa soluzione nasconde un rischio di stigmatizzazione e colpevolizzazione, per cui, se il rischio oggettivamente

³² M.A. REYES, J.A. WINTER, *Panorama de la Ley N° 21.030 sobre interrupción voluntaria del embarazo*, in *Academia Judicial de Chile*, 2 ss.; F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 77 ss., 92 ss., spec. 95, sull'accezione paternalista e *machista* che assumerebbe l'idea "scusante", se applicata alla decisione di abortire, sottesa al principio di inesigibilità. Cfr. R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 177 ss.

³³ M.A. REYES, J.A. WINTER, *op. cit.*, 2 ss.

³⁴ F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 92 ss., spec. 95-96.

³⁵ Il che spiega il rilievo sussidiario attribuibile alle "scriminanti" indicate al § 2 e in conclusione del § 4.

³⁶ Si richiede cioè che sia «affetta da qualche disabilità o disturbo mentale» (M.A. REYES, J.A. WINTER, *op. cit.*, 17) che metta a serio rischio la sua vita.

esiste, gli si dovrebbe comunque attribuire rilievo scriminante, a prescindere da qualsivoglia ipotetica – scivolosissima – indagine sulle cause del proposito suicida³⁷.

(2) La seconda esimente riguarda l'ipotesi in cui «l'embrione o il feto sia affetto da una patologia congenita acquisita o genetica, incompatibile con la vita extrauterina autonoma, comunque di natura letale» (art. 119, co. 1, n. 2, C.s.).

L'interesse prevalente è ancora l'integrità della gestante, in tutte le sue dimensioni.

Sul piano formale, l'art. 119-*bis*, co. 2, C.s., richiede due diagnosi mediche rilasciate da specialisti, prima dell'intervento e per iscritto (tuttavia, la norma non specifica la specializzazione richiesta).

Quanto al contenuto, bastino le seguenti precisazioni: (i) nei casi di patologie/malformazioni provocate intenzionalmente dalla gestante o da terzi, il medico che effettui l'interruzione agirà comunque legittimamente, mentre il terzo sarà imputabile per delitto di aborto doloso (art. 342 C.p., eventualmente quello della gestante, *ex art.* 344 C.p.); (ii) non rilevano eventuali concorsi "colposi" della gestante (l'auto-aborto colposo non è previsto come reato); (iii) medici che rilascino false diagnosi saranno imputabili *ex art.* art. 345, C.p., mentre non rileva l'errore diagnostico colposo (l'art. 345 C.p. punisce solo la forma dolosa).

(3) La terza indicazione riguarda l'ipotesi in cui la gravidanza «sia conseguenza di una violenza sessuale, a condizione che non siano trascorse più di dodici settimane di gestazione». Nel caso si tratti di una gestante «di età inferiore a 14 anni, l'interruzione della gravidanza può essere eseguita purché non siano trascorse più di quattordici settimane di gestazione» (art. 119, co. 1, n. 3, C.s.).

La *ratio* può essere individuata nella inesigibilità dell'obbligo di tollerare una gravidanza prodotta da un atto sessuale non consensuale, che costituirebbe una forma di tortura³⁸. Sullo sfondo, quindi, troviamo ancora l'integrità e la salute, in tutte le due dimensioni, e l'autonomia della donna³⁹.

Formalmente, l'art. 119-*bis*, co. 3, C.s. richiede che venga costituita un'*équipe* sanitaria al fine di verificare che la gravidanza sia stata il prodotto di violenza e che non siano state superate le dodici o, se del caso, le quattordici settimane di gestazione⁴⁰. Se la gestante è minorenni, il responsabile del centro ospedaliero deve sporgere denuncia al Pubblico Ministero, alla polizia o a un Tribunale di garanzia competente (artt. 369 C.p., 175-d e 200 C.p.p.), nonché notificare il fatto al Servizio Nazionale per i minori. Se invece la gestante è maggiorenne e non ha denunciato il reato, lo stesso responsabile è tenuto soltanto ad informare il Pubblico Ministero.

³⁷ Dovrebbe comunque sempre valere il criterio medico: se c'è fondato pericolo, l'aborto è lecito come in qualunque altro caso. D'altra parte, in un sistema di *indicazioni tassative*, la soluzione più ragionevole appare quella di "liberalizzare" del tutto questa indicazione, consentendo che basti constatare il rischio di suicidio (come tale dichiarato dall'interessata) per accedere all'interruzione di gravidanza, così da evitare incentivi perversi (ad es. atti auto-lesivi) e di far ripiombare la gestante nella tentazione dell'aborto clandestino o comunque non assistito dal Sistema Sanitario.

³⁸ A. ZÚÑIGA, *La constitucionalidad del aborto*, cit.; con l'avvertenza di non intendere detta *inesigibilità* in senso paternalistico, ma come ragione oggettivamente giustificante.

³⁹ Al riguardo, v. ad es. A. MONTERO VEGA, *Algunas consideraciones y reflexiones en torno al debate sobre el aborto y su despenalización por tres causales en Chile*, in *Aborto en tres causales en Chile*, cit., 115 ss.

⁴⁰ L'*équipe* può essere un organo permanente dell'istituto ospedaliero oppure può essere costituita *ad hoc* per un caso specifico. La legge non fissa regole per la sua costituzione o le sue modalità di funzionamento. Né disciplina la procedura di risoluzione delle controversie tra i suoi membri.

Quanto alle condizioni per questa indicazione, il C.s. stabilisce che si deve trattare di «*violación*», concetto al quale appaiono riconducibili: (i) il delitto di «*violación*» di cui all'art. 361 C.p. (accesso carnale non consentito), nonché quello commesso contro una minore di quattordici anni, punito dall'art. 362 C.p.; (ii) qualunque abuso sessuale⁴¹; (iii) il delitto di «*estupro*», cioè l'accesso carnale commesso nei confronti di una persona con più di quattordici anni ma ancora minorenni, punito a determinate condizioni indicative dell'assenza di un consenso pieno all'atto, ai sensi dell'art. 363 C.p. Ad ogni modo, la questione dell'esatta definizione dei reati idonei ad integrare l'indicazione appare più virtuale che reale, poiché è da escludere che a un'equipe medica possa essere richiesto di determinare, non solo la fattispecie ipoteticamente integrata, ma anche se reato c'è stato. Dovrebbe quindi bastare, come criterio generale, che appaia credibile/verosimile che la gestante abbia subito una violenza sessuale, nel senso più ampio possibile; cioè che dichiari che la gravidanza è prodotta di un atto sessuale avvenuto senza il suo (pieno) consenso. Appare comunque discutibile, in questa terza ipotesi, la scelta di obbligare la gestante che intenda accedere alla prestazione sanitaria a subire anche lo scrutinio di un'equipe medica.

6. L'ampliamento dell'obiezione di coscienza da parte del Tribunal Constitucional (2017)

Soffermiamoci ora sulle questioni di costituzionalità sollevate durante l'iter legislativo mediante due ricorsi al *Tribunal Constitucional* (d'ora in poi: TC)⁴², il quale, all'esito del vaglio preventivo, con sentenza del 28 agosto 2017 ha stabilito la generale costituzionalità del progetto di Legge (d'ora in poi: p.d.L.), salvo in materia di obiezione di coscienza⁴³.

Il TC si muove fra le seguenti coordinate costituzionali: 1) la protezione del concepito, di cui all'art. 19, n. 1 (par. 1-2), Const.⁴⁴; 2) il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazioni arbitrarie⁴⁵; 3) la

⁴¹ M.A. REYES, J.A. WINTER, *op. cit.*, 23.

⁴² Il TC, nell'ordinamento cileno, può svolgere anche un penetrante controllo preventivo di legittimità costituzionale (ai sensi degli artt. 92 ss. Const., spec. art. 93, n. 3), ragion per cui, criticamente, è stato percepito come una sorta di terza camera politica, espressione della volontà del costituzionalismo autoritario storico di ostacolare qualunque istanza riformista che intenda allontanarsi dal modello del 1980. Cfr. ad es. *infra*, nota 70. Eloquenti, al riguardo, le affermazioni di Jaime Guzmán Errázuriz (costituzionalista al servizio del regime militare e membro della *Comisión Ortúzar*, redattrice della Const. del 1980), sull'obiettivo – in buona parte raggiunto – di «*neutralizar la agencia política del pueblo*»; circoscrivere cioè un terreno costituzionale che, «qualora arrivino a governare gli avversari», faccia sì che «si vedano costretti a seguire una linea d'azione non tanto diversa da quella che uno desidererebbe», facendo cioè in modo «che – si perdoni la metafora – il margine di alternative che il campo effettivamente impone a chi ci gioca sia sufficientemente ridotto da rendere estremamente difficile agire altrimenti»: J. GUZMÁN E., *El camino político*, in *Rev. Realidad*, 1, 7, 1979, 19.

⁴³ Trib. Const., Rol 3729-17, 28 agosto 2017 (d'ora in poi: TC-2017), disponibile anche in <https://www.biodiritto.org> (ultima consultazione 12/01/2023). Per alcuni commenti di diverso orientamento, cfr., da una parte, Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *Comentarios relativos a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres casuales*, in *Anuario de Derecho Público*, 2018, 125 ss.; V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 121 ss., 133 ss.; dall'altra, R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 173 ss.

⁴⁴ TC-2017, cit., 21 ss.

⁴⁵ TC-2017, cit., 30 ss.

libertà di coscienza e il diritto ad esercitare la professione sanitaria⁴⁶; 4) l'autonomia dei corpi intermedi⁴⁷.

La sentenza si articola in due capitoli⁴⁸: il primo a proposito delle tre indicazioni "scriminanti"; il secondo sull'obiezione di coscienza⁴⁹. Fra gli altri profili di interesse, vale la pena porre l'accento su quelli riguardanti lo statuto del nascituro, le facoltà del legislatore, i diritti fondamentali della donna e l'obiezione di coscienza⁵⁰.

Quanto alla prima parte, il TC ritiene non fondate tutte le questioni. I ricorsi, presentati da alcuni esponenti conservatori del Congresso, sostenevano che la previsione delle tre ipotesi di aborto lecito e l'istituzione delle rispettive prestazioni sanitarie avrebbero violato l'*obbligo costituzionale di tutela della vita del nascituro* (art. 19, n. 1, Const.)⁵¹.

Rispetto a questo presunto obbligo di tutela penale, la sentenza esprime un mutamento radicale di orientamento rispetto a quanto asserito dallo stesso TC quando, a proposito della pillola abortiva, aveva stabilito che il concepito godeva di un diritto alla vita, costituzionalmente garantito e di carattere assoluto⁵². Questa volta, il TC abbandona il dogma dell'equiparazione fra concepito e persona (considerando 40) e afferma che la protezione del nascituro incontra un limite nella tutela dei diritti della donna, che devono prevalere (c. 79)⁵³. Il TC chiarisce inoltre che l'art. 19 Const. non prevede alcun obbligo di sanzione penale dell'aborto; il legislatore resta libero di stabilire come tutelare l'esistenza prenatale (cc. 32 e 92)⁵⁴. Insomma: la decisione di disciplinare l'interruzione di gravidanza risponde ad un'opzione legislativa costituzionalmente legittima (cc. 10, 88, 89, 103)⁵⁵.

Il ragionamento di questa prima parte si completa con la specificazione degli interessi prevalenti, cioè i diritti della donna come *persona* e come *paziente*. Quanto al secondo profilo⁵⁶, il TC ricolloca

⁴⁶ TC-2017, cit., 32 ss.

⁴⁷ TC-2017, cit., 35 ss.

⁴⁸ Approvati a maggioranza: sei voti favorevoli contro quattro, la prima parte; otto contro due, la seconda.

⁴⁹ TC-2017, cit., 44 ss.

⁵⁰ Per maggiori dettagli e argomenti circa i medesimi profili, Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 125 ss.

⁵¹ Sulle tesi contenute nei ricorsi presentati dai deputati e dai senatori della destra parlamentare, per tutti i riferimenti, cfr. Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 128; V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 125 ss., 133 ss.

⁵² Sentenza del TC, 740-2007. Al riguardo, cfr. ancora V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 132-133; Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 130.

⁵³ TC-2017, cit., 103. Già la sentenza della *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, nel caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, del 28 novembre 2012, negò che il *concepito* fosse *persona* ai sensi dell'art. 4.1 della *Convención Americana de Derechos Humanos* («derecho a la vida»).

⁵⁴ TC-2017, cit., 110. Sul punto, per la tesi infine accolta dal TC, v. la relazione di V. UNDURRAGA VALDÉS, *Presentación ante Comisión de Salud del Senado. Proyecto que Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales (Boletín N. 9895-11)*, 18 luglio 2016, criticando anche la pretesa del legislatore storico, contraria al principio della *ultima ratio*, di incentivare la prosecuzione della gravidanza per mezzo della minaccia e del simbolismo troppo spesso associato all'esercizio del potere punitivo.

⁵⁵ TC-2017, cit., 108 ss. Su questi profili, Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 131 ss.

⁵⁶ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 136, osserva come curiosamente il TC si soffermi molto su aspetti che non dovrebbero sollevare dubbi. Nel c. 35, ad es., leggiamo: «[...] la mujer es persona; como tal sujeto de derecho. Por lo mismo, tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre los primeros, puede hacer valer en su favor: su libertad e igualdad (artículo 1 inciso 1° y 19 N° 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 N° 2), su derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1), su derecho (artículo 1) N° 9), a la privacidad (artículo 19 N° 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1°). La mujer es,

l'intervento abortivo nell'alveo delle prestazioni sanitarie e dell'autonomia di chi le riceve: chiarendo che «la maternità è un atto volontario, non un'imposizione dello Stato ad ogni costo» (c. 47); riconoscendo l'autonomia della donna quanto alle decisioni legate alla gravidanza (c. 99); ricalcando che sulla protezione del concepito prevalgono i diritti della gestante (c. 79)⁵⁷; e sottolineando, in merito alla terza indicazione, che la donna non deve sopportare il peso degli effetti della violenza subita e che le convenzioni internazionali impongono allo Stato di adottare misure volte a evitare violenze fisiche, sessuali e psicologiche nei suoi confronti (c. 109)⁵⁸.

In sintesi, il TC giunge ad assicurare che la disciplina dell'interruzione di gravidanza per le tre indicazioni previste non configura un nuovo diritto all'aborto né un privilegio, ma s'inserisce nell'alveo del «diritto alla tutela della salute che le donne esercitano in condizioni di parità rispetto a qualunque altra persona». Il legislatore non può imporre alle donne più oneri di quelli richiesti a chiunque altro e deve rispettare la sua autonomia, garantendole la corrispondente prestazione sanitaria⁵⁹.

La seconda parte affronta la questione dell'OC, adottando, in sede di controllo preventivo, una decisione di incostituzionalità parziale del p.d.L. e comportando un ampliamento molto rilevante del campo d'applicazione dell'istituto.

Il p.d.L., oggetto di ricorso, prevedeva che la OC potesse essere «invocata da chiunque facesse parte del personale coinvolto nell'interruzione di gravidanza che si trovasse nel reparto al momento dell'intervento» (art. 1, n. 3, p.d.L: la OC avrebbe quindi avuto carattere strettamente personale, mai istituzionale), anche trattandosi di personale sanitario del sistema pubblico, ma a condizione che l'intervento medico potesse essere rinviato, qualora si trattasse della *prima indicazione*, e soltanto se la scadenza del termine non fosse imminente, nel caso della *terza*.

Questo regime è modificato dal TC, che interviene (i) sulle disposizioni che attribuivano la facoltà di invocare l'OC solo alle persone fisiche (personale medico o tecnico del reparto), consentendo invece l'OC istituzionale, e (ii) su quelle che la escludevano in ipotesi di imminenza dei termini della *terza indicazione*, situazione in cui l'OC è ora invocabile.

L'art. 119-ter C.s., come infine approvato all'esito dell'esame di costituzionalità, stabilisce che: «*El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo [...] podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención [...]*».

en el lenguaje de la Constitución, una persona humana». Su quella parte della sentenza (anche i cc. 38-39), «timida» e «goffa» ma «lucida», cfr. V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto*, cit., 136.

⁵⁷ Argomento, quest'ultimo, idoneo a fornire elementi sufficienti a sostenere la costituzionalità di una depenalizzazione *molto più ampia* di quella prevista dalla L. 21.030: Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 137.

⁵⁸ TC-2017, cit., 117.

⁵⁹ Al riguardo, ampiamente, V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 134 ss., 137 ss., 140 ss., 143 ss., anche a proposito dell'opportuno richiamo del TC alla L. 20.584 (*Ley del paciente*), che riconosce – sia pur parzialmente – il valore del consenso informato quale espressione del principio di autonomia. Prima della sentenza, sull'idea di matrice kantiana per cui imporre la gravidanza significa essenzialmente trattare la donna come *strumento* e non come *fine in sé stesso*, e quindi sui limiti opponibili ai doveri di solidarietà, A. ZÚÑIGA FAJURI, *op. cit.*; V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 145; per una sensibilità contraria al riguardo, R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 176-177.

«La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución»⁶⁰.

Un limite rispetto alla possibilità di invocare la OC da parte del professionista sanitario resta solo rispetto alla *prima indicazione*:

«En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención».

Negli altri casi (seconda e terza indicazione), a fronte dell'OC del personale (medico o meno) di turno, si prevede che:

«[...] el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia»⁶¹.

Alla base del ragionamento che porta a questo regime, asserisce il TC che l'OC trova riparo nella «dignità delle persone che – singolarmente o in associazione con altri –, rifiutano di partecipare a determinate attività [...] per ragioni etiche, morali, religiosi, professionali, o altre di rilevanza qualificata» (c. 131)⁶².

Su questo punto – si è rilevato –, discostandosi notevolmente dalla tradizione comparatistica, il TC rende indistinguibili i confini tra OC e mera «libertà ideologica»⁶³. Basandola «non solo sulla tutela delle convinzioni religiose e morali, ma anche sulla libertà di associazione e sulla tutela dell'autonomia dei gruppi intermedi», si stravolgono i fondamenti dell'OC⁶⁴.

Circa la sua titolarità, il TC sostiene quindi che non vi sarebbe «alcun motivo giuridico per limitare l'obiezione di coscienza alle persone fisiche che esercitino la professione sanitaria; anche chi non lo è potrebbe avere legittime remore in coscienza» (c. 135)⁶⁵.

Oltre all'imperscrutabile nesso fra la dignità personale e la riscrittura del p.d.L. mediante l'inserimento dell'OC istituzionale⁶⁶, l'assenza di criteri chiari e restrittivi idonei a distinguere quali convinzioni possano giustificare l'OC e quali no – è stato osservato – è assai «inquietante». Atteso il ragionamento del TC, infatti, «per giustificare il rifiuto di porre in essere qualsiasi comportamento

⁶⁰ La contraddittoria redazione della disposizione (della seconda parte attesa la prima) si spiega in quanto il TC può, nel dichiarare che una norma è contraria alla Costituzione, procedere operando una “ablazione” totale o parziale della stessa, ma non può riscriverla. Il TC ha pertanto soppresso le parole «in nessun caso» dalla disposizione del p.d.L. che originariamente prevedeva che la «obiezione di coscienza è personale e in nessun caso può essere invocata da un'istituzione». Al riguardo, criticamente, V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 122, nota 3.

⁶¹ V., *infra*, nota 69.

⁶² TC-2017, cit., 128.

⁶³ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 138-139.

⁶⁴ V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 146 ss., 150, anche sulla successiva sent. del TC, Rol 5572-18-CDS, dove si torna a ricondurre l'OC alla tutela dei gruppi intermedi e alla libertà di associazione.

⁶⁵ TC, cit., 129-130.

⁶⁶ Esito duramente criticato anche da V. TORRES JELDES, *La despenalización del aborto en tres causales bajo una perspectiva humanista cristiana*, in *Aborto en tres causales en Chile*, cit., 67-68.

per legge doveroso [...] potrebbe essere invocata non solo una convinzione religiosa o ideologica, ma anche qualsiasi altra preferenza, desiderio, capriccio e persino un motivo discriminatorio individuale o istituzionale»⁶⁷.

Ad ogni modo, «benché lo Stato sia obbligato a rispettare la libertà di coscienza di tutti i cittadini, è obbligato anche a rispettare equamente i diritti che spettano ai medesimi e a farli rispettare»⁶⁸. Ampliando i margini dell'OC come fa il TC, però, si consente che, nella pratica, l'autonomia delle gestanti (in circostanze che possono essere drammatiche) resti – come difatti accade – subordinata alle decisioni corporative di ospedali, cliniche, università e personale sanitario, anche a prescindere dal fatto che si tratti o meno di conflitti di coscienza rilevanti⁶⁹.

Insomma, a dispetto dei diritti fondamentali, sessuali e riproduttivi, teoricamente assicurati nella prima parte della sentenza, l'esito della seconda in materia di OC finisce col pregiudicare notevolmente l'autonomia e la pari dignità delle donne⁷⁰.

7. La promessa mancata del processo costituente (2019-?)

Anche il TC ha comunque riconosciuto che l'attuale Costituzione non impedisce al legislatore di consentire l'interruzione volontaria di gravidanza a determinate condizioni idonee a garantire, prevalendo gli interessi della persona (la gestante), un *qualche grado* di protezione al concepito. Tuttavia, atteso l'esito descritto, era prevedibile che, nel nuovo scenario politico-costituente scaturito dalle rivolte sociali che dall'ottobre 2019 hanno attraversato il Cile⁷¹, la questione finisse nuovamente al centro del dibattito pubblico.

⁶⁷ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 140.

⁶⁸ F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 97.

⁶⁹ Questo scenario è denunciato dal report giornalistico di G. PIZARRO, *Todos los obstáculos y presiones que impiden a las mujeres acceder al aborto por tres causales*, in *Ciper Chile*, 04.09.2018, dove si mostrano le cifre di medici obiettori comunicate al Ministero della Salute a un anno dall'entrata in vigore della L. 21.030 e l'incapacità di garantire la prestazione sanitaria teoricamente assicurata dal C.s. anche all'interno delle strutture ospedaliere pubbliche. Nell'ottobre 2018 è stato pubblicato il *Reglamento del Ministerio de Salud* che disciplina l'esercizio dell'OC ai sensi dell'art. 119-ter C.s. (disponibile in: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/03/Reglamento-IVE.pdf>). Nel *Titulo III* si stabilisce che l'OC istituzionale non potrà essere invocata dalle strutture pubbliche, ma neppure da quelle private rispetto alle prestazioni ostetriche e ginecologiche comprese fra quelle "convenzionate" e che per loro natura debbano essere assicurate all'interno della struttura medesima (art. 13, co. 2).

⁷⁰ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 141. Non trovando una base costituzionale rilevante, l'intervento del TC rappresenta – anche in questa occasione – «un'ingerenza difficilmente accettabile nell'esercizio della deliberazione democratica»: così, F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 99-100; in termini equivalenti, V. TORRES JELDES, *op. cit.*, 68.

⁷¹ Ci si riferisce alle rivolte sociali esplose il 18 ottobre 2019, cui seguì l'*Acuerdo por la paz social y la Nueva Constitución* siglato il 14 novembre 2019 dalla maggioranza delle forze politiche rappresentate nel Congresso. L'accordo diede inizio al processo costituente e, con la promessa di superare – con la *Constitución Política* del 1980 – il modello neoliberale imposta dalla dittatura di Pinochet, alla progressiva ricomposizione dell'ordine pubblico. La L. 21.200, del 24 dicembre 2019, riformò il Cap. XV della vigente *Const.* (artt. 127 ss.) e stabilì la disciplina della fase costituente conclusasi con un drammatico arresto – come si dirà a breve – il 4 settembre 2022. La storia, cronologica e documentale, dell'intercorso processo costituente (2019-2022) è disponibile in: <https://www.bcn.cl/historia-de-la-constitucion/propuesta-2022> (ultima consultazione 15/02/2023).



La proposta per una “nuova costituzione” presentata il 4 luglio 2022 ha cercato così di riflettere una sensibilità culturale crescente – e da alcuni imprudentemente percepita come dominante nel Paese – nei confronti delle questioni di genere.

Facendosi interprete di quelle istanze, l’art. 61 del testo sottoposto a referendum popolare di approvazione prevedeva quanto segue:

- «1. *Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción.*
2. *El Estado garantiza su ejercicio sin discriminación, con enfoque de género, inclusión y pertinencia cultural; así como el acceso a la información, educación, salud, y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones.*
3. *La ley regulará el ejercicio de estos derechos.*
4. *El Estado reconoce y garantiza el derecho de las personas a beneficiarse del progreso científico para ejercer de manera libre, autónoma y no discriminatoria estos derechos».*

Questa disposizione, mettendo al centro la *libera (autonoma e informata) disposizione del proprio corpo* da parte della gestante e garantendo espressamente un *diritto all’aborto*, precisava che l’interruzione di gravidanza avrebbe dovuto essere disciplinata dal legislatore; eventualmente, quindi, oltre le tre ipotesi scriminate dalla riforma del 2017.

La proposta per una “nuova costituzione”, sottoposta all’approvazione popolare, è stata però respinta all’esito del referendum celebratosi, con voto obbligatorio, il 4 settembre 2022 (l’opzione *rechazo* ha raggiunto il 62%).

Una nuova fase costituente, avviata da un ulteriore accordo siglato da diverse forze politiche il 12 dicembre 2022 (cd. *Acuerdo por Chile*), è ora in corso⁷²; ma non è possibile, allo stato, prevederne gli esiti.

Ad ogni modo, nonostante l’attuale incertezza e vigente la Costituzione del 1980, pare auspicabile a chi scrive che la discussione pubblica, accademica e parlamentare in materia di aborto prosegua al fine di consentire l’esercizio effettivo dei diritti riconosciuti dal TC (nella prima parte della sentenza esaminata) e quindi nell’ottica di un futuro superamento della mera depenalizzazione in “*tres causas*” e della disciplina in materia di OC prevista dalla Ley 21.030 del 2017⁷³.

⁷² L’annuncio è disponibile in: <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=presidentes-del-senado-y-de-la-camara-anuncian-acuerdo-para-un-nuevo-proceso-constitucional> (ultima consultazione 15/02/2023).

⁷³ Depongono a favore di un regime di termini (a prescindere dalle indicazioni) alcuni spunti accennati, in particolare, nelle note 37 e 57, circa l’opportunità e la costituzionalità, rispettivamente, di una depenalizzazione più ampia rispetto a quella vigente. A proposito del p.d.L. n. 12038-34 – già archiviato e quindi non più in discussione –, che, in questo senso, prevedeva la depenalizzazione (atipicità in senso stretto, non mera “giustificazione”) dell’aborto volontario, a prescindere dai motivi, entro la quattordicesima settimana di gravidanza, ci si può comunque confrontare con F. LONDOÑO MARTÍNEZ, *Sobre la despenalización del aborto en régimen de plazo: velo de ignorancia, persona y libertad*, in *Humanitas*, 97, 2021, 276 ss., il quale, rievocando la posizione della dottrina cattolica (l’assunzione del *concepito* come *persona* titolare del diritto alla vita), propone un provocatorio

Special issue

esercizio critico basato sulla «teoria della giustizia» di J. Rawls, invitando il lettore a – cercare di – porsi *al di qua* del famoso «velo d'ignoranza». Cfr. i contributi cit. *supra*, note 24 e 59.



La saga della depenalizzazione dell'aborto in Messico

Irene Spigno*

THE SAGA OF THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN MEXICO

ABSTRACT: This text analyzes the situation of abortion in Mexico in the light of the judgment *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, with which the Supreme Court of Justice of the Nation declared the unconstitutionality of the provision of the Coahuila's Penal Code, according to which the voluntary interruption of pregnancy, apart from specific conditions, was a crime. This is a leading case, first of all because this is the very first time in which the discussion on the constitutionality of the prison sentence for women who decide to terminate their pregnancy voluntarily has been carried out from a gender perspective. Secondly, the ruling adopts an inclusive perspective that recognizes the right to decide for women and other people with gestational capacity (such as trans men, non-binary people, and other identities). Finally, the judgment recognizes the constitutional guarantee of women's right to decide on their life plan linked to motherhood.

KEYWORDS: Abortion; gender perspective; Supreme Court of Justice of the Nation; judicial doctrine; Mexico

ABSTRACT: Il presente testo analizza la situazione dell'aborto in Messico alla luce dell'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, con la quale la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha dichiarato l'incostituzionalità della norma del Codice penale di Coahuila che considerava l'interruzione volontaria della gravidanza, al di fuori di specifiche condizioni, un delitto. Si tratta di una sentenza di fondamentale importanza per varie ragioni. Innanzitutto, la discussione sulla costituzionalità della pena detentiva per le donne che decidono di interrompere volontariamente la gravidanza è stata svolta per la prima volta con una prospettiva di genere. In secondo luogo, la sentenza adotta una prospettiva inclusiva che riconosce il diritto di decidere non solo alle donne ma anche ad altre persone con capacità di gestazione (come gli uomini trans, le persone non binarie e altre identità). Infine, la sentenza riconosce la garanzia costituzionale del diritto delle donne di decidere sul proprio progetto di vita legato alla maternità.

* Professoressa ordinaria di diritto costituzionale comparato e direttrice generale dell'*Academia Interamericana de Derechos Humanos* dell'*Universidad Autónoma de Coahuila (México)*. L'autrice ringrazia Paloma Lugo Saucedo e Santiago Daniel Sánchez Juárez, ricercatori dell'*Academia Interamericana de Derechos Humanos*, per il loro fondamentale contributo all'attività di ricerca sul tema dell'aborto in Messico. Mail: irenespigno@uadec.edu.mx. Contributo su invito.

PAROLE CHIAVE: Aborto; prospettiva di genere; Suprema Corte di Giustizia della Nazione; giurisprudenza; Messico

SOMMARIO: 1. Premessa. Il panorama della disciplina dell'aborto in America latina – 2. La depenalizzazione dell'aborto in Messico a livello locale – 3. La *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* – 4. A che punto siamo? Riflessioni finali.

1. Premessa. Il panorama della disciplina dell'aborto in America latina

L'interruzione volontaria della gravidanza continua ad essere al centro di forti polemiche in diverse parti del mondo.

Si tratta di un dibattito che si articola, da un lato, in una tendenza piuttosto chiara, che configura l'aborto come un delitto e, dall'altro lato, in un'inclinazione che invece lo considera come un diritto delle donne. I protagonisti della discussione sono sia le Assemblee legislative sia i tribunali e, in particolare, i giudici costituzionali, spesso chiamati a pronunciarsi sulla costituzionalità delle norme che permettono o proibiscono tale pratica¹.

In America latina, la disciplina dell'aborto è oggetto di una vivace polemica e di una grande varietà di regolamentazioni che possono essere sistematizzate nelle seguenti categorie. Innanzitutto, la cultura giuridica di alcuni Paesi latinoamericani (come El Salvador², Honduras³, dove il divieto di aborto è

¹ Secondo delle recenti ricerche, i tribunali latinoamericani si sono occupati del tema dell'aborto più negli ultimi vent'anni che nei cento anni precedenti: cfr. P. BERGALLO, *Aborto y justicia reproductiva. Una mirada desde el derecho comparado*, in *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 7.1, 2010, 1139-1166 e I.C. JARAMILLO SIERRA, *Introducción*, in P. BERGALLO, I.C. JARAMILLO SIERRA, J.M. VAGGIONE (comp.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Argentina, 2018.

² Il Codice penale de El Salvador, è stato riformato nel 1997 per includere un divieto assoluto della pratica abortiva: cfr. M.A. PEÑAS DEFAGO, *El aborto en El Salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres*, in *Península*, XIII, 2, 2018, 213-234, spec. 213. La riforma avvenne dopo la guerra civile degli anni Ottanta durante l'instaurazione di un nuovo sistema democratico, con i settori conservatori, politici e religiosi che si battevano per l'eliminazione della legislazione in vigore fino al 1974, che non puniva gli aborti terapeutici ed eugenetici e neanche quelli realizzati nel caso in cui la gravidanza era conseguenza di uno stupro: cfr. M.A. PEÑAS DEFAGO, *El aborto en El Salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres*, cit., 216-217. Attualmente il Capitolo II del Codice penale de El Salvador è dedicato ai "delitti relativi alla vita dell'essere umano in formazione" e punisce l'aborto consensuale e personale (art. 133), l'aborto realizzato senza il consenso della persona gestante (art. 134), l'aborto aggravato, che si configura nel caso in cui l'aborto sia praticato da personale sanitario che abitualmente se dedica a realizzare tale pratica (art. 135), l'induzione o l'aiuto all'aborto (art. 136), quello colposo (art. 138), le lesioni colpose al nascituro (art. 139), la manipolazione genetica volontaria (art. 140) e quella colposa (art. 141). Per questi reati, le sanzioni possono andare dalla multa – per quelli colposi – fino a dodici anni di reclusione nel caso dell'aborto aggravato. L'art. 1 della Costituzione salvadoregna del 1983 considerava persona ogni essere umano dal momento del concepimento. Tale porzione normativa è stata poi abrogata nel 1999.

³ In Honduras, il divieto dell'aborto è previsto, a livello legislativo, nell'art. 196 del Codice penale.

sancito anche a livello costituzionale, dopo la riforma all'art. 67 della Costituzione avvenuta nel 2021⁴, Nicaragua⁵, Repubblica Dominicana⁶ e Haiti⁷) proibisce la pratica abortiva in termini assoluti, risultando questa vietata in ogni caso, ivi compresi quelli in cui la gravidanza sia conseguenza di uno stupro, il feto presenti delle gravi malformazioni o quando la vita della gestante sia in grave pericolo. Un secondo gruppo di Paesi dell'area permette l'aborto a certe condizioni, che possono essere previste dal legislatore (come nel caso del Brasile⁸, Costa Rica⁹, Guatemala¹⁰, Paraguay¹¹, Perú¹² e Venezuela¹³) o dalla giurisprudenza, come in Bolivia, Cile, ed Ecuador.

⁴ L'art. 67 della Costituzione dell'Honduras stabilisce che «*al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la ley*»: cfr. il decreto n. 192-2020.

⁵ L'art. 143 del Codice penale nicaraguense stabilisce che «*Quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión. Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario. A la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá pena de uno a dos años de prisión*». Tale disposizione è stata modificata nel 2007 dalla *Ley 641 de Reforma al Código Penal*, impulsata dal *Frente Sandinista de Liberación Nacional*, il cui leader è José Daniel Ortega Saavedra, attuale Presidente della Repubblica, al potere dal 2007: cfr. R. GRANELLI, *La penalización del aborto en Nicaragua. Una práctica de feminicidio de Estado*, Tesis de Maestría, Universidad de Granada y Università di Bologna, España e Italia, 2011.

⁶ L'art. 107 del Codice penale della Repubblica Dominicana prevede la sanzione con la reclusione da due a tre anni per chiunque, mediante alimenti, bevande, medicinali, sonde, trattamenti o qualsiasi altro mezzo, cagioni l'interruzione della gravidanza della donna o concorra a detto fine, anche quando la donna sia consenziente. La stessa pena è prevista per la donna che si auto-provoca l'aborto. Ciononostante, nel Paese vi è una forte pressione da parte di alcuni gruppi parlamentari per la depenalizzazione dell'aborto. Sul punto si v. A. BALBUENA, *El debate sobre el aborto y las tres causales: la cuestión de la autonomía de la mujer*, in *Perspectivas*, 2, 2018, 1-8, spec. 6. Nel 2017, fu presentato dalla *Comisión de Género* della Camera dei Deputati un disegno di legge di riforma del Codice penale, poi discusso e rigettato nel 2021, per cui l'aborto non è stato depenalizzato: si v. Amnesty International, *República Dominicana: Cámara de Diputados pone en riesgo la vida y salud de millones de mujeres y niñas*, 2021. Infine, l'art. 37 della Costituzione, riconosce il diritto alla vita dal momento del concepimento fino alla morte.

⁷ L'art. 262 del Codice penale di Haiti stabilisce che «*el aborto es punible en todos los casos y por todos los medios, con privación de la libertad tanto para la mujer cuanto para cualquiera otra persona que se involucre en el acto. Profesionales de salud y farmacéuticos que se involucren en el acto tendrán que prestar trabajos forzados*».

⁸ L'art. 126 del Codice penale brasiliano punisce l'aborto con una pena che va da uno a quattro anni. L'art. 128 stabilisce che l'aborto non sarà punito se non vi è un altro mezzo per salvare la vita della gestante o se la gravidanza è il risultato di uno stupro. Cfr. M.R.D.A. MACHADO, R.J. COOK, *Constitutionalizing Abortion in Brazil*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 5, 2018, 185-231.

⁹ In Costa Rica, le eccezioni all'aborto sono previste nelle cause di estinzione della pena in generale, poiché i nn. 4 e 5 dell'art. 121 del Codice penale indicano che, con sentenza, i giudici possono concedere la grazia a chi ha causato un aborto per salvare il proprio onore o lo ha prodotto a tal fine a un ascendente o discendente per consanguineità, o se la donna si è procurata un aborto nel caso in cui la gravidanza sia il prodotto di uno stupro. Sull'aborto in Costa Rica, si v. M.C. BARRANTES MASÍS, *Des-*

In Bolivia, il Codice penale sanziona il cd. “aborto semplice”, inteso come il cagionare la morte di un feto nel grembo materno o provocarne l’espulsione prematura, con la pena della privazione della libertà da due a sei anni, nel caso in cui l’aborto venga eseguito senza il consenso della donna o nel caso in cui questa sia minore di sedici anni. Nel caso in cui l’aborto sia stato praticato con il consenso della donna, è prevista una pena detentiva da uno a tre anni. Nel caso in cui l’aborto rimanga nello

penalización del aborto en Costa Rica desde una perspectiva médico-legal y social, in *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, 2, 33, 2022, 1-29.

¹⁰ L’art. 3 della Costituzione del Guatemala del 1985 riconosce il diritto alla vita dal momento del concepimento. Il Codice penale guatemalteco punisce l’aborto all’art. 133, sanzionando anche una serie di figure derivate dall’aborto cd. “semplice” come quello procurato (art. 134), con o senza consenso (art. 135), qualificato, che si configura nel caso in cui muoia la donna sottoposta ad aborto (art. 136), illegale, come conseguenza di un atto di violenza su una donna incinta (art. 138), tentato e colposo (art. 139). Tuttavia, l’art. 137 prevede la non punibilità di questa pratica nel caso in cui sia eseguito da un medico, con il consenso della gestante, e con una diagnosi preventiva favorevole di almeno un altro medico. Nel 2022 il Congresso guatemalteco approvò il Decreto 18-2022 che prevedeva un aumento delle pene e una criminalizzazione *tout court* (oltre che a proibire i matrimoni tra persone dello stesso sesso). Tuttavia, per la reazione sociale, il Presidente della Repubblica ha posto il veto all’entrata in vigore della normativa. Sull’aborto in Guatemala, secondo una prospettiva comparatista, si v. N.C. CABRAL, *Analisis Comparativo de las Leyes sobre el Aborto: Nicaragua, Guatemala y Estados Unidos*, in *ILSA J. Int’l & Comp. L.*, 28, 2021, 437 ss., spec. 451.

¹¹ L’art. 109 del Codice penale paraguayano stabilisce che la morte del feto è punita con pene detentive fino a cinque anni quando interviene la volontà della donna e fino a otto anni se avvenuta senza consenso. Ma nello stesso tempo ricorda che «non agisce illecitamente chi cagiona indirettamente la morte di un feto, se ciò, secondo la conoscenza e l’esperienza dell’arte medica, è necessario per proteggere la vita della madre da grave pericolo». Inoltre, l’art. 4 della Costituzione del Paraguay stabilisce che «*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción.*»: cfr. C. SOTO, M. MORAGAS, *Aborto, sistema penal y derechos humanos de las mujeres*, Centro de Documentación y Estudios, Paraguay, 2013, 17-24.

¹² Il Perù penalizza l’aborto – e lo classifica come auto-aborto – nell’art. 114 del suo Codice penale, così come l’aborto consensuale, non consensuale e preterintenzionale (artt. 115-118). Come il Paraguay, nemmeno il Perù considera punibile l’aborto praticato da un medico con il consenso di una donna incinta o del suo rappresentante legale, quando la vita della donna o la sua salute sono in grave pericolo (art. 119). Inoltre, viene sanzionato, ma con pene non superiori a tre mesi, anche l’aborto cd. “sentimentale” (nel caso in cui la gravidanza sia il risultato di uno stupro extraconiugale o fecondazione assistita non consensuale extraconiugale) e quello eugenetico, quando l’essere in formazione ha un’alta probabilità accertata di nascere con gravi difetti fisici o mentali: sull’aborto cd. “sentimentale” si v. P.L.V. Sánchez, *Delito de Aborto Sentimental en el Perú y su Despenalización*, in *Revista Ciencia y Tecnología*, 17, 3, 2021, 115-121.

¹³ Il Venezuela sanziona l’aborto “semplice” consensuale all’articolo 340 del Codice penale con la pena della reclusione da sei mesi a due anni. Solo nel caso in cui l’interruzione della gravidanza è necessaria per salvare la vita della madre, l’aborto non sarà punibile (art. 433). Allo stesso modo, nel caso in cui venga praticato l’aborto per salvare il proprio onore, quello della moglie, della madre, o del suo discendente, della sorella o figlia adottiva, la pena può essere ridotta da uno a due terzi. Cfr. M. León, *¿Es posible la despenalización del aborto en Venezuela?*, in *Revista venezolana de estudios de la mujer*, 20, 44, 2015, 35-52.



stadio del tentativo, la donna non è punibile¹⁴. Il Codice penale boliviano punisce anche l'aborto seguito da lesione o morte (art. 264), quello *honoris causa* (art. 265); l'aborto non punibile, che si configura quando l'aborto è conseguenza di un altro delitto come lo stupro o se necessario per proteggere la vita o salute della donna, sempre se praticato da un medico e previa autorizzazione giudiziaria (art. 266); quello preterintenzionale (art. 267), colposo (art. 268); e la pratica abituale dell'aborto (art. 269)¹⁵.

Tali disposizioni furono impugnate davanti al *Tribunal Constitucional Plurinacional*, che con sentenza 0206/2014 del 5 febbraio 2014 ne confermò la costituzionalità. In tale decisione, il Giudice costituzionale ha ritenuto che l'aborto non debba essere considerato un'attività legale in termini assoluti, in quanto contraria al principio costituzionale del rispetto del diritto alla vita; tuttavia, ha riconosciuto che tutte quelle barriere legali all'accesso a un aborto legale devono essere rimosse nei casi di incesto, stupro o rischio per la vita o la salute della donna¹⁶.

In Cile, fino al 2017, vi era un divieto assoluto di aborto¹⁷. Il 3 agosto di quell'anno, il Congresso Nazionale approvò il disegno di legge presentato nel 2015 dal governo di Michelle Bachelet che depenalizzava parzialmente l'aborto. Su tale progetto di legge si è espresso anche il *Tribunal Constitucional* confermandone la legittimità costituzionale¹⁸ e affermando che il mandato costituzionale previsto dall'art. 19 sulla protezione della vita del nascituro¹⁹ non costituisce in sé né una protezione né una mancanza di protezione, quanto piuttosto un obbligo per il legislatore di disciplinare determinate situazioni per evitare che le donne vengano utilizzate come strumenti per proteggere la vita del nascituro²⁰.

¹⁴ Si v. l'art. 263 del Codice penale della Bolivia.

¹⁵ Sull'aborto in Bolivia si v. O.F. CAMPOHERMOSO RODRÍGUEZ, R. SOLÍZ, *Legalización del aborto en Bolivia*, in *Revista Cuadernos*, 58, 2, 2017, 87-100.

¹⁶ Si v. la sentenza del *Tribunal Constitucional Plurinacional* 0206/2014, 5 febbraio 2014, *Fundamento jurídico* III.8.7.

¹⁷ L'aborto fu definito reato nel Codice penale del 1874. Tuttavia, nel 1931 furono stabilite eccezioni a scopo terapeutico nel Codice sanitario. Questa eccezione è stata mantenuta fino al 1989, quando la dittatura militare di Augusto Pinochet ha nuovamente penalizzato ogni tipo di interruzione volontaria di gravidanza: cfr. A. PALAVECINO CÁCERES, *Dilemas éticos y jurídicos a propósito del aborto en Chile*, in *Polis. Revista Latinoamericana*, 38, 3 settembre 2014.

¹⁸ Si v. la sentenza del *Tribunal Constitucional* cileno 3729/2017 del 28 agosto 2017: cfr. V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto del Tribunal Constitucional de Chile: evitando la excepcionalidad en el trato de la mujer embarazada como sujeto de derecho*, in L. CASAS BECERRA, G.M. VARGAS, (comp.), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización*, Chile, 2019. Sul controllo preventivo di costituzionalità in Cile si v. S. VERDUGO, *Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador*, in *Estudios constitucionales*, 8, 1, 2010, 201-248 e J.L. SERÓN CANALES, *El Tribunal Constitucional Chileno: Órgano Jurisdiccional? Político o Legislador?*, in *En las Fronteras del Derecho*, 1, 2022, 1-6..

¹⁹ L'art. 19 della Costituzione cilena prevede che «*La ley protege la vida del que está por nacer.*»

²⁰ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, *Aborto y TC: Un fallo con profundas consecuencias éticas y jurídicas*, in *Ideas y Propuestas*, 232, 2017, 1-14, spec. 9.

Di conseguenza, grazie alla pronuncia del *Tribunal Constitucional*, il 14 settembre 2017 è stata approvata la Ley 21.030²¹ che modifica l'art. 119 del Codice sanitario cileno permettendo l'aborto nel caso in cui: 1) la gestante sia in pericolo di vita e l'interruzione della gravidanza eviti un pericolo per la sua vita; 2) l'embrione o il feto sia affetto da patologia congenita, acquisita o genetica, incompatibile con la vita extrauterina autonoma o comunque di natura letale; 3) la gravidanza sia conseguenza di uno stupro, purché non siano trascorse più di dodici settimane di gestazione. Tale termine viene esteso alle quattordici settimane di gestazione nel caso in cui la vittima dello stupro abbia un'età inferiore ai quattordici anni.

In Ecuador, l'art. 45 della Costituzione del 2008 stabilisce che lo Stato riconoscerà e garantirà la vita dal momento del concepimento e l'art. 149 del *Código Orgánico Integral Penal* (approvato nel 2014), prevede la pena privativa della libertà personale da uno a tre anni nel caso di aborto consensuale²². L'aborto non sarà punibile, secondo quanto previsto dall'art. 150, nei casi di pericolo per la vita o salute della gestante e se tale pericolo non può essere evitato con altri mezzi o se la gravidanza è conseguenza di stupro su donna affetta da disabilità psichica. L'ultima porzione normativa dell'art. 150 è stata analizzata dalla Corte Costituzionale ecuadoriana, con la sentenza *34-19-IN/21 y acumulados* del 28 aprile 2021, secondo la quale il fatto di prevedere l'esclusione della punibilità dell'aborto solamente nei casi in cui la donna vittima di violenza sia affetta da una disabilità mentale rappresenta una violazione ai principi di uguaglianza e non discriminazione nei confronti delle donne che sono comunque state vittime di violenza ma non hanno nessun tipo di disabilità, concludendo per l'incostituzionalità di tale norma. Dopo tale sentenza, l'art. 150 è stato modificato e attualmente prevede la non punibilità dell'aborto con riferimento a tutti i casi nei quali la gravidanza sia conseguenza di uno stupro.

Infine, alcuni Paesi dell'America latina permettono l'interruzione volontaria della gravidanza senza che sia necessaria nessuna condizione ma pur sempre dentro un determinato limite temporale. Anche in questo caso, alcuni Paesi hanno introdotto questa possibilità mediante una decisione del parlamento (così in Argentina²³, Cuba²⁴, Guyana²⁵ e Uruguay²⁶), mentre altri l'hanno fatto attraverso la

²¹ V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto del Tribunal Constitucional de Chile: evitando la excepcionalidad en el trato de la mujer embarazada como sujeto de derecho*, cit., 122 e ss.

²² Si v. G.G. MARITAN, *El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte*, in *Revista jurídica piélagus*, 15, 2016, 71-85.

²³ In Argentina, la Ley n. 27.610 del 30 dicembre 2020 ha depenalizzato l'aborto terapeutico, in caso di stupro e in ogni altro caso purché avvenga entro le prime quattordici settimane di gestazione: cfr. J.N. LAFFERRIÈRE, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610*, Argentina, 2021, 9. Sia consentito rinviare a I. Spigno, *Il finale felice della lunga storia dell'aborto in Argentina*, in *Blog Diritti-Comparati*, 12 aprile 2021.

²⁴ Cuba è stato uno dei primi Paesi al mondo a disciplinare l'aborto. Già nel 1936 stabilì nel suo Codice di Difesa Sociale (art. 443) l'ammissibilità dell'aborto in tre casi: nel caso in cui sia necessario per salvare la vita della madre o per evitare gravi danni alla sua salute; nel caso in cui la gravidanza sia il prodotto della commissione di un reato quale lo stupro o il rapimento non seguito da matrimonio; oppure, quando con il consenso di entrambi i genitori, l'aborto è necessario per evitare la trasmissione al feto di una grave malattia ereditaria o contagiosa: cfr. M.E. BENÍTEZ PÉREZ, *La trayectoria del aborto seguro en Cuba: evitar mejor que abortar*, in *Novedades en Población CEDEM*, 20, 2014, 87-

via giudiziale. Così è successo in Colombia, dove, grazie alla sentenza della Corte Costituzionale C-055-22 del 21 febbraio 2022, si è stabilita la depenalizzazione durante le prime ventiquattro settimane di gestazione; mentre, a partire da questo momento per il resto del periodo di gravidanza possono essere applicati i tre presupposti stabiliti dalla Corte costituzionale in una pronuncia di sedici anni fa – la sentenza C-355-06 – che ricorrono quando sussiste pericolo per la salute fisica o psichica della donna, nel caso in cui il feto abbia una grave malformazione tale da rendere impraticabile la sua vita extrauterina e, infine, nel caso di stupro, o del trasferimento di un ovulo fecondato o fecondazione artificiale non consensuale.

Anche in Messico, è stata la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN) a depenalizzare l'aborto, con la *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* che, oltre a dichiarare incostituzionali le disposizioni del Codice penale dello Stato di Coahuila che punivano l'aborto con una pena privativa della libertà personale, potrebbe favorire l'uniformazione all'interno di un quadro giuridico piuttosto variegato a livello statale. Il Messico è, infatti, uno Stato federale e tale caratteristica ha permesso che la disciplina dell'interruzione della gravidanza sia stata affidata all'autonomia normativa delle entità federative. Pertanto, non sorprende che molti Stati della Repubblica lo consentissero, mentre altri lo vietavano. Nelle pagine che seguono si analizzerà, innanzitutto, la progressiva (e purtroppo ancora limitata) depenalizzazione dell'aborto in Messico a livello locale (par. 2), per poi concentrarsi sulla citata sentenza *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, sottolineando i principali argomenti sviluppati dal giudice supremo messicano nella definizione del contenuto e della portata del diritto delle donne e delle persone gestanti a decidere il proprio progetto di vita in materia di maternità (par. 3). Chiudono il testo alcune riflessioni finali su quelle che possono essere, a quasi due anni di distanza dalla pronuncia, le sfide ancora aperte (par. 4).

104, spec. 93. Attualmente, il Codice penale del 1979 consente l'aborto nella sua forma più generale, essendo proibito solo l'aborto illegale nel caso in cui non sia praticato in una istituzione sanitaria ufficiale o praticato da una persona che non è un medico o senza il consenso della gestante.

²⁵ Nella Guyana, l'art. 4 del *Medical Termination of Pregnancy Act* del 1995 stabilisce che entro le prime otto settimane di gravidanza, è sufficiente il consenso della donna prestato davanti a un medico abilitato; tra le otto e le dodici settimane, l'aborto può essere praticato se sussiste un rischio per la salute della donna o del feto; tra le dodici e le sedici settimane, la gravidanza può essere interrotta se la salute della donna o del feto è in grave pericolo: cfr. N.G. CHIAPPARRONE, *El derecho al aborto en América Latina y el Caribe*, in *Revista Internacional de Estudios Feministas*, 3, 1, 2018, 192-223, spec. 202 e V. ARORA, I. VERMA, *Comentario: la Ley de Terminación Médica del Embarazo (Enmienda, 2021): Un paso hacia la liberación*, in *Ética india de J Med.*, VII, 1, 2022, 1-7.

²⁶ La *Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo* del 2012 stabilisce che l'aborto è sempre legale entro le prime dodici settimane di gestazione, mentre nei casi di stupro il termine è esteso a quattordici settimane, a condizione che venga presentata denuncia giudiziaria. Inoltre, il processo di aborto deve essere svolto da un gruppo interdisciplinare composto da esperti in ginecologia, psicologia e assistenza sociale per fornire quante più informazioni su rischi e possibili alternative: cfr. M. SCHENCK, *El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*, Ministerio de Desarrollo Social, Uruguay, 2013, 38 ss.

2. La depenalizzazione dell'aborto in Messico a livello locale

Il Messico è un Paese federale: ogni entità federativa ha autonomia normativa e, di conseguenza, la previsione dell'aborto come diritto o come reato dipende, *a priori*, da ogni congresso locale²⁷. L'art. 4 della Costituzione messicana riconosce sia il diritto umano all'eguaglianza, alla non discriminazione, alla salute, alla vita e alla libertà, ma anche il diritto di ogni persona a decidere in modo libero, responsabile e informato circa il numero e il momento in cui avere dei figli. La Carta fondamentale messicana riconosce, quindi, il diritto all'autonomia riproduttiva.

Nonostante ciò, l'aborto è ancora un delitto in ventuno Stati della Repubblica. Secondo il federalismo messicano, la materia penale – in termini generali²⁸ – corrisponde alla sfera locale. Di conseguenza, ciascuno dei codici penali delle trentadue entità federative disciplina il tema dell'interruzione volontaria della gravidanza diversamente: alcuni la considerano un reato con cause di esclusione della responsabilità (che quindi implicano che nel caso in cui venga praticato l'aborto in determinate circostanze questo non possa essere considerato delitto) o circostanze di non punibilità (e di conseguenza, anche se la condotta realizzata integra il tipo penale, questa non viene sanzionata).

La prima entità della Repubblica a depenalizzare l'aborto è stato l'allora Distretto Federale (ora Città del Messico)²⁹, nel 2007, dove da quel momento è possibile abortire durante le prime dodici settimane di gestazione senza la necessità che sussista una specifica condizione, essendo richiesto solo il consenso della persona gestante³⁰.

A seguito della depenalizzazione dell'aborto nel Distretto Federale, venti entità federative della Repubblica, sotto l'impulso di gruppi conservatori, hanno generato un'onda costituente per l'inclusione, nelle costituzioni locali, di disposizioni dirette a proteggere la vita dal momento del concepimento. Il proposito di tale strategia era quella di "blindare" gli Stati in modo che non seguissero l'esempio di Città del Messico. Due Stati, Coahuila³¹ e Chihuahua³², avevano già incluso norme simili nella propria Costituzione. La maggior parte di tali disposizioni continuano a essere vigenti³³.

²⁷ Si v. K. FELITTI, R. RAMÍREZ MORALES, *Pañuelos verdes por el aborto legal: historia, significados y circulaciones en Argentina y México*, in *Encartes*, 3, 5, 2020, 111-145, spec. 121.

²⁸ Vi sono comunque una serie di reati che rientrano nella competenza federale: cfr. l'art. 51 della *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*. Si v. inoltre SCJN, *Competencia de los juzgados de menores del fuero común para conocer de los delitos federales cometidos por adolescentes menores de 18 años y mayores de 12 años (régimen de transición constitucional)*, México, 2010, 15-36.

²⁹ Tale modifica è stata realizzata mediante riforma costituzionale ed è entrata in vigore nel 2018 con la nuova Costituzione politica di Città del Messico.

³⁰ Secondo l'art. 144 del Codice penale del Distretto Federale l'aborto è l'interruzione della gravidanza dopo la dodicesima settimana di gestazione e la pena prevista è quella della reclusione da tre a sei mesi o da 100 a 300 giorni di lavoro a favore della collettività.

³¹ L'art. 173, comma III, della Costituzione di Coahuila è stato introdotto nel 1989 e prevede il dovere dei genitori di garantire il diritto dei minori al soddisfacimento delle loro necessità e la loro salute fisica e mentale dal momento del concepimento. Tale disposizione è ancora vigente.

³² Si veda l'art. 5 della Costituzione di Chihuahua, introdotto nel 1994 e ancora vigente.

³³ Si vedano, a tale proposito, gli artt. 7 della Costituzione della Baja California e 1bis della Costituzione di Morelos, entrambi introdotti nel 2008. Sono stati invece introdotti nel 2009, e continuano a essere vigenti, gli artt. 4 della Costituzione del Chiapas, 3 della Costituzione di Durango, 1 della Costitu-

Mentre a Colima³⁴ e Oaxaca³⁵ tali disposizioni sono state abrogate da una riforma costituzionale, negli Stati di Aguascalientes³⁶, Nuevo León³⁷, Sinaloa³⁸ e Veracruz³⁹ è intervenuta la SCJN a dichiararle incostituzionali, sulla base della considerazione che le decisioni delle donne e delle persone gestanti sul proprio corpo sono protette dal diritto all'autodeterminazione, alla salute, al progetto di vita e a godere di una vita degna, sottolineando altresì come non spetta né alle corti e né agli organi legislativi stabilire in che momento inizia la vita, visto che non esiste un consenso nemmeno a livello scientifico su questo punto. In questo senso, secondo il giudice costituzionale messicano, riconoscere la protezione della vita dal momento della fecondazione implicherebbe garantire più diritti a un embrione piuttosto che a una persona⁴⁰.

Oaxaca è stato il secondo Stato messicano a depenalizzare l'aborto nel 2019 (dodici anni dopo Città del Messico)⁴¹. A partire da giugno 2021, sono intervenuti anche i legislatori di Hidalgo⁴², Veracruz⁴³,

zione di Guanajuato, 4 della Costituzione di Jalisco, 7 della Costituzione di Nayarit, 26 della Costituzione di Puebla, 2 della Costituzione di Querétaro, 13 della Costituzione di Quintana Roo, 16 della Costituzione di San Luis Potosí, 1 della Costituzione di Sonora e 1 della Costituzione dello Yucatán. Tamaulipas modificò l'art. 16 della sua Costituzione nel 2010.

³⁴ L'art. 1 della Costituzione di Colima, introdotto nel 2009, è stato abrogato dal decreto del 24 novembre 2021.

³⁵ Oaxaca ha depenalizzato l'aborto realizzato nelle prime dodici settimane di gestazione mediante una riforma legislativa intervenendo sia sulla *Ley de Salud* che sul Codice penale (si vedano gli artt. 312 e 315). La normativa oaxaqueña prevede la pena da tre a sei mesi di reclusione nel caso in cui l'aborto venga realizzato oltre le dodici settimane di gestazione o da 100 a 300 giornate di lavoro a favore della collettività (art. 315). Inoltre, l'art. 12 della Costituzione di Oaxaca, che prevedeva la protezione del diritto alla vita dal momento della fecondazione, è stato abrogato dal decreto 43 del 23 ottobre 2021.

³⁶ L'art. 2 della Costituzione di Aguascalientes è stato introdotto nel 2021 e poi dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 10 ottobre 2022 mediante la *Acción de Inconstitucionalidad 72/2021*.

³⁷ L'art. 1 della Costituzione di Nuevo León è stato introdotto nel 2019 e dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 26 maggio 2022, mediante le *Acciones de Inconstitucionalidad 41/2019 y su acumulada 42/2019*.

³⁸ L'art. 4bis della Costituzione di Sinaloa secondo il quale «*El Estado tutela el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido*» è stato introdotto nel 2018 e dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 9 settembre 2021, mediante la *Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018*.

³⁹ Anche l'art. 4 della Costituzione di Veracruz, introdotto nel 2017 per riconoscere la garanzia del diritto alla vita della persona dal momento del concepimento fino alla morte naturale, è stato dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 30 maggio 2022, mediante la *Acción de Inconstitucionalidad 85/2016*.

⁴⁰ In questo senso si v. *ex plurimis* la *Acción de Inconstitucionalidad 106/2018*.

⁴¹ Si v. *supra* nota n. 29.

⁴² Lo Stato di Hidalgo non aveva nemmeno introdotto una clausola costituzionale diretta a proteggere la vita dal momento della fecondazione. Nel 2021 si modificò l'art. 154 del Codice penale per consentire la depenalizzazione dell'aborto nelle prime dodici settimane di gestazione, anche se le pene aumentano da sei mesi a un anno e la multa da dieci a quaranta giorni (art. 155 del Codice penale).

⁴³ Il 30 maggio 2022 la SCJN, con la *Acción de inconstitucionalidad 85/2016*, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 (modificato nel 2017) che conteneva una clausola di protezione della vita dal momento del concepimento (v. *supra*), nel luglio dello stesso anno, l'aborto è stato depenaliz-

Baja California⁴⁴, Colima⁴⁵, Sinaloa, Guerrero⁴⁶, Baja California Sur⁴⁷ e Quintana Roo⁴⁸: in tutti questi Stati è possibile realizzare liberamente l'aborto durante le prime dodici settimane di gestazione (nel caso di Sinaloa tale possibilità è consentita fino alla tredicesima settimana⁴⁹) con sanzioni piuttosto lievi nel caso in cui l'aborto venga praticato in un momento successivo⁵⁰. Inoltre, l'art. 159 del Codice penale di Guerrero riconosce come causa di esclusione della responsabilità penale nel caso in cui un'autorità si rifiuti di praticare un aborto entro le prime dodici settimane e i Codici penali della Baja California Sur e di Quintana Roo fanno riferimento non solamente alle donne ma anche alle persone gestanti⁵¹, estendendo la titolarità di tale diritto anche a altre persone con capacità di portare avanti una gravidanza (come le persone non binarie o gli uomini trans).

Attualmente, quindi, sono solo undici le entità federative che consentono l'aborto liberamente, purché realizzato entro le prime dodici settimane di gestazione, mentre ancora ventuno stati prevedono delle sanzioni penali con delle discipline profondamente diverse tra di loro anche se con alcune carat-

zato se praticato nelle prime dodici settimane di gestazione (art. 149 del Codice penale). La normativa veracruzana prevede una delle pene più basse per chi commette il reato di aborto – al di fuori delle dodici settimane – con una pena da quindici giorni a due mesi di trattamento in libertà, consistente nell'applicazione di misure sanitarie e psicologiche; mentre chi cagiona l'aborto con il consenso della donna sarà punito da quindici giorni a due mesi di reclusione o da 50 a 100 giorni di lavoro a favore della collettività (art. 150 cp).

⁴⁴ Anche le entità federative della Baja California e Colima modificarono la propria legislazione nel 2021, dopo la sentenza della Suprema Corte. Nel 2021, si modificò l'art. 132 del Codice penale della Baja California, secondo il quale l'aborto è punibile solo se commesso dopo le prime dodici settimane di gestazione, con pene che vanno da tre mesi a un anno di reclusione o da 50 a 200 giorni di lavoro a favore della collettività (articolo 133).

⁴⁵ Anche a Colima, nel dicembre del 2021 si modificò l'art. 138 del Codice penale, prevedendo la non punibilità dell'aborto durante le prime dodici settimane di gestazione. Nel caso in cui l'aborto venga praticato dopo la dodicesima settimana di gestazione e le pene saranno da un mese a tre mesi di trattamento in libertà, consistente nell'applicazione di misure sanitarie psicologiche integrali (articolo 139).

⁴⁶ Si v. l'art. 155 del Codice penale di Guerrero.

⁴⁷ Si v. l'art. 152 del Codice penale della Baja California Sur, che prevede la pena di un massimo di due mesi o sessanta giorni di lavoro a favore della comunità per la donna o persona con capacità di gestazione che chiede volontariamente l'aborto o per chi lo realizza.

⁴⁸ Si v. l'art. 92 del Codice penale di Quintana Roo. Nello stato di Quintana Roo le pene sono più severe in quanto è prevista la pena della detenzione da sei mesi a due anni sia per il personale sanitario che pratica l'aborto sia per donna o persona gestante che abbia prestato il suo consenso.

⁴⁹ Si v. l'art. 154 del Codice penale di Sinaloa.

⁵⁰ Nel caso di Sinaloa, l'art. 155 del Codice penale prevede come pene un rimprovero privato e l'applicazione di misure di salute e attenzione psicologica integrali da uno a tre mesi. Allo stesso tempo, è importante evidenziare che l'articolo 4 Bis A, comma I della Costituzione di Sinaloa, secondo il quale «[...] *El Estado tutela el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente, hasta su muerte, respetando en todo momento la dignidad de las personas.*» è stato dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 9 settembre 2021, mediante la *Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018*.

⁵¹ Si v. l'art. 152 del Codice penale dello stato di Baja California Sur e l'art. 93 del Codice penale di Quintana Roo.

teristiche in comune. In tre Stati, Guanajuato, Querétaro e Nayarit, l'aborto non è punibile solo con riferimento a due situazioni, indipendentemente dallo stato di avanzamento della gestazione: si tratta del caso in cui sia causato colposamente dalla donna oppure la gravidanza sia conseguenza di uno stupro⁵² (questa causa è contemplata in tutte le entità federative).

A queste due eccezioni, negli Stati di Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Durango, Nuevo León e Sonora se ne aggiunge una terza che è rappresentata dal pericolo per la salute⁵³ o morte⁵⁴ della donna. Il Codice penale del Chiapas e quello dell'Estado de México escludono la punibilità dell'aborto nel caso in cui il feto soffra di alterazioni genetiche o congenite che implicherebbero la nascita del bambino con gravi disturbi fisici o mentali, previo parere medico⁵⁵. Nello Stato di Tabasco, la normativa penale esclude la punibilità della condotta, oltre che nei casi in cui la gravidanza sia il risultato di uno stupro o di una fecondazione non consensuale anche nel caso in cui la vita della donna sia in pericolo⁵⁶.

⁵² Si vedano, in questo senso, gli artt. 163 del Codice penale di Guanajuato, 142 del Codice penale di Querétaro e 371 del Codice penale di Nayarit, 103 (che richiede l'autorizzazione di un giudice nel caso dello stupro) e 196 del Codice penale di Aguascalientes, 159 del Codice penale di Campeche, 146 del Codice penale di Chihuahua che fa riferimento all'aborto come conseguenza della condotta "imprudente" della donna, 150 del Codice penale di Durango, 136 del Codice penale di Tabasco, 181 del Codice penale del Chiapas (che nel caso dello stupro richiede che l'aborto venga realizzato nei novanta giorni successivi al concepimento), 251 del Codice penale dell'Estado de México che richiede la presenza del consenso della madre, 229 del Codice penale di Jalisco, 343 del Codice penale di Puebla, 150 del Codice penale di San Luis Potosí, 361 del Codice penale di Tamaulipas, 312 del Codice penale di Zacatecas, 146 del Codice penale di Michoacán (purché si realizzi nelle prime dodici settimane di gestazione), 119 del Codice penale di Morelos, 243 Codice penale di Tlaxcala e 393 del Codice penale dello Yucatán.

⁵³ Così gli artt. 159 del Codice penale di Campeche, 146 del Codice penale di Chihuahua, 229 del Codice penale di Jalisco, 361 del Codice penale di Tamaulipas, 313 del Codice penale di Zacatecas, 146 del Codice penale di Michoacán (purché si realizzi nelle prime dodici settimane di gestazione).

⁵⁴ Così gli artt. 101 del Codice penale di Aguascalientes, 150 del Codice penale di Durango, 136 del Codice penale di Tabasco, 331 del Codice penale di Nuevo León, 251 del Codice penale dell'Estado de México che richiede la presenza del consenso della madre, 229 del Codice penale di Jalisco, 343 del Codice penale di Puebla, 150 del Codice penale di San Luis Potosí, 361 del Codice penale di Tamaulipas, 313 del Codice penale di Zacatecas, 119 del Codice penale di Morelos e 243 del Codice penale di Tlaxcala.

⁵⁵ Cfr. l'art. 181 del Codice penale del Chiapas. Analoghe disposizioni sono contenute anche negli artt. 251 del Codice penale dell'Estado de México che richiede la presenza del consenso della madre, 343 del Codice penale di Puebla, che fa riferimento a gravi cause eugenetiche, 146 del Codice penale di Michoacán (purché si realizzi nelle prime dodici settimane di gestazione), 119 del Codice penale di Morelos, 243 del Codice penale di Tlaxcala e 393 del Codice penale dello Yucatán.

⁵⁶ Si v. l'art. 136 del Codice penale di Tabasco. Tale causa di esclusione della punibilità per il delitto di aborto è prevista anche dell'art. 150 del Codice penale di San Luis Potosí. L'art. 146 del Codice penale di Michoacán prevede la non punibilità dell'aborto praticato nelle prime dodici settimane di gravidanza quando questa sia stata il prodotto oltre che di uno stupro, anche di una inseminazione artificiale o procreazione assistita non consenziente. Nello stesso senso sono anche gli artt. 119 del Codice penale di Morelos, 243 del Codice penale di Tlaxcala e 393 del Codice penale dello Yucatán.

Inoltre, l'art. 146 del Codice penale di Michoacán include tra le cause di non punibilità dell'aborto (purché praticato nelle prime dodici settimane di gestazione) la precaria situazione economica (senza ulteriori specificazioni). Sulla stessa linea, ma più specifico è l'art. 393 del Codice penale dello Yucatán che esclude la punibilità dell'aborto quando vi siano delle cause economiche gravi e giustificate, sempre che la donna incinta, abbia almeno tre figli.

Infine, il caso dello Stato di Coahuila, dove le disposizioni che punivano l'aborto⁵⁷ sono state dichiarate incostituzionali dalla SCJN con l'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, sarà trattato in modo più approfondito nel paragrafo successivo.

3. La Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 della Suprema Corte de Justicia de la Nación

Come è stato già sottolineato, la disciplina dell'aborto in Messico rientra nella competenza delle entità federative. Pertanto, esiste una variegata gamma di situazioni in presenza delle quali è possibile interrompere una gravidanza a seconda del luogo in cui ci si trova, ad eccezione dello stupro, l'unico motivo riconosciuto in tutte le entità federative come situazione che legittima un aborto legale.

Il 7 settembre 2021, la SCJN ha pronunciato una sentenza di fondamentale importanza. Nonostante non sia stata la prima volta che la figura dell'aborto viene discussa dalla massima giurisdizione a livello nazionale⁵⁸, l'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* porta al centro del dibattito diverse questioni di carattere costituzionale che hanno contribuito a potenziare anche a livello sociale la cd. "marea verde"⁵⁹ per promuovere la depenalizzazione dell'aborto in tutto il Paese.

La decisione della SCJN nasce a seguito di un'azione di costituzionalità presentata dalla Procura generale il 27 novembre 2017 contro alcune disposizioni del Codice penale dello stato di Coahuila del 2017⁶⁰. In particolare, il giudice supremo messicano era chiamato a pronunciarsi sulla costituzionalità

⁵⁷ Si tratta degli artt. 196, 198 e 199 del Codice penale vigente. Il caso di Coahuila è particolare in quanto la sua legislazione riconosce ancora l'aborto in qualsiasi momento della gravidanza come reato punibile da uno a tre anni di reclusione (articoli 195 e 196). Tuttavia, lo stesso Codice penale riconosce che l'articolo 196 è stato dichiarato invalido dalla Corte Suprema di Giustizia della Nazione nel settembre 2021 dall'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*. Pertanto, la mancata modifica del Codice penale coahuilense è responsabilità esclusiva del Congresso locale.

⁵⁸ Tra le importanti pronunce della SCJN in materia di aborto si segnalano: l'*Acción de Inconstitucionalidad 10/2000*, in materia di depenalizzazione dell'aborto per motivi di salute della donna gestante; l'*Acción de Inconstitucionalidad 146/2007* sulla presunta incostituzionalità della normativa del Distrito Federale che depenalizzava l'aborto in quella entità; e l'*Acción de Inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009*, che risolveva la validità delle riforme alle Costituzioni della Baja California e San Luis Potosí dirette a proteggere la vita dal momento del concepimento, sempre e quando tale protezione era compatibile con i diritti delle donne.

⁵⁹ Con l'espressione "marea verde" si fa riferimento al movimento femminista latino-americano nato in Argentina a favore dei diritti sessuali e riproduttivi e dell'autodeterminazione del proprio corpo, in particolare il riconoscimento legale, sicuro e gratuito dell'aborto: si v. S. ELIZALDE, N. MATEO, *Las jóvenes: entre la "marea verde" y la decisión de abortar*, in *Salud colectiva*, 14, 2018, 433-446.

⁶⁰ Il nuovo Codice penale coahuilense è stato introdotto dal Decreto 990 pubblicato nel *Periódico Oficial del Estado* il 27 ottobre 2017. Oltre agli artt. 195 e 196, tra le norme impugnate vi erano anche gli artt. 13, lett. A e 224, fraz. I. La prima norma menzionata stabiliva i casi nei quali poteva essere dispo-

delle norme impugnate che prevedevano la sanzione della pena detentiva per le donne che decidevano volontariamente di interrompere la gravidanza.

Più nel dettaglio, le norme impugnate di maggiore interesse per il presente scritto erano gli artt. 195 e 196 del Codice penale di Coahuila. In particolare, l'art. 195, intitolato "*Aborto para efectos penales*" descriveva solo la condotta dell'aborto, senza indicare nessuna sanzione, nei seguenti termini: «L'aborto è commesso da chiunque cagioni la morte del prodotto del concepimento, in qualsiasi momento durante la gravidanza». L'art. 196, invece, prevedeva la pena della reclusione da uno a tre anni per la donna che volontariamente praticava un aborto o alla persona che la faceva abortire con il suo consenso. Secondo il ricorrente, tali norme dovevano dichiararsi incostituzionali in quanto violavano i diritti di autonomia e libertà riproduttiva delle donne, istituendo un reato che impediva l'interruzione volontaria della gravidanza nella prima fase della gestazione.

Mentre la Corte non ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 195, dato che tale precetto non sarebbe attinente al contenuto del diritto di decidere, limitandosi a dare una definizione di "aborto", l'ha dichiarata con riferimento all'art. 196, con una sentenza particolarmente importante per tre ordini di ragioni: innanzitutto, la discussione sulla costituzionalità della pena detentiva per le donne che decidono di interrompere volontariamente la gravidanza è stata svolta per la prima volta nel contesto messicano con una prospettiva di genere e di diritti umani; in secondo luogo, la sentenza adotta una prospettiva inclusiva che riconosce non solo il diritto fondamentale di decidere alle donne, ma anche a quelle persone con capacità di gestazione, come gli uomini trans, le persone non binarie e altre identità; infine, al di là della discussione sulla costituzionalità o meno del tipo penale, la sentenza costituisce un messaggio chiaro e forte in merito al diritto delle donne di decidere, il cui fondamento risiede nel luogo più importante e sicuro dell'ordinamento messicano: la Carta costituzionale.

Il fondamento costituzionale in base al quale il giudice supremo messicano costruisce la propria argomentazione che lo condurrà a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 196 del Codice penale di Coahuila, è l'art. 4 secondo il quale «Ogni persona ha il diritto di decidere liberamente, responsabilmente e informata circa il numero e momenti di nascita dei propri figli». La Costituzione messicana, quindi, garantisce il diritto di ogni persona di decidere in modo responsabile, libero e informato su quando avere figli, nonché quanti averne. L'analisi di tale disposizione costituzionale è compiuta dalla Corte attraverso il prisma della prospettiva di genere che le consente non solo di estendere la titolarità del diritto all'autodeterminazione delle donne in materia di maternità alle persone con capacità di gestazione, ma anche di stabilire l'esclusività della titolarità di tale diritto con conseguente esclusione di altri soggetti, tra i quali lo stesso Stato.

sta la misura preventiva della custodia in carcere (senza possibilità di revisione) (che comprendeva anche i casi di aborto). Secondo il Procuratore generale, tale norma era da considerarsi incostituzionale dato che invadeva la competenza federale (dato che la disposizione di tali misure rientrerebbe nella competenza esclusiva della Federazione e non degli stati). Sull'incostituzionalità di tale norma, la SCJN si era già pronunciata nell'*Acción de inconstitucionalidad 143/2017* il 9 luglio 2019, escludendola. Con riferimento invece all'art. 224, fraz. II, la SCJN non la annulla, ma prende atto del fatto che nel frattempo tale articolo è stato emendato nell'aprile del 2019 nel senso di equiparare la pena prevista per il reato di stupro tra coniugi con quella stabilita per il reato di stupro in genere.

Innanzitutto, secondo la SCJN, la *ratio* del diritto all'autodeterminazione delle donne in materia di maternità risiede nel principio della dignità umana, declinato nella scelta di una maternità libera come elemento imprescindibile della dignità delle donne, concretizzando con ciò una prospettiva di genere che consente di trovare l'uguaglianza nelle differenze. Tale prospettiva viene analizzata dal giudice supremo messicano anche alla luce della decisione della Corte interamericana dei diritti umani *Artavia Murillo e altri (fecondazione in vitro) c. Costa Rica* (2012)⁶¹, per sostenere che la decisione di essere madre o meno fa parte del diritto alla vita privata, sottolineando che l'effettività di tale diritto è determinante per la possibilità di esercitare l'autonomia personale sul corso futuro degli eventi rilevanti per la qualità della vita della persona. Tale costruzione argomentativa è rafforzata dalla Corte mediante l'interpretazione di altri diritti costituzionalmente garantiti, legati al diritto all'autodeterminazione delle donne e di altre persone con capacità di gestazione come il diritto all'autonomia, al libero sviluppo della personalità e alla privacy, da intendersi come la possibilità di scegliere in modo libero e volontario il proprio progetto di vita, senza l'interferenza di altre persone o dello Stato.

In questo contesto, la Corte intende la libertà come un più ampio potere sulla propria vita, piuttosto che minore ingerenza in essa da parte di altri, Stato compreso⁶², ancor più con il suo potere punitivo. Pertanto, la SCJN sottolinea che questi diritti devono essere intesi come una prerogativa interdipendente del principio di una vita dignitosa, in particolare della possibilità di costruire un progetto di vita personale, che si basi sul "desiderio" della donna. Risulta piuttosto interessante come il giudice supremo messicano sottolinei la questione del "desiderio" come elemento essenziale per la maternità volontaria, affermando che il diritto di decidere sulla possibilità di essere o non essere madre, deve essere considerato come uno strumento per esercitare il libero sviluppo della personalità, l'autonomia personale e il diritto alla vita privata, di scegliere chi si vuole essere e quale progetto di vita costruire, dato che la maternità è una questione di volontà e di desiderio di ciascuna donna o persona con capacità di gestazione⁶³.

Tale visione della Corte respinge quella tendenza paternalista ampiamente diffusa in quegli ordinamenti che puniscono l'interruzione volontaria della gravidanza e che concepiscono tali sanzioni come dirette a proteggere le donne anche se in realtà non fanno altro che comprometterne i diritti riproduttivi. Tendenza paternalista che oltre a violare il diritto all'autodeterminazione delle donne e delle altre persone con capacità di gestazione, viola anche il principio di laicità – da intendersi come neutralità di fronte al pluralismo di idee e credenze religiose⁶⁴ – che impone allo Stato di mantenersi al margine delle scelte e convinzioni personali sull'esercizio dei diritti sessuali e riproduttivi⁶⁵.

⁶¹ Corte IDU, *Artavia Murillo et al (In Vitro Fertilization) c. Costa Rica* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), IACtHR Series C No 257 (28 November 2012).

⁶² Si v. T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, España, 2003.

⁶³ SCJN, *Acción de inconstitucionalidad 148/2017*, cit., par. 28.

⁶⁴ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, España, 2007, 185-187.

⁶⁵ A. RUIBAL, *Feminismo frente a fundamentalismos religiosos. Movilización y contramovilización en torno a los derechos reproductivos*, in *Revista Brasileira de Ciência Política*, 2014, 17. In questo senso, la SCJN definisce nella sentenza la laicità come un "pilastro dello stato di diritto costituzionale democratico e come tale, cerca di tutelare un dovere di neutralità religiosa da parte dello Stato": SCJN, *Ac-*

Inoltre, la previsione di sanzioni in materia di interruzione volontaria della gravidanza costituisce una violazione del diritto all'eguaglianza giuridica, dato che tali pene violano e restringono il diritto delle donne e delle persone con capacità di gestazione alla libertà, considerandole come esseri irrazionali, incapaci di prendere decisioni individuali e autonome secondo i propri progetti di vita.

Argomenti questi che per tanto tempo hanno reso impossibile una vera eguaglianza giuridica tra donne e uomini e che hanno discriminato il genere femminile rispetto all'esercizio di vari diritti (come il diritto di voto) ma anche dalla possibilità di realizzare diversi lavori, considerati come unica ed esclusiva prerogativa maschile e che sono stati costruiti sulla base di stereotipi di genere che non hanno fatto altro che "incastrare" le donne in gravidanze e maternità indesiderate, in una vita che non hanno scelto e che, di fatto, obbliga solamente le donne, non essendo previsto nessun obbligo per gli uomini a rimanere "incastrati" in paternità non desiderate⁶⁶. Tale "differenza" in realtà sarebbe una vera e propria discriminazione, proibita da quanto previsto dall'art. 4 della Costituzione⁶⁷.

Se, da un lato, questi sono i pilastri sui quali la SCJN costruisce il diritto all'autodeterminazione delle donne e delle persone con capacità di gestazione circa la libertà di decidere sul proprio progetto di vita legato alla maternità, è anche vero che la Corte ne definisce il contenuto e la portata, stabilendo alcuni limiti all'esercizio del diritto e stabilendo degli obblighi dello Stato che devono accompagnare il riconoscimento di tale diritto, in particolar modo per quanto riguarda le caratteristiche socio-economiche e culturali del contesto messicano, ma anche per quanto concerne i limiti che all'esercizio di tale diritto derivano dal bilanciamento con il diritto costituzionalmente garantito alla vita del nascituro.

Di conseguenza, se da un lato lo Stato deve stare completamente al di fuori dal circuito delle motivazioni che possono condurre una donna a voler interrompere in modo volontario la propria gravidanza senza poterne valutare, autorizzare, o anche solo conoscere, le ragioni, dall'altro, esiste una serie di obblighi che definiscono condizioni e azioni specifiche che lo Stato è chiamato ad adottare e che si rivelano di fondamentale importanza affinché le donne e le persone gestanti possano esercitare il loro diritto di decidere.

Innanzitutto, lo Stato deve rafforzare l'educazione sessuale come pilastro delle politiche pubbliche in materia di salute riproduttiva. Questa prima implicazione è estremamente fondamentale, poiché sebbene il diritto di decidere debba permeare tutte le politiche pubbliche in materia di salute riproduttiva, la Corte sottolinea come l'interruzione volontaria della gravidanza non deve essere considerata come un metodo contraccettivo o di pianificazione familiare, quanto piuttosto come un'opzione disponibile.

ción de inconstitucionalidad 148/2017, cit., par. 29). Su tale punto, si v. anche P. LUGO, *Aborto, Género y Derechos Humanos. Un análisis desde la perspectiva feminista*, Tesis de Maestría en Derecho con acentuación en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Coahuila, México, 2017.

⁶⁶ SCJN, *Acción de inconstitucionalidad 148/2017*, cit., par. 40.

⁶⁷ La costituzionalizzazione dell'eguaglianza tra uomini e donne sancita nell'art. 4 della Costituzione messicana, la cui *ratio* risiede nella necessità di superare la storica discriminazione sofferta dalle donne, non si è ancora tradotta in una eguaglianza reale o sostanziale: sul punto si v. A. FACIO, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Costa Rica, 1992.

Secondo la SCJN, il diritto a decidere è possibile solo in un quadro di partecipazione attiva dello Stato nei compiti di insegnamento, accompagnamento in materia di salute riproduttiva e di lavoro continuo per superare quelle condizioni di disuguaglianza, emarginazione e precarietà che caratterizzano la società messicana. In tal senso è fondamentale che lo Stato garantisca anche l'accesso a informazioni obiettive, chiare, senza pregiudizi o stereotipi di genere, laiche, scientifiche, vere e verificabili sui metodi di pianificazione familiare e controllo delle nascite (trattandosi questa di un obbligo costituzionalmente previsto nell'art. 4 della Costituzione), in modo che la persona gestante prenda una decisione informata e completamente libera e volontaria in merito all'interruzione o al proseguimento della gravidanza. Inoltre, lo Stato deve garantire la possibilità che la persona titolare in modo esclusivo del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza possa esercitare tale diritto in modo accessibile, gratuito, riservato, sicuro, rapido⁶⁸ e non discriminatorio. Secondo la sentenza, il riconoscimento costituzionale del diritto di decidere richiede che gli Stati rispettino il loro obbligo di fornire il servizio in modo accessibile, in conformità con i più alti standard qualitativi possibili, che includono competenza tecnica, gamma di opzioni disponibili e informazioni scientifiche aggiornate, garantendo anche il diritto all'obiezione di coscienza senza che questo in nessun modo possa pregiudicare o ostacolare l'esercizio del diritto di decisione da parte di qualsiasi altro personale sanitario.

Infine, il diritto a decidere della donna non è concepito dalla SCJN come un diritto assoluto ma rinviene il proprio limite sia in un elemento temporale (potendo essere esercitato solamente durante le prime dodici settimane di gestazione) ma anche nella protezione costituzionale del *nasciturus*. Su tale punto la Corte, nel richiamare alcuni degli argomenti già sviluppati nell'*Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*, afferma che anche se la vita è una condizione necessaria per poter garantire l'esistenza di altri diritti, da ciò non può derivare che la sua protezione debba ricevere preferenza o un valore maggiore rispetto a qualsiasi altro diritto, specialmente con riferimento al feto, dato che non vi è unanimità circa il momento in cui inizia la vita umana e quindi non vi è certezza per stabilire da quale momento la vita deve essere tutelata dallo Stato.

Secondo la Corte, anche se l'embrione non può essere considerato persona e di conseguenza non può essere titolare di diritti umani (tra cui lo stesso diritto alla vita)⁶⁹, questo non significa che non vi sia un margine di protezione, dato che il *nasciturus* deve essere considerato come un essere che indipendentemente dal processo biologico in cui si trova vive uno sviluppo continuo e costante a se-

⁶⁸ Il diritto di decisione della donna o della persona gestante non può che includere la procedura di interruzione della gravidanza entro un breve periodo prossimo all'inizio del processo di gestazione. Questa implicazione si basa sul riconoscimento che il diritto di scegliere, come ogni altro diritto, non è assoluto e ha dei limiti. In questo caso, il limite è rappresentato dalla tutela costituzionale del *nasciturus*. Anche se la SCJN non determina un limite temporale specifico per l'esercizio dell'interruzione volontaria della gravidanza, tale limite viene fissato, come era già successo precedentemente nella legislazione dell'allora Distretto Federale, nelle prime dodici settimane di gestazione.

⁶⁹ Tale affermazione si basa, in primo luogo, sulle disposizioni della Costituzione messicana, ma anche sul complesso normativo internazionale in materia di diritti umani che attribuisce la titolarità piena dei diritti solamente alle persone già nate: in questo senso è anche l'orientamento della Corte IDU, che nella sentenza *Artavia Murillo et al (In Vitro Fertilization) c. Costa Rica*, cit., parr. 221-223, stabilisce che «non è fattibile sostenere che un embrione sia il titolare ed eserciti i diritti fondamentali, quindi non è opportuno concedere lo status di persona all'embrione».

conda del momento della gestazione in cui si trova e tale circostanza determina il dovere dell'ordinamento giuridico di proteggere il processo di gestazione.

Di conseguenza, il diritto di decidere è possibile solo entro un breve termine (le prime dodici settimane di gestazione), in modo che l'interruzione volontaria della gravidanza avvenga in un momento nel quale ancora non si sono sviluppate le facoltà sensoriali e cognitive del nascituro, nonché quando interrompere della gravidanza non generi gravi conseguenze per la salute della donna.

È sulla base di tali argomenti che il giudice supremo messicano ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 196 del Codice penale di Coahuila che, come visto, prevedeva la pena della reclusione da uno a tre anni alla donna che interrompeva volontariamente la propria gravidanza così come alla persona che praticava l'aborto, sottolineando in particolare come un disposizione come quella impugnata violava il diritto delle donne e delle persone gestanti alla libertà riproduttiva e quindi di decidere di essere o non essere madri. Non si tratta solamente di un limite a tale diritto, quanto piuttosto di un suo totale annullamento, mediante un meccanismo – quello più aggressivo – rappresentato dalla sanzione della pena privativa della libertà personale che, oltre a non raggiungere gli obiettivi perseguiti dal legislatore (e quindi quello di sradicare la pratica abortiva), produce effetti dannosi alla salute e vita delle donne.

Di conseguenza, il reato dell'aborto, nella sua formulazione "classica" come recepito anche dal Codice penale coahuilense, violava i diritti riproduttivi delle donne, in quanto non prevedeva la possibilità di interruzione volontaria della gravidanza nella prima fase della gestazione. In altre parole, la criminalizzazione totale e assoluta di chi decide di interrompere la gravidanza, a prescindere dai motivi, presuppone una violazione totale del diritto di decidere delle donne e delle persone gestanti, costituzionalmente riconosciuto.

4. A che punto siamo? Riflessioni finali

La pronuncia della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* con la *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* ha un'importanza fondamentale per vari motivi. Innanzitutto, il giudice supremo messicano supera l'annosa dicotomia del falso dilemma tra "aborto come delitto" e "aborto come diritto", demistificandolo mediante l'elaborazione del diritto delle donne e delle persone gestanti a decidere il proprio progetto di vita in materia di maternità, la cui titolarità è esclusiva della persona incinta, con esclusione dell'intervento di altre persone e dello stesso Stato. Secondo l'elaborazione della Corte, la rilevanza del diritto a decidere in materia di maternità, secondo quanto previsto dall'art. 4 della Costituzione, risiede proprio nella possibilità di optare liberamente sia per l'alternativa di proseguire la gravidanza sia per interromperla.

Inoltre, la rilevanza della pronuncia analizzata risiede non solo nell'aver determinato che la criminalizzazione assoluta dell'interruzione volontaria della gravidanza è incostituzionale, ma anche nel fatto che tale pronuncia ha una portata di più ampio respiro, dato che – almeno in linea teorica – costituisce un precedente vincolante⁷⁰, producendo effetti giuridici anche su tutte le altre legislazioni sta-

⁷⁰ A tale proposito si vedano gli artt. 222 e 223 della *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, secondo i quali, a seguito della riforma del potere giudiziario avvenuta nel 2021, gli argomenti delle decisioni della SCJN costituiscono un precedente obbligatorio per tutte le autorità giudiziaria sia fe-

tali che ancora oggi prevedono delle sanzioni penali per le persone che decidono di interrompere volontariamente una gravidanza.

Nonostante l'importanza di tali aspetti, in realtà, vi sono ancora vari nodi irrisolti. Il primo è che nonostante la Suprema Corte abbia riconosciuto che l'aborto, come disciplinato dal Codice penale dello Stato di Coahuila, è incostituzionale non fa emergere automaticamente il diritto delle donne e delle persone gestanti a decidere, dato che la sentenza non ha effetti autoapplicativi ed è necessario l'intervento in questo senso del Congresso locale⁷¹, che intervenga sia sulla legislazione penale ma anche sulla disposizione costituzionale che protegge il diritto alla vita dal momento del concepimento⁷². Ancora oggi, ben ventuno Stati della Repubblica non hanno modificato la propria legislazione. Gli unici intervenuti con riforme legislative dopo la sentenza della Corte sono stati Oaxaca, Hidalgo, Veracruz, Baja California, Colima, Sinaloa, Guerrero, Baja California Sur e Quintana Roo.

Negli Stati di Aguascalientes e Nuevo León, è dovuta intervenire di nuovo la Corte, dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni costituzionali dirette a proteggere la vita dal momento del concepimento, ma la legislazione penale continua a sanzionare l'interruzione volontaria della gravidanza (con le eccezioni sopra indicate).

In questo contesto, che succede nel caso in cui una donna interrompa volontariamente una gravidanza? Potrebbe essere aperto nei suoi confronti un procedimento penale, in applicazione della normativa penale vigente. L'ordinamento giuridico messicano, in questo caso, offre la possibilità che si presenti o un ricorso di *amparo* indiretto, nei confronti della norma che costituisce il fondamento giuridico di detto procedimento⁷³ o un ricorso di *amparo* diretto nei confronti della sentenza definitiva⁷⁴ che, eventualmente, l'avesse dichiarata colpevole del delitto di aborto. Per risolvere la questione, il giudice adito mediante lo strumento dell'*amparo* diretto o indiretto applicherebbe comunque i criteri elaborati dalla Corte in quanto precedente vincolante. In ogni caso, si tratterebbe comunque di una garanzia non automatica di un diritto costituzionalmente riconosciuto quanto piuttosto di una protezione che deve comunque passare per la via giudiziaria.

Inoltre, a oltre un anno di distanza dalla pronuncia della Corte⁷⁵, il Congresso locale di Coahuila non ha ancora modificato la legislazione vigente⁷⁶. Nel Codice penale è stata introdotta una postilla nella quale si da conto del fatto che l'art. 196 è stato dichiarato incostituzionale. Di conseguenza, nessuna donna o persona gestante può – in linea teorica – essere sottoposta a procedimento penale nel caso in cui decida di interrompere volontariamente una gravidanza.

Infine, prendendo come punto di partenza le stesse considerazioni elaborate dalla Corte sul contenuto del diritto delle donne e delle persone gestanti a decidere circa l'interruzione volontaria o la conti-

derali che a livello statale, se sono state prese con almeno 8 voti nel caso del *Pleno* o 4 voti nel caso in cui la Corte sia riunita in *Sala*.

⁷¹ A tale proposito si v. *infra* nota 76.

⁷² Si v. *supra* nota 31.

⁷³ Secondo quanto previsto dall'art. 107 della *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁷⁴ Si veda a tale proposito l'art. 170 della *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁷⁵ Il presente scritto è stato concluso nel mese di febbraio 2023.

⁷⁶ È stata presentata un'iniziativa che però non è stata ancora discussa dal Congresso locale.

nuazione della propria gravidanza, è necessario che si metta in moto la macchina statale con l'obiettivo di adottare misure, politiche pubbliche e prevedere un'apposita infrastruttura sia giuridica che istituzionale che permetta la realizzazione pratica di tale diritto⁷⁷. Difatti, è necessario prevedere una politica pubblica integrale in materia di sessualità e riproduzione, che includa anche l'educazione sessuale, l'accesso all'informazione in materia di programmazione familiare e metodi anticoncettivi, che preveda delle garanzie minime e chiare sia per quanto riguarda la protezione del diritto ad essere madre ma anche quello a non esserlo, per quanto riguarda l'accesso ai servizi sanitari, includendo in particolare l'accesso a un aborto libero, sicuro e gratuito. Senza questi elementi minimi non si potrebbe parlare di un effettivo diritto a decidere delle donne e delle persone con capacità di gestazione.

Il diritto che coinvolge i diritti umani – e specialmente i diritti umani delle donne –, incluso quello di produzione giurisprudenziale, esprime anche un discorso sociale capace di inviare un messaggio in una certa direzione attribuendo un certo significato al comportamento e alle decisioni delle persone, rendendoli legittimi o meno; la sua rilevanza giuridica, politica e sociale ha un grande significato e, in virtù della sua forza performativa, è in grado di riconoscere o ignorare, includere o escludere, definire o delimitare i confini di ciò che può essere ammesso in quanto legale e ciò che invece non può essere ammesso in quanto illegale⁷⁸. In questo panorama così complesso e articolato di grande discriminazione e diseguaglianza sociale, la sentenza della Suprema Corte nell'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* rappresenta un importante *turning point* nella protezione dei diritti delle donne nel cammino verso una eguaglianza di genere non solo teorica ma anche reale, necessaria ma non ancora sufficiente.

⁷⁷ Si v. S. SERRANO, D. VÁZQUEZ, *Guía 3. Marco Normativo Nacional e Internacional en Género, México*, 2013, 59.

⁷⁸ A. RUIZ, *Cuestiones acerca de mujeres y derecho*, in R. ÁVILA, J. SALGADO, L. VALLADARES (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, 2009.