



FOCUS HUMAN RIGHTS
5 APRILE 2023

Recenti aperture ed evoluzioni
(giurisprudenziali) del diritto di
interruzione volontaria della
gravidanza. I casi di Colombia e Kenya

di Daniele Camoni

Ricercatore in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Milano



Recenti aperture ed evoluzioni (giurisprudenziali) del diritto di interruzione volontaria della gravidanza. I casi di Colombia e Kenya*

di Daniele Camoni

Ricercatore in Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Il presente articolo intende affrontare il tema dell'interruzione volontaria di gravidanza in prospettiva comparata, con particolare attenzione alle recenti "aperture" giurisprudenziali introdotte in materia dalla Corte costituzionale colombiana e dalla *High Court* di Malindi (Kenya). Nel riconoscere l'aborto come un diritto fondamentale della donna, entrambe le Corti seguono schemi analoghi, partendo da un'interpretazione evolutiva della Costituzione per giungere all'individuazione di un diritto costituzionalmente riconosciuto e garantito.

Title: Recent openings and (jurisprudential) developments in the right to voluntary termination of pregnancy. The cases of Colombia and Kenya

Abstract [En]: The present essay deals with the topic of the termination of pregnancy in a comparative perspective, looking specifically at some "permissive" judgments by the Colombian Constitutional Court and the Malindi High Court (Kenya). While recognizing abortion as a woman's fundamental right, both Courts follow the same legal reasoning, starting from the interpretation of the Constitution as a "living tree" in order to arrive to the definition of a constitutional right which has to be fully recognized and protected.

Parole chiave: aborto; Corte costituzionale colombiana; Costituzione keniana; interpretazione evolutiva; originalismo

Keywords: abortion; Colombian Constitutional Court; Kenyan Constitution; living Constitution; originalism

Sommario: 1. Premessa. L'aborto tra recenti restrizioni ed estensioni nel diritto comparato. 2. L'ampliamento (eccessivo?) del diritto all'aborto in Colombia da parte della *Corte Constitucional*. 3. Il riconoscimento giudiziario di un diritto "effettivo" all'aborto in Kenya. 4. Alcune considerazioni comparate conclusive.

1. Premessa. L'aborto tra recenti restrizioni ed estensioni nel diritto comparato

Negli ultimi tempi, il dibattito (normativo e giurisprudenziale) intorno alla regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza si è arricchito di numerose suggestioni di diritto pubblico comparato, sia in senso restrittivo – quando non direttamente proibitivo – sia in una prospettiva contrapposta, volta a riconoscere *ex novo* e/o ad estendere tale possibilità¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Con riferimento all'America Latina, cfr. già S. AGOSTA, *Spinte e contospinte in tema di interruzione della gravidanza e statuto dell'embrione*, in *Federalismi.it, Focus America Latina*, n. 1, 2019, pp. 1-5. Per una panoramica completa ed aggiornata in tempo reale delle regolamentazioni in materia di aborto nei diversi Stati del mondo, si veda CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, <https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>.

Nella prima dimensione – lasciando sullo sfondo la complessa “questione statunitense” sollevata dalla sentenza della Corte Suprema del 24 giugno 2022 in *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*² – spicca il caso dell’Honduras. In concreto, l’art. 67 della Costituzione approvata nel 1982 (ancora vigente) stabiliva che «al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley», così equiparando il *nasciturus* alla persona già nata e rimettendo la disciplina di tale condizione giuridica alla riserva di legge ordinaria.

La disposizione costituzionale è stata in seguito integrata attraverso alcune norme del codice penale del 1983 (artt. 126 a 128), le quali hanno proibito in modo assoluto ogni interruzione di gravidanza, qualificata come «muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto» (art. 126 c.p.). Con decreto n. 192-2020 del 21 gennaio 2021, il divieto legislativo di aborto è stato costituzionalizzato in termini ancor più stringenti³. In particolare, da un lato la proibizione di qualsiasi forma di interruzione della vita del *nasciturus* è stata inserita nel nuovo testo dell’art. 67 Cost., il quale ora dispone che «se considera prohibida e ilegal la práctica de cualquier forma de interrupción de la vida por parte de la madre o un tercero al que está por nacer, a quien debe respetársele la vida desde su concepción»; dall’altro, è stato altresì previsto che tale disposizione potrà essere riformata solo con il voto favorevole di almeno tre quarti dei componenti dell’Assemblea legislativa⁴.

La citata riforma costituzionale è stata impugnata dinanzi alla *Sala de lo Constitucional* della *Corte Suprema de Justicia* che, pur avendo considerato il ricorso formalmente ammissibile il 13 luglio 2021, non si è ancora

² U.S. Supreme Court, 597 U.S. ___ (2022). Come è noto, la Corte Suprema ha dichiarato che non è possibile ricavare dal testo e dal significato storico della Costituzione un diritto “federale” all’interruzione volontaria di gravidanza – riconosciuto da essa stessa in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) e confermato in *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) – rimanendo ogni regolamentazione in proposito nelle mani delle Assemblee legislative statali. Per i primi commenti, si vedano G. CAPORALI, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i limiti all’attivismo creativo delle Corti costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 34, 2022, pp. 38-74; E.D. BERNICK, *Vindicating Cassandra: A Comment on Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, in *Cato Supreme Court Review*, 2021-2022, pp. 227 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 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*, n. 2, 2022, soprattutto pp. 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*, n. 3, 2022, pp. 1609-1617 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*, n. 2, 2022, pp. 393-427.

³ Una previsione analoga è ricavabile dall’art. 1 della Costituzione di El Salvador (a seguito della riforma del 1999), secondo cui «El Salvador [...] reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción». Tra le Costituzioni che prevedevano un divieto di aborto, il caso più emblematico è sicuramente quello irlandese, il cui Ottavo Emendamento (introdotto nel 1983) riconosceva il diritto alla vita del nascituro: tale disposizione è stata abrogata a seguito del referendum del 25 maggio 2018. A commento, vedi A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell’aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2, 2022, e ID., *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 91 ss.

⁴ È stato così disciplinato un procedimento di revisione costituzionale ulteriormente aggravato rispetto a quello ordinario previsto dall’art. 373 Cost., secondo cui è necessaria una doppia deliberazione parlamentare (da parte di due Assemblee legislative successive) a maggioranza dei due terzi dei componenti del *Congreso Nacional*.

pronunciata nel merito della questione⁵. In parallelo, si tenga presente che, in America Latina, altrettante proibizioni assolute – pur di rango non costituzionale – sono presenti nei codici penali di Haiti, Nicaragua, Repubblica Dominicana e Suriname.

A livello europeo, merita di essere menzionata la controversa sentenza del Tribunale Costituzionale polacco del 22 ottobre 2020⁶, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione della Legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto, che permetteva l'interruzione della gravidanza in caso di gravi malformazioni del feto. In questo modo, a fronte di una legislazione già tra le più restrittive d'Europa⁷, il citato intervento giurisdizionale di fatto ha imposto un divieto quasi assoluto all'interruzione di gravidanza, non essendo questa più praticabile in relazione ad una «casistica che riguardava il 97,9% di tutte le procedure legali di IVG eseguite in un anno»⁸.

Da ultimo, con decreto del Ministero dell'interno del 15 settembre 2022, n. 29, l'Ungheria ha modificato la legge n. 32 del 1992 sull'interruzione di gravidanza, prevedendo che l'operatore sanitario attesti di aver presentato alla gestante, prima di procedere con l'intervento, una chiara evidenza che dimostri i segni vitali del feto (in particolare, attraverso la rivelazione dell'esistenza del battito cardiaco).

Sul fronte opposto – oggetto della presente analisi comparata – meritano particolare attenzione i recenti casi di Colombia e Kenya⁹. In particolare, nel primo la *Corte Constitucional* ha riconosciuto (per cinque voti a quattro) la possibilità di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza fino alla ventiquattresima settimana di gestazione, estendendo in modo significativo il diritto all'aborto oltre la triplice casistica

⁵ Sul piano dei diritti sociali, già con decreto n. 176/2004 era stato costituzionalizzato in Honduras il divieto di matrimonio o unione civile tra persone dello stesso sesso, nonché il divieto di riconoscimento delle unioni celebrate all'estero (art. 112 Cost.).

⁶ Pubblicata il 27 gennaio 2021.

⁷ Esclusi i casi di Malta e Andorra, il cui codice penale vieta l'aborto in ogni circostanza. Attualmente (dal 21 novembre 2022), è in corso di discussione presso il Parlamento maltese un disegno di legge volto ad ammettere l'interruzione di gravidanza nel solo caso di pericolo grave per la salute della donna: in attesa della terza – e definitiva – lettura parlamentare, l'emendamento è stato approvato in seconda lettura il 20 dicembre 2022.

⁸ 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*, n. 2, 2020, p. 1. Cfr. anche J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2, 2022 e M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, n. 14, 2022, pp. 73-99.

⁹ Da ultimo, possono essere menzionati anche i casi del Benin e San Marino. Ai sensi della legge 2021–12 (20 dicembre 2021), il primo ha introdotto la possibilità di interrompere la gravidanza, entro la dodicesima settimana, «dorsque la grossesse est susceptible d'aggraver ou d'occasionner une situation de détresse matérielle, éducationnelle, professionnelle ou morale incompatible avec l'intérêt de la femme et/ou de l'enfant à naître» (art. 17-2). Il secondo ha depenalizzato l'aborto a seguito del referendum del 26 settembre 2021 (con il 77% ca. dei voti espressi) e poi adottato la corrispondente legge attuativa 7 settembre 2022, n. 127 (in vigore dal 12 settembre 2022), secondo cui «la donna maggiorenne può richiedere l'IVG entro la fine della dodicesima settimana di gestazione senza obbligo di fornire alcuna motivazione a tale richiesta» (art. 5.1).

prevista dallo stesso Giudice delle Leggi colombiano con sentenza C-355 del 10 maggio 2006 ed introducendo un limite temporale “finale” che ha pochi termini di paragone in altri ordinamenti¹⁰.

Apprendo una breve parentesi in materia, non è secondario evidenziare come il caso della Colombia rappresenti solo l’ultima tappa di un “percorso giurisprudenziale” che ha condotto, in diversi Stati dell’America Latina, al riconoscimento pretorio di alcune aperture in tema di aborto (a loro volta seguite da ulteriori interventi legislativi)¹¹. In questo senso, nel caso *F.A.L. s/ medida autosatisfactiva* (13 marzo 2012), la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina ha dichiarato che, in caso di violenza sessuale, è sempre possibile ricorrere all’interruzione di gravidanza, anche in assenza di una diminuita capacità di intendere o di volere della donna¹².

A seguire, con sentenza del 28 aprile 2021, la Corte costituzionale dell’Ecuador ha affermato l’illegittimità dell’art. 150.2 c.p., nella sola parte in cui prevedeva che la possibilità di ricorrere all’aborto in caso di violenza sessuale fosse subordinata ad uno stato di incapacità mentale, sollecitando altresì il *Defensor del Pueblo* ad elaborare un progetto di legge ed il Legislatore ad intervenire in materia¹³.

Infine, il 7 settembre 2021 la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* messicana (in relazione alla *acción de inconstitucionalidad* n. 148/2017), ha dichiarato illegittima su tutto il territorio federale la criminalizzazione assoluta dell’aborto, ferma restando la possibilità di prevedere forme di protezione (a loro volta non

¹⁰ Sentenza C-055/22.

¹¹ Al contrario, con Sentenza rol n° 3729-2017 (28 agosto 2017), la Corte costituzionale del Cile ha dichiarato conforme alla Costituzione – per sei voti a quattro – la Ley n° 21.03 del 14 settembre 2017, la quale rendeva per la prima volta legale l’aborto nei casi di rischio per vita della donna, patologia del feto di carattere letale e concepimento frutto di violenza sessuale.

¹² La controversia era legata all’interpretazione dell’art. 86.2 c.p., secondo cui «el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible [...] si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente». A fronte di una lettura che riconduceva lo stato di incapacità anche al caso di violenza sessuale, secondo la Corte Suprema (§18, pp. 18-19) «de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a “... (s) i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente” (énfasis agregado), previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza [...] El mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal [...] diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiotas o demente”». In dottrina, si veda S. KENIS, *La República Argentina y su sinuoso camino hacia la ampliación de derechos. Tensiones que emergen de las interpretaciones constitucionales en torno al debate sobre el aborto y su legalización*, in *Federalismi.it, Focus America Latina*, n. 1, 2019.

¹³ Cfr. Sentenza No. 34-19-IN/21, §159. Il seguito di tale pronuncia è stato travagliato: a fronte dell’approvazione parlamentare, il 17 febbraio 2022, di un progetto di legge che riconosceva il diritto all’interruzione di gravidanza – in tale caso specifico – entro la dodicesima settimana (entro la diciottesima settimana per minori, adolescenti e donne rurali), il 15 marzo 2022 il Presidente Lasso opponeva un veto parziale (additivo). Quest’ultimo, in particolare, riduceva a dodici settimane il termine previsto per l’aborto di minori, adolescenti e donne rurali; imponeva l’esigenza di una denuncia penale, esame medico o dichiarazione giurata dell’intervenuta violenza sessuale ed estendeva il raggio applicativo del diritto all’obiezione di coscienza. Non essendo tali modifiche state respinte né approvate in sede parlamentare entro trenta giorni, ai sensi dell’art. 153.4 Cost. esse dovevano intendersi tacitamente entrate in vigore, con la corrispondente promulgazione della “nuova” legge il 29 aprile 2022. Il testo integrale del veto “additivo” e della legge promulgata sono disponibili in https://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/2sro53_20220429.pdf

assolute) del nascituro e di implementare una legislazione che permetta “in positivo” l’interruzione di gravidanza¹⁴.

Nei tre casi sopra descritti (nel caso del Messico, solo in alcuni Stati federati)¹⁵, le aperture giurisprudenziali descritte sono state seguite da altrettanti leggi parlamentari che ne hanno recepito le indicazioni di principio, così regolamentando l’esercizio “attivo” del diritto all’aborto.

Spostando l’attenzione sul continente africano, con un’importante sentenza del 24 marzo 2022¹⁶, la *High Court* keniana di Malindi ha affermato che gli artt. 158, 159 e 160 c.p. – i quali sanziona(va)no penalmente qualsiasi forma di interruzione di gravidanza o aiuto di terzi nella stessa – devono essere interpretati in modo conforme all’art. 26(4) Cost., secondo cui l’aborto è ammissibile a determinate condizioni.

Tra i passaggi meritevoli di attenzione – e che riprendono quanto già affermato dalla Corte costituzionale colombiana – spiccano soprattutto la definizione dell’interruzione volontaria di gravidanza come diritto “fondamentale” (ma, allo stesso tempo, non “assoluto”), l’applicazione del criterio dell’interpretazione costituzionalmente orientata e della lettura evolutiva della Costituzione, nonché il monito al Parlamento affinché adotti una legge che favorisca in modo effettivo l’esercizio di tale libertà.

La citata pronuncia della *High Court* – e, soprattutto, la sua reale implementazione “oltre” la disposizione formale – potrebbe forse rappresentare un piccolo passo nella configurazione progressiva di un diritto che, nel continente africano, continua ancora ad essere in larga parte proibito, fortemente limitato sul piano normativo o, comunque, difficile da esercitare a livello concreto¹⁷, nonostante i progressi registrati a partire dall’anno 2000¹⁸.

Ad oggi, infatti, gli unici Stati che ammettono il ricorso all’interruzione di gravidanza quale regola “generale”¹⁹ e non come eccezionale alternativa ad un comportamento altrimenti illecito sono Tunisia

¹⁴ In termini sintetici, si veda il corrispondente [Comunicato stampa](#).

¹⁵ Ad oggi, dieci Stati hanno regolamentato le modalità concrete di interruzione della gravidanza: quattro prima della sentenza in questione (México D.F. nel 2007, Oaxaca nel 2019, Hidalgo e Veracruz nel 2021) e sei a seguito della stessa (Baja California e Colima nel 2021, Baja California Sur, Guerrero, Sinaloa e Quintana Roo nel 2022).

¹⁶ *PAK and Salim Mohammed vs the Attorney General and 3 others* (Petition E009 of 2020).

¹⁷ Nonostante l’inserimento – per la prima volta in un trattato internazionale – del diritto all’aborto (nei casi di violenza sessuale, incesto e pericolo per la salute della madre o del feto) nell’art. XIV.2.c) del Protocollo alla Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli sui diritti delle donne in Africa del 2003 (Protocollo di Maputo). Al contrario, numerosi Stati africani hanno sottoscritto, il 22 ottobre 2020, la “Dichiarazione di consenso di Ginevra sulla promozione della salute delle donne e il rafforzamento della famiglia” (promossa dagli Stati Uniti, durante il mandato di Donald Trump), secondo cui «there is no international right to abortion and [that] the United Nations must respect national laws and policies on the matter, absent external pressure».

¹⁸ Secondo i dati forniti da A. BANKOLE, L. REMEZ, O. OWOLABI, J. PHILBIN, P. WILLIAMS, [From unsafe to safe abortion in Sub-Saharan Africa: slow but steady progress](#), in [www.cuttmacher.org](#), p. 13, tra il 2000 ed il 2019 ben ventuno Stati dell’Africa sub-sahariana hanno ampliato (con intensità differenti) la casistica formale di liceità dell’interruzione volontaria di gravidanza.

¹⁹ In lingua spagnola, si suole distinguere tra *leyes de plazos* (“leggi con scadenze”), le quali permettono in ogni caso l’aborto entro una determinata data dal concepimento e *leyes de supuestos* (“leggi con causali”), che invece consentono l’interruzione della gravidanza solo al ricorrere di specifiche circostanze.

(1973), Capo Verde (1986), Sud Africa (1996), São Tomé e Príncipe (2012), Mozambico (2014) e Benin (2021), i quali hanno fissato per via legislativa il limite temporale all'*abortion on request* alla dodicesima settimana²⁰.

2. L'ampliamento (eccessivo?) del diritto all'aborto in Colombia da parte della *Corte Constitucional*

Il riconoscimento "generalizzato" di un diritto all'interruzione volontaria di gravidanza entro una determinata cornice temporale da parte della Corte costituzionale colombiana rappresenta solo un passo ulteriore nella storia recente del "neo-costituzionalismo latinoamericano"²¹ e di un Giudice delle Leggi "super-potente"²² che, da un trentennio, si segnala per il suo forte attivismo e l'introduzione pretoria di "nuovi" diritti sui quali esiste un costante conflitto giuridico, politico e sociale²³.

Ricordando alcuni esempi significativi, con sentenza C-239 del 1997 essa ha legalizzato per la prima volta l'eutanasia «en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto», dichiarando che «no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada»; in parallelo, con pronuncia C-164 del 2022 è stato altresì depenalizzato il suicidio assistito «siempre que el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable»²⁴.

²⁰ Sulla regolamentazione dell'aborto nel continente africano, cfr. C.G. NGWENA, *Reforming African Abortion Laws and Practice: The Place of Transparency*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS (a cura di), *Abortion law in transnational perspective*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2014, pp. 166-186 e ID., *Reforming African abortion laws to achieve transparency: arguments from equality*, in *African Journal of International and Comparative Law*, n. 28, 2013, pp. 398-426.

²¹ Cfr. AA.VV., *Forum – Si può parlare di un "neocostituzionalismo" in America Latina?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2022, pp. 236-289 e A. NOGUERA-FERNÁNDEZ, M. CRIADO DE DIEGO, *La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina*, in *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, n. 13(1), 2011, pp. 15-49.

²² Vedi M. FEOLI, *Las Cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad?*, in *Pensamiento jurídico*, n. 41, 2015, pp. 127-162. Come ha ricordato D. LANDAU, *Justice Cepeda's Institution-Building on the Colombian Constitutional Court: A Fusion of the Political and the Legal*, in R. ABEYRATNE, I. PORAT (a cura di), *Towering Judges. A comparative study of constitutional Judges*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 220, la Costituzione ed il modello di giustizia costituzionale colombiani hanno risentito in modo significativo delle posizioni giuridiche di Manuel José Cepeda (allora consigliere del Presidente Gaviria in materia di affari costituzionali e, dal 2001, giudice costituzionale): «This included the view that constitutional rights should be placed at the center of the Constitution, that judges should strive to make these rights real, and that the law should be used to transform reality and deal with problems such as socioeconomic inequality». Si veda anche M.J. CEPEDA-ESPINOSA, *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court*, in *3 Washington University Global Studies Law Review*, n. 3, 2004, pp. 668 ss.

²³ Cfr. M.P. SAFFON, M. GARCÍA-VILLEGAS, *Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia* e L. LIZARAZO-RODRÍGUEZ, *Constitutional adjudication in Colombia: avant-garde or case law transplant? A literature review*, entrambi in *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, n. 13(1), 2011, pp. 75-107 e 145-182. In termini generali sul sistema di giustizia costituzionale, M. ARAGÓN REYES, *Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigencia de la Constitución de Colombia*, in *Revista de Derecho del Estado*, n. 50, 2021, pp. 11-41.

²⁴ Si veda L. ESTUPIÑÁN ACHURY, M.C. ROSSO GAUTA, *La eutanasia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Herejías de la dignidad y del pluralismo*, in *DPCE Online*, n. 2, 2022, pp. 581-599.

Inoltre, con sentenza C-263 del 2015 è stato riconosciuto il diritto di adozione in favore delle coppie dello stesso sesso ed infine, con pronuncia SU 214 del 2016, è stato introdotto in favore di queste ultime il diritto a contrarre matrimonio in condizioni di parità rispetto alle coppie eterosessuali.

Con riferimento all'interruzione volontaria di gravidanza, è doveroso premettere che il divieto assoluto di aborto previsto *ab origine* dall'art. 122 c.p. (Ley 599 del 2000) – sanzionato con la reclusione da sedici a cinquantaquattro mesi – è stato in parte riformulato dalla *Corte Constitucional* con sentenza C-355/06, secondo cui «no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto»²⁵.

In questo senso, fino alla sentenza C-055/22, le possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza rappresentavano un'eccezione rispetto alla regola che, al di fuori delle ipotesi indicate, ne sanciva la totale illiceità penale. Al contrario, nel presente caso i ricorrenti auspicavano il riconoscimento di un diritto "generale" all'aborto, ritenendo che la sua penalizzazione fosse contraria al diritto alla salute (art. 49 Cost.), ai diritti riproduttivi delle donne (artt. 16 e 42 Cost.), al principio di uguaglianza in favore delle donne in situazione di vulnerabilità, alla libertà di coscienza (art. 18 Cost.) ed alle finalità preventiva e di *ultima ratio* del diritto penale.

In relazione al primo profilo sostanziale, sebbene la Costituzione (art. 11) e la Convenzione Interamericana dei Diritti Umani (art. 4.1, CIDH) impongano la protezione della vita (anche prenatale)²⁶, per la Corte era evidente che tale esigenza – ove interpretata in termini "assolutizzanti" – entrava in conflitto con il diritto alla salute ed i diritti riproduttivi della donna. Ne deriva che «la criminalización del aborto, en los términos categóricos de la norma objeto de control, las empuja a la práctica de abortos inseguros y clandestinos, lo que se traduce en un grave problema de salud pública que tiene incidencia en las tasas de mortalidad y morbilidad maternas»²⁷.

Inoltre, sebbene la protezione del concepito sia imposta anche dal dettato costituzionale, la Corte ha ritenuto esistenti strumenti alternativi che risulterebbero più efficaci per il perseguimento di tale obiettivo e non inciderebbero in misura così sproporzionata su diritti altrettanto fondamentali, quali

²⁵ Sentenza C-355/06, §9.

²⁶ «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente».

²⁷ Sentenza C-055/22, §288.

L'implementazione di politiche pubbliche rivolte a proteggere la vita attraverso misure (non penalmente connotate) che evitino il ricorso all'interruzione di gravidanza²⁸.

Rispetto al principio di uguaglianza (relativo alle donne in situazione di vulnerabilità ed a quelle in stato di immigrazione irregolare) secondo la Corte il divieto di interruzione della gravidanza – già lesivo dei diritti della donna – incideva in modo ancor più pregiudizievole sulle donne in stato di precarietà socio-economica e costrette ad immigrare in modo irregolare²⁹.

Rispetto alla libertà di coscienza, essa affermava che era necessario realizzare un attento bilanciamento tra il bene giuridico che si intende proteggere attraverso una misura restrittiva di carattere penale e il sacrificio che, a partire da quest'ultima, deriva in capo ad un altro bene. In questo difficile equilibrio, il peso della prima sarà maggiore «en tanto más intensa sea la conexión con la integridad corporal, física y emocional de la persona que alega su protección y con su dignidad humana»³⁰.

Nel caso di specie, la libertà di coscienza si traduce nella decisione della donna – personalissima, individuale ed intrasferibile – di scegliere o meno se procreare, d'accordo con le proprie scelte di vita e convinzioni personali ed etico-religiose. Alla luce di tali considerazioni, la previsione di un divieto generalizzato di aborto (pur circoscritto dalla sentenza del 2006) si configura come un'imposizione "esterna" dello Stato, che incide sulla personalità della gestante e si sostituisce alle sue decisioni circa il proprio piano di vita, senza neppure tenere in considerazione le fasi di sviluppo della gravidanza ed il fatto che la protezione della vita prenatale deve realizzarsi in modo graduale³¹.

Infine, con riferimento alle finalità generali della sanzione penale (funzione general-preventiva e strumento di *ultima ratio*), per un verso, secondo la maggioranza «no resulta claro que esta forma de penalización sea efectivamente conducente –esto es, idónea– para la consecución de aquellos fines, en particular el de prevención general, como sí es evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud y los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia»³².

Per l'altro, è stato ritenuto che il Legislatore colombiano abbia fatto ricorso a tale fattispecie di illecito quale *prima ratio* e, quindi, in modo incostituzionale, avendo omesso di regolare in via normativa la complessa problematica sociale dell'aborto (a maggior ragione, dopo la sentenza C-355/06) – senza

²⁸ Cfr. *ivi*, §289.

²⁹ *Ivi*, §§336 ss.

³⁰ *Ivi*, §372.

³¹ Cfr. *ivi*, §399: «da norma que se demanda implica una imposición estatal de una decisión no necesariamente compartida y que puede atentar contra las íntimas y profundas convicciones de la mujer, niña, adolescente o persona gestante, incluso de las parejas, y sustituye en parte su derecho a elegir cómo quieren vivir y definir su plan de vida. En últimas, restringe, con aquellos caracteres –exceso y suprainclusión–, la potestad de estas personas para discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral en o frente a la decisión de continuar o no con el embarazo, a partir de una imposición estatal que no pondera el conocimiento de la mujer acerca de su estado ni el avance del proceso gestacional ni, mucho menos, que la protección de la vida en gestación es un deber de cumplimiento gradual e incremental».

³² *Ivi*, §403.

nemmeno ricorrere a strumenti diversi da quello penale e meno lesivi dei diritti costituzionali interessati – nonché avendo trascurato i principi della dignità umana³³ ed applicato un criterio sospetto di discriminazione (sesso biologico)³⁴.

A fronte di uno schema formale nel quale si fronteggiano diritti costituzionali egualmente rilevanti e bisognosi di tutela – la protezione della vita prenatale e del concepito, da un lato e il diritto alla salute, alla libertà riproduttiva e di coscienza della donna, dall’altro – la Corte costituzionale individua una formula intermedia all’interno del reticolato normativo in questione «que dé relevancia a cada una de las garantías en tensión, de tal forma que, a diferencia de restar protección constitucional –por el resultado que se seguiría de otorgar preferencia a alguna de estas garantías– se logre una mayor realización de la totalidad de valores en tensión»³⁵.

In questo senso, la definizione di un «óptimo constitucional» si sviluppa a partire dalla casistica di ipotesi legittime di interruzione della gravidanza delineata dalla sentenza C-355/06. Tale punto di partenza deve poi essere integrato attraverso un intervento additivo della stessa Corte costituzionale in relazione a due profili ulteriori: 1) la definizione di un *sistema de plazos* che renda l’aborto – laddove realizzato con il consenso dell’interessata entro una determinata cornice temporale – una pratica sempre lecita e non soggetta ad alcun vaglio di motivazione; 2) la configurazione di politiche pubbliche in materia di salute sessuale, riproduttiva e familiare³⁶.

Secondo la maggioranza, il profilo cruciale che permette di risolvere l’aspra tensione tra i beni costituzionali coinvolti è quello dell’autonomia, che si riferisce al momento a partire dal quale esiste una possibilità di vita autonoma extrauterina da parte del feto e meglio si attaglierebbe all’esigenza di una protezione graduale della vita del concepito. Sul punto, è possibile identificare lungo tutta la sentenza un richiamo persistente alla giurisprudenza – ancora vigente al momento dell’adozione della pronuncia colombiana – della Corte Suprema degli Stati Uniti nei casi *Roe* e *Casey*: in particolare, il riferimento al criterio della *fetal viability* è declinato dalla *Corte Constitucional* con riferimento ai passaggi secondo cui, da un lato, «viability is usually placed at about seven months (28 weeks) but may occur earlier, even at 24

³³ Prevista anche dall’art. 1 Cost., secondo cui «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República [...], fundada en el respeto de la dignidad humana [...]»: in termini generali, su questo specifico profilo si veda G. ROLLA, *Il valore normativo del principio della dignità umana. Brevi considerazioni alla luce del costituzionalismo iberoamericano*, in *DPCE*, n. IV, 2003, pp. 1870-1880. In materia di aborto, il profilo dignitario è stato analizzato – in prospettiva statunitense e comparata – da R. DIXON, M.C. NUSSBAUM, *Abortion, Dignity, and a Capabilities Approach*, in B. BAINES, D. BARAK-EREZ, T. KAHANA (a cura di), *Feminist Constitutionalism. Global perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 64-81 e R.B. SIEGEL, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, in *Yale Law Journal*, n. 117, 2008, pp. 1694-1800.

³⁴ Cfr. Sentenza C-055/22, §§404 ss.

³⁵ *Ivi*, §580.

³⁶ *Ivi*, §600.

weeks»³⁷ e, dall'altro, all'esistenza di un diritto "assoluto" in capo alla donna – prima di tale momento – di interrompere sempre la propria gravidanza, non esistendo sino ad allora un interesse dello Stato sufficientemente solido da poter essere opposto a tale decisione³⁸.

Sul piano del diritto comparato, sono richiamate anche le legislazioni degli Stati (nazionali e federati) che permettono l'aborto tra la ventesima e la ventiquattresima settimana³⁹. I suddetti rinvii – letti alla luce della giurisprudenza "per principi" anteriormente enunciata – permettono alla *Corte Constitucional* di adottare una sentenza interpretativa che, forse in modo alquanto apodittico, esclude la punibilità dell'interruzione volontaria della gravidanza ove realizzata entro ventiquattro settimane dal concepimento, ferma altresì restando la possibilità di un aborto posteriore laddove ricorrano le situazioni eccezionali previste dalla sentenza C-355/06.

La pronuncia contiene quattro opinioni dissenzienti (*salvamento de voto*) dei Giudici Pardo Schlesinger, Ibáñez Najar, Meneses Mosquera e Ortiz Delgado ed un'opinione concorrente (*aclaración de voto*) del *Conjuez* Ossa Santamaría. Provando ad identificare alcuni punti comuni tra le indicate posizioni minoritarie, in tutte le opinioni dissenzienti è prestata particolare attenzione alla questione della *res iudicata* (o cosa juzgada), «una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas»⁴⁰.

Sul punto, la maggioranza aveva respinto tale possibilità (rispetto alla sentenza C-355/06), dichiarando che le questioni di costituzionalità sollevate allora erano diverse rispetto a quelle ora oggetto di giudizio; che vi era stata una modifica materiale della Costituzione in relazione all'interpretazione della problematica costituzionale sottesa al delitto di aborto ed un cambiamento nel contesto normativo nel quale si inserisce l'art. 122 c.p.⁴¹.

Al contrario, la minoranza contestava le suddette conclusioni, ritenendo che le questioni "sostanziali" oggetto del presente giudizio erano già state presentate e risolte nel 2006. Nel merito, le critiche principali delle *dissenting opinions* avevano ad oggetto la protezione sostanziale della vita del nascituro, i criteri impiegati per la fissazione del *viability test* a partire dalla ventiquattresima settimana e l'improprio attivismo "politico" di una Corte costituzionale che si era sostituita al potere legislativo.

³⁷ U.S. Supreme Court, *Roe v. Wade*, cit., p. 160.

³⁸ U.S. Supreme Court, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, cit., p. 846: «First is a recognition of the right of the woman to choose to have an abortion before viability and to obtain it without undue interference from the State. Before viability, the State's interests are not strong enough to support a prohibition of abortion or the imposition of a substantial obstacle to the woman's effective right to elect the procedure».

³⁹ Il rinvio è alle legislazioni dei Paesi Bassi, dello Stato australiano di Victoria, dello Stato americano di New York, della Gran Bretagna, degli Stati canadesi di Alberta, Ontario e Columbia britannica – le quali permettono l'interruzione della gravidanza entro la ventiquattresima settimana – della Germania e della Spagna (entro la ventiduesima settimana), del Sudafrica e dell'India (entro la ventesima settimana): cfr. Sentenza C-055/22, §§623-633.

⁴⁰ Sentenza C-100/19.

⁴¹ Cfr. Sentenza C-055/22, §191.

Secondo la Presidente Pardo Schlesinger, «la presente sentencia constituye un hito negativo en la evolución de la jurisprudencia respecto de la protección de la vida. Esta deja de ser objeto reconocido y protegido, para ser reemplazada por la nueva categoría de *vida autónoma*, insuficiente para justificar la inviolabilidad del derecho a la vida en otros ámbitos distintos del de la gestación»⁴²: emerge così una visione del diritto alla vita strettamente vincolato al momento primigenio del concepimento, quasi in termini di diritto naturale⁴³.

Con riferimento al criterio dell'autonomia fetale – «que se asocia con el momento a partir del cual es posible considerar que se rompe la dependencia de la vida en formación respecto de la persona gestante, esto es, cuando se acredita una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina (cercana a un 50%)»⁴⁴ – la censura è rivolta all'utilizzo di un «criterio probabilístico, por tanto incierto, y a un número arbitrario para determinar dicha posibilidad» ed al fatto che, anche volendo ammettere la bontà di tale parametro, rimane in ogni caso indefinito il *quantum* richiesto ai fini della sopravvivenza (un istante, ore, mesi, anni?). Per il Giudice Meneses Mosquera non corrisponde al vero che l'aborto sia un «servicio de salud reproductiva»⁴⁵ e che, pertanto, la sua criminalizzazione incida sul diritto femminile alla salute: infatti, tale impostazione è stata limitata alle sole ipotesi eccezionali enunciate nella sentenza C-355/06⁴⁶. Tale profilo è ripreso nella lunghissima opinione dissenziente di Ibáñez Najar (ben 73 pagine), il quale definisce l'interruzione volontaria di gravidanza (IVE) come un «derecho inexistente en el ordenamiento constitucional colombiano»⁴⁷.

Inoltre, secondo Meneses Mosquera non è compito del Giudice costituzionale stabilire la natura o le misure di protezione che il Legislatore deve adottare al fine di proteggere un determinato bene giuridico, trattandosi di una decisione politica che compete ai soli rappresentanti della sovranità popolare e rispetto alla quale il Giudice delle Leggi deve limitarsi a verificare *ex post* il rispetto dei confini della corrispondente potestà normativa⁴⁸.

⁴² *Salvamento de voto de la Magistrada* Pardo Schlesinger, p. 259.

⁴³ *Ivi*, p. 261: «La Constitución niega al Estado o a cualquiera de sus órganos o a sus ciudadanos la prerrogativa de definir totalmente quiénes son sujetos de derecho. Ciertamente es que, frente a algunos fenómenos asociativos, puede o no configurar distintos regímenes de reconocimiento. Pero lo que no puede hacer de ninguna manera es decidir autónomamente sobre el reconocimiento de la subjetividad jurídica de la persona natural».

⁴⁴ Sentenza C-055/22, §607.

⁴⁵ *Salvamento de voto de la Magistrada* Meneses Mosquera, §3.2.

⁴⁶ Negli stessi termini, cfr. il *salvamento de voto del Magistrado* Ibáñez Najar, §190: «dado que el embarazo no es una enfermedad, y que los casos en los que la vida y la salud de la madre se encuentran en peligro ya estaban despenalizados, no hay razón constitucional, para que la Corte por vía jurisprudencial cree un nuevo servicio de salud. La pregunta que se realizó a la Corte es si el delito de aborto es constitucional, y no si la política pública en salud es efectiva».

⁴⁷ *Ivi*, §27.

⁴⁸ *Salvamento de voto de la Magistrada* Meneses Mosquera, p. 287. In termini analoghi, per Ibáñez Najar, §212, «la política criminal de Colombia es de competencia del legislativo, y su implementación del ejecutivo, por lo que la valoración de su eficacia no puede descansar en la Corte Constitucional. La competencia de la Corte se reduce a definir la constitucionalidad de un tipo penal y no de su eficacia».

Infine, sia Ibáñez Najar che Ortiz Delgado lamentavano l'assenza di fondamento costituzionale in ordine alla definizione di un *viability test* a partire dalla ventiquattresima settimana⁴⁹. Ibáñez Najar criticava l'assenza di qualsiasi base medico-scientifica sul punto ed i riferimenti decontestualizzati e parziali al diritto comparato⁵⁰; in parallelo, Ortiz Delgado denunciava l'assenza di un dibattito approfondito in camera di consiglio e l'arbitrarietà del riferimento alla ventiquattresima settimana (privo di sostegno bibliografico).

Con riferimento all'opinione (qualificata come concorrente) di Ossa Santamaría, quest'ultimo condivideva la posizione dei quattro Giudici non dissenzienti in ordine alla incostituzionalità della penalizzazione dell'aborto prima della ventiquattresima settimana.

A suo avviso, tuttavia, la maggioranza avrebbe potuto ponderare in modo più specifico il bilanciamento tra i diritti fondamentali della donna incinta e la protezione del nascituro, "ritagliando" una finestra intermedia – compresa tra la tredicesima e la ventiquattresima settimana – entro la quale «el Estado puede activar una protección administrativa del que está por nacer»⁵¹, in tal modo preservando le posizioni giuridiche di entrambi i soggetti a seconda del momento temporale interessato e garantendo una tutela via via incrementale in favore del concepito.

Tale opinione separata, tuttavia, suscita alcune incertezze. In primo luogo, non è specificato in modo chiaro quale possa essere l'eventuale contenuto della discrezionalità legislativa – avente unicamente carattere amministrativo⁵² – in ordine all'eventuale tutela del nascituro nel periodo temporale considerato. Accertato allora che, per cinque Giudici su nove, è ammissibile una tutela penale della vita del concepito a partire dalla ventiquattresima settimana (salve le eccezioni poste dalla sentenza C-355/06) e non è mai ammissibile una penalizzazione dell'aborto fino alla tredicesima settimana, si pone un arduo problema interpretativo in relazione al descritto periodo "intermedio" (settimane 13-24). Applicando gli schemi decisorii della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di *plurality opinions*⁵³, potrebbe forse ritenersi che

⁴⁹ In tale passaggio dell'opinione dissenziente di Ibáñez Najar (cfr. §179) è presente il primissimo rinvio comparato a *Dobbs* (addirittura nella versione provvisoria filtrata alla stampa il 2 maggio 2022), laddove si afferma che «la indefinición es consustancial al concepto de viabilidad, pues este se deriva de múltiples factores, entre otros: la calidad de los servicios médicos, el peso del feto, la salud del feto y de la madre. Esta es una de las razones que se incluye en el *draft* del caso *Dobbs* de la Corte Suprema de Estados Unidos, para expresar que la línea de 24 semanas de gestación no tiene sentido constitucional». Il riferimento concreto in *Dobbs* è individuabile a §1.c, pp. 49 ss.

⁵⁰ *Salvamento de voto del Magistrado Ibáñez Najar*, §177.

⁵¹ *Aclaración de voto del Conjuez Ossa Santamaría*, §5.

⁵² *Contra*, il *salvamento de voto del Magistrado Ibáñez Najar*, §215: «no existen actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano otras medidas que protejan la vida del ser humano en gestación, en relación con la práctica de abortos. Es el tipo penal la única medida que concretamente previene la práctica de abortos consentidos, por lo que no es cierto que haya otras medidas que resulten igual de idóneas para prevenir el fenómeno, porque simplemente no existen otras medidas».

⁵³ Secondo cui «when a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, 'the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds'» (*Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977), p. 193).

la sentenza sia vincolante, quale *opinion of the Court*, nelle sole parti in cui vieta l'illiceità penale dell'interruzione della gravidanza prima della tredicesima settimana e legittima la stessa dopo la ventiquattresima, non esistendo una *opinion of the Court* maggioritari in relazione alla sezione temporale centrale.

Infatti, laddove si voglia seguire sul punto l'opinione dissenziente del Giudice dissenziente Ibáñez Najar, l'opinione di Ossa Santamaría «aunque literalmente se denomina “aclaración”, en realidad constituye un salvamento parcial de voto, el que, entonces, debió sumarse en esa misma fecha a quienes nos apartamos del proyecto de decisión»⁵⁴. In aggiunta, secondo lo stesso o è nulla la stessa sentenza – non essendo mai stata raggiunta la maggioranza sufficiente per la declaratoria di incostituzionalità – o è nulla l'opinione separata (il che produrrebbe lo stesso effetto) in quanto incongruente rispetto alla posizione dei giudici non dissenzienti, essendosi in ogni caso in presenza di una paradossale “maggioranza minoritaria”⁵⁵.

3. Il riconoscimento giudiziario di un diritto “effettivo” all'aborto in Kenya

Con riferimento al caso keniano, è doveroso un breve inquadramento di diritto positivo in ordine alla disciplina vigente in materia di interruzione volontaria della gravidanza. Ai sensi dell'art. 26, commi 2 e 4 della Costituzione del 2010 (sostitutiva di quella post-coloniale del 1963), è rispettivamente previsto che la vita della persona inizia dal momento del concepimento e che «abortion is not permitted unless, in the opinion of a trained health professional, there is need for emergency treatment, or the life or health of the mother is in danger, or if permitted by any other written law»⁵⁶.

In parallelo, le corrispondenti disposizioni del codice penale puniscono con la pena della reclusione qualsiasi condotta posta in essere «with intent» e «unlawfully» con l'obiettivo di provocare l'aborto da parte di un soggetto che collabori in tale attività (art. 158 c.p.), della stessa donna (art. 159 c.p.) e di un terzo che fornisca i mezzi o qualsiasi altro supporto utile a tal fine (art. 160 c.p.)⁵⁷.

Nella fattispecie, la prima ricorrente (PAK) subiva un aborto spontaneo, a seguito del quale il secondo ricorrente (il quale svolgeva la professione di medico presso l'ospedale ove si era recata PAK) praticava la corrispondente procedura sanitaria volta alla rimozione del feto. In seguito, entrambi erano arrestati

⁵⁴ *Salvamento de voto del Magistrado Ibáñez Najar*, §15.

⁵⁵ In questi termini si esprime F.E. PULIDO ORTIZ, *Las mayorías minoritarias en la Corte Constitucional colombiana*, in *IberICONnect*, 4 aprile 2022.

⁵⁶ La costituzionalizzazione delle condizioni di ammissibilità del diritto all'aborto segna un passo ulteriore rispetto alla previsione contenuta nel progetto costituzionale sottoposto a referendum il 21 novembre 2005 (respinto dal 58% ca. degli elettori), il cui art. 35(3) stabiliva che «abortion is not permitted except as may be provided for by an Act of Parliament».

⁵⁷ Non a caso, il testo delle disposizioni penali citate richiama in modo quasi identico quelle contenute negli artt. 58-59 dell'*Offences against the person Act* britannico del 1861, tuttora applicabile nel Regno Unito salve le eccezioni in materia di aborto contenute nell'art. 1 dell'*Abortion Act* del 1967.

dalle forze dell'ordine e sottoposti a procedimento penale per aver violato la disciplina penale sopra riportata.

Tra le questioni giuridiche sollevate, meritano soprattutto attenzione quelle relative alla presenza di una lacuna nell'ordinamento legislativo che impedisca di rendere effettivo il diritto all'aborto nei casi previsti dall'art. 26(4) Cost. ed alla possibile incostituzionalità degli artt. 159 e 160 c.p. rispetto agli artt. 26(1) – diritto alla vita – 28 (dignità umana) e 29 (libertà e sicurezza della persona) Cost.

Con riferimento alla prima questione, la Corte premetteva che la protezione della vita prenatale (*unborn life*) rappresentava un'esigenza – costituzionalmente riconosciuta – valida sul piano legale per imporre limiti all'interruzione volontaria della gravidanza, essendosi in presenza di beni fondamentali bisognosi di eguale protezione. Ciononostante, sia la Costituzione keniana, sia la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW)⁵⁸ contribuiscono alla definizione di una cornice legale che contempla e tutela i diritti riproduttivi delle donne.

Di conseguenza, la Corte riconosceva che la possibilità di accedere ad un aborto sicuro costituisce un diritto fondamentale – a sua volta legato ad altri diritti umani (vita, salute, *privacy*, divieto di trattamenti inumani e degradanti)⁵⁹ – con la conseguenza che «forcing someone to carry an unwanted pregnancy to term, or forcing them to seek out an unsafe abortion, is a violation of their human rights, including the rights to privacy and bodily autonomy»⁶⁰.

Il riconoscimento del valore “fondamentale” dell'interruzione di gravidanza ed il riferimento al legame tra quest'ultima e la *privacy* era tuttavia “contenuto” dalla Corte all'interno dei confini già tracciati dall'art. 26(4) Cost.⁶¹: in questo senso, il Legislatore era chiamato – e qui sta il monito giurisdizionale – ad implementare una normativa costituzionalmente orientata che garantisca un effettivo esercizio all'aborto sicuro da parte di tutte le donne keniane nei termini indicati, superando le ambiguità della disposizione costituzionale e dell'assenza di una legislazione circa la definizione delle condizioni per un aborto legale⁶².

⁵⁸ Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979. Il Kenya vi ha aderito alla nel 1984: cfr. C.G. NGWENA, *Inscribing Abortion as a Human Right: Significance of the Protocol on the Rights of Women in Africa*, in *Human Rights Quarterly*, n. 32(4), 2010, pp. 783-864.

⁵⁹ Con riferimento al diritto alla *privacy* (declinata rispetto alle scelte personali di vita), non mancano nella sentenza riferimenti comparati alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 [1965], *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 [1972] e *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 [1973]. Sulla costituzionalizzazione del diritto alla salute nelle Costituzioni africane, cfr. A. LE ROUX-KEMP, *The Recognition of Health Rights in Constitutions on the African Continent: A Systematic Review*, in *African Journal of International and Comparative Law*, n. 24, 2016, pp. 142-157.

⁶⁰ *PAK v. AG*, p. 18.

⁶¹ *Id.*, p. 25: «there exists a direct link between a woman's decision to terminate a pregnancy with the constitutional right to privacy since a matter concerning abortion should be left primarily to the woman who in any circumstance instructive of spirit in Article 26(4) of the Constitution bears the greatest responsibility should she decide to keep or terminate the pregnancy».

⁶² Come già ricordato da A. LE ROUX-KEMP, *The Enforceability of Health Rights in Kenya: An African Constitutional Evaluation*, in *African Journal of International and Comparative Law*, n. 27, 2019, p. 139, «questions still remain as to what kind of medical emergency will actually justify the application of this provision, who can be regarded as a trained health

In questo modo, la Corte pone in rilievo l'esigenza di leggere ed applicare l'art. 26(4) Cost. nella sua integralità, non solo nella parte in cui configura un divieto formale (penalmente sanzionato), bensì anche in relazione a condotte che, ove riconducibili allo specifico tipo costituzionale, sono del tutto lecite. Sul punto, è stato infatti ricordato che «while the penal code includes offences of unlawfully procuring and supplying drugs or instruments to procure an unlawful abortion, there are no corresponding provisions to protect women, girls, and health professionals who fall within the exceptions listed in Article 26(4) of the Constitution when abortions are lawfully permitted»⁶³.

La predetta interpretazione era estesa anche alla legislazione penale oggetto della controversia, la quale – essendo stata adottata nel 1963, ben prima della Costituzione vigente – era divenuta obsoleta (in quanto maturata in un contesto sociale e politico differente)⁶⁴ e deve essere letta «in consonance with the fundamental rights and freedoms enshrined in the Constitution»⁶⁵.

In relazione alla (in)costituzionalità degli artt. 158, 159 e 160 c.p. rispetto all'art. 26(4) Cost., la Corte ha ritenuto di non poter «properly declare certain acts of other organs of government as unconstitutional simply because they bring about results which are in the opinion of the court clearly unjustified»⁶⁶. Tale affermazione trova giustificazione alla luce dell'implementazione concreta di dette disposizioni penali, la cui proibizione totale dell'aborto «gives a sweeping effect to the police to arrest and arraign any such victim on mere suspicion she had intended to breach Section 158 & 159 of the Penal Code»⁶⁷.

Pertanto, le autorità di pubblica sicurezza e giudiziarie non avevano alcuna potestà di agire in relazione alle interruzioni di gravidanza effettuate alla luce della casistica prevista dalla disposizione costituzionale pocanzi citata⁶⁸, con l'effetto che qualsiasi intervento “repressivo” diretto a colpire condotte riconducibili all'art. 26(4) Cost. doveva ritenersi illegittimo. In via uguale e contraria, le sanzioni previste dal codice

professional under these circumstances, how the clinical decision must be made, and the more obvious question, where this leaves women's right to decide over reproduction and their bodily integrity».

⁶³ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, [*A Decade of Existence: Revealing Progress, Reversals, and Betrayal of a National Compromise*](#), June 2020, p. 11.

⁶⁴ *PAK v. AG*, p. 27: «It is now imperative a new act be put in place by the legislature stipulating conditions in which if met would enable a court of law to declare procuring an abortion a criminal offence. The statement of prohibited conduct should be in clear and unambiguous language absorbed into the text of Article 26(4) of the Constitution».

⁶⁵ *Ivi*, p. 33.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *PAK v. AG*, p. 38: «The rationale of the right in Article 26(4) is obvious, given the fact that the police, the Director of Public Prosecutions or any other criminal justice actor, for that matter would not be able to determine the unlawful acts of omission stipulated in the Penal Code on procuring abortion without reference to these provisions of the Constitution. It is in this climate that the sanctity of life is protected. I consider an essential element to this claim as the right of women to make their own decision, uncoerced by the state or others so long as they bring themselves within the provisions of Article 26(4) of the Constitution».

penale sono conformi a Costituzione solo laddove abbiano ad oggetto interruzioni di gravidanza estranee alle eccezioni contemplate dall'art. 26(4) Cost.⁶⁹.

In termini sistematici, la presente sentenza rappresenta un passo ulteriore nel solco tracciato in precedenza dall'importante *FIDA case* (2016), nel quale la *High Court* di Nairobi aveva dichiarato che il diritto alla salute – regolato dall'art. 43(1)(a) Cost. – «is closely linked to Article 26(4) because it protects the right of every person to the highest attainable standard of health, which include the right to health care services, including reproductive health care»⁷⁰.

In concreto, essa aveva censurato la revoca, da parte del Direttore dei Servizi Medici (DMS), degli *Standards and Guidelines for Reducing Morbidity and Mortality from Unsafe Abortion in Kenya (2012 Standards and Guidelines)* e del *National Training Curriculum for the Management of Unintended, Risky and Unplanned Pregnancies (Training Curriculum)*, rilevando che tale decisione privava di ogni efficacia l'art. 26(4) Cost., rendendolo di fatto lettera morta ed incidendo negativamente sul diritto alla salute⁷¹.

In conclusione, la pronuncia della *High Court* di Malindi introduce novità interessanti soprattutto in relazione all'esigenza di tradurre in una dimensione effettiva il diritto all'aborto in Kenya – già formalmente costituzionalizzato – sollecitando il Legislatore a garantire l'esplicazione di un diritto fondamentale (nell'ambito di un più generale diritto alla salute) ed a superare una legislazione penale obsoleta che, spesso applicata dalle forze di pubblica sicurezza *ultra vires* e *contra Constitutionem*, impedisce il pieno rispetto della Legge Fondamentale e dei suoi valori, «by making the law in the books such that the law in action can conform to it»⁷².

4. Alcune considerazioni comparate conclusive

Le sentenze sopra commentate permettono di identificare alcuni spunti metodologici e di interpretazione costituzionale comuni che, nel percorso verso il riconoscimento (formale e sostanziale) di un diritto soggettivo particolarmente controverso, quale è quello all'interruzione volontaria di gravidanza, meritano di essere evidenziati.

⁶⁹ In questo senso, pertanto, «the penal code also fails to recognize medical abortion as a lawful means of procuring abortion within the permitted circumstances. As such, charges are still framed and prosecuted based on the provisions of the penal code as they existed prior to the enactment of the 2010 constitution. This gap in the legal framework limits the ability of judicial officers to determine whether cases charged as abortion-related offences fall within or outside the constitutional exceptions» (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, [A Decade of Existence: Revealing Progress, Reversals, and Betrayal of a National Promise](#), cit., p. 11).

⁷⁰ *The Federation of Women Lawyers (Fida – Kenya) & 3 others v Attorney General & 2 others* (2016), §126.

⁷¹ Ivi, §402.

⁷² R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, n. 44, 1910, p. 36. Sul rapporto tra *law in books* e *law in action* in materia di aborto, cfr. M.A. GRABER, *Rethinking Abortion: Equal Choice, the Constitution, and Reproductive Politics*, Princeton University Press, 1996, pp. 16 ss.

In primo luogo, sia la pronuncia della Corte costituzionale colombiana, sia quella della *High Court* keniana giungono alla configurazione dell'aborto come diritto fondamentale e costituzionalmente garantito attraverso gli schemi dell'interpretazione evolutiva del diritto costituzionale⁷³. Nel primo caso, l'intelaiatura della decisione finale è stata strutturata sulle basi di una ritenuta «modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática de relevancia constitucional que plantea el delito del aborto consentido»⁷⁴.

In particolare, questa modifica è stata ricondotta a quattro fattori “strutturali”: 1) la profonda trasformazione giurisprudenziale intervenuta in ordine alla configurazione della salute come diritto fondamentale autonomo; 2) l'estensione, a partire dalla sentenza C-355/06, della comprensione del tema dell'aborto come problema di diritto costituzionale; 3) la presenza di fonti internazionali (di diverso valore normativo) che estendono il diritto all'aborto oltre la casistica enunciata nella sentenza C-355/06⁷⁵; 4) la centralità delle questioni di genere e della violenza sulle donne, a partire dal 2006, nella giurisprudenza costituzionale colombiana. In parallelo, la *Corte Constitucional* ribadiva l'esistenza di un «carácter dinámico de la Constitución»⁷⁶, nel cui contesto si inseriscono lo sviluppo del diritto alla salute sessuale e riproduttiva, nonché degli obblighi “positivi” in capo allo Stato al fine di rendere effettivi detti diritti.

Tale impostazione non era tuttavia condivisa dal Giudice dissenziente Ibáñez Najar. A suo avviso, da un lato i cambiamenti riconducibili ai punti 1), 2) e 4) avevano natura esclusivamente giurisprudenziale e, in quanto tali, non erano suscettibili all'interno di una lettura evolutiva della Costituzione quale «texto viviente, pues su significado se adapta a los cambios sociales, económicos, políticos y culturales»⁷⁷;

⁷³ È così fatta propria una concezione della Costituzione come «organismo vivente, che affida la vitalità delle sue formule alla loro aderenza alla coscienza sociale, alla loro idoneità ad adeguarsi agli svolgimenti cui essa è sottoposta, e quindi riconosce nell'attività del giudice una funzione creativa di esplicazione e di adattamento dei principi costituzionali» (C. MORTATI, *Prefazione*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milano, 1964, p. XI).

⁷⁴ Sentenza C-055/22, §229.

⁷⁵ Sulla centralità dei trattati internazionali a tutela dei diritti umani già nella Sentenza C-355/06, cfr. S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 97 ss. In termini generali, A. VON BOGDANDY, R. URUEÑA, *International transformative constitutionalism in Latin America*, in *American Journal of International Law*, n. 114(3), 2020, pp. 403-442 e A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONIAZZI, F. PIOVESAN, X. SOLEY, *Transformative constitutionalism in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

⁷⁶ Sentenza C-055/22, §256. Come già evidenziato nella sentenza C-200/19, §114, «una aproximación que niegue el carácter dinámico de la Constitución no sólo no es realista, sino que es indeseable. Dada la dificultad que plantean las reformas constitucionales y ante la inexistencia de los desarrollos legislativos [...], no es razonable suponer que el texto evolucionará de conformidad con las demandas sociales por la vía formal prevista por la misma normativa [...] El reconocimiento del dinamismo constitucional no pretende anular la normativa constitucional a través de reinterpretaciones artificiosas o improvisadas, constatar su ocurrencia requiere de características específicas que muestren los cambios con claridad y que deben de ser analizadas con cuidado en cada caso concreto [...] De hecho, una de las grandes ventajas de la comprensión dinámica del texto constitucional es que logra atender prontamente las necesidades ciudadanas, incluso evita la litigiosidad por vía de tutela y elimina las barreras de eficacia que constantemente se exigen para los derechos fundamentales».

⁷⁷ Da ultimo, sentenza C-233/21, §167.

dall'altro, doveva essere censurata la presunta evoluzione riconducibile al punto 3), poiché «si el significado de la Constitución debe “evolucionar” para, como un texto “viviente”, sobrevivir a todos los pronunciamientos de órganos internacionales, entonces no habría supremacía constitucional sino supremacía de pronunciamientos y estudios de órganos o expertos internacionales»⁷⁸.

In termini analoghi, nel caso keniano l'esigenza di interpretare in modo evolutivo la Costituzione era riproposta mediante il rinvio alla giurisprudenza comparata ed a quella “interna”⁷⁹: si veda sul punto il riferimento al caso *Coalition for Reforms and Democracy (CORD) v Attorney General; International Institute for Legislative Affairs & another (Interested Parties)*⁸⁰, nel quale la *High Court* di Nairobi ha posto le basi della corretta interpretazione costituzionale.

In particolare, spiccano l'esigenza – già espressa dall'art. 259 Cost. – secondo cui «the Constitution shall be interpreted in a manner that promotes its purposes, values and principles; advances the rule of law, and human rights and fundamental freedoms in the Bill of Rights and permits the development of the law»⁸¹ ed il rinvio al caso *S. v. Acheson* (1991) della *High Court* della Namibia, la quale affermò che «the Constitution of a nation is not simply a statute which mechanically defines the structures of government and the relationship between the government and the governed. It is a ‘mirror reflecting the national soul’; the identification of ideals and aspirations of a nation; the articulation of the values bonding its people and disciplining its government»⁸².

Siffatta tecnica interpretativa, peraltro, si inserisce perfettamente nel contesto di una Carta costituzionale recente che rifugge qualsiasi approccio formalistico o di stretto diritto positivo (testualista e/o originalista), come confermano sia diverse disposizioni normative della stessa⁸³, sia l'interpretazione giurisprudenziale successiva⁸⁴.

⁷⁸ *Salvamento de voto del Magistrado Ibáñez Najar*, §71.

⁷⁹ In dottrina, cfr. C. YONGO, *Constitutional Interpretation of Rights and Court Powers in Kenya: Towards a More Nuanced Understanding*, in *African Journal of International and Comparative Law*, n. 27(2), 2019, pp. 203-224.

⁸⁰ [2019] eKLR.

⁸¹ *Coalition for Reforms and Democracy (CORD) v Attorney General*, §76.

⁸² 1991 (2) S.A. 805, p. 813.

⁸³ Cfr. art. 259.1 (Construing this Constitution): «This Constitution shall be interpreted in a manner that— (a) promotes its purposes, values and principles; (b) advances the rule of law, and the human rights and fundamental freedoms in the Bill of Rights; (c) permits the development of the law; and (d) contributes to good governance».

⁸⁴ Cfr. *In Re the Speaker of the Senate & Another v Attorney General & 4 Others*, [2013] eKLR, §156: «It is the duty of the Court to illuminate legal penumbras that Constitution borne out of long drawn compromises, such as ours, tend to create. The Constitutional text and letter may not properly express the minds of the framers, and the minds and hands of the framers may also fail to properly mine the aspirations of the people. It is in this context that the spirit of the Constitution has to be invoked by the Court as the searchlight for the illumination and elimination of these legal penumbras» e *In Re Interim Independent Election Commission*, [2011]eKLR, para [86]: «The rules of constitutional interpretation do not favour formalistic or positivistic approaches (Articles 20(4) and 259(1)). The Constitution has incorporated non-legal considerations, which we must take into account, in exercising our jurisdiction». Sul ruolo delle Corti costituzionali nel continente africano, si veda C.M. FOMBAD, *Constitutional Adjudication in Africa*, Stellenbosch Handbooks in African Constitutional Law, Oxford, 2017.

È suggestivo, inoltre, il fatto che le sentenze della Corte costituzionale colombiana e della *High Court* keniana richiamino ampi e numerosi passaggi di *Roe* tre mesi prima dell'intervenuto *overruling* da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti, fondando l'esistenza di un "nuovo" diritto soggettivo anche sulla base di un analogo diritto che tale non è più in quell'ordinamento⁸⁵: in questo senso, allora, non è fuori luogo provare a chiedersi se, a fronte del "fatto compiuto" sancito da *Dobbs*, la risposta di entrambe le Corti – e, in termini più ampi, di altre Corti dell'America Latina ed africane – sarebbe stata (e sarà, in un futuro prossimo) eventualmente diversa.

In particolare, nel primo caso il rinvio a *Roe* non è solo frutto di un utilizzo del diritto comparato quale «ricognizione di norme e di precedenti giudiziari in qualche modo connessi al caso da decidere»⁸⁶, bensì sembra operare come vera e propria base sostanziale indispensabile per fissare alla ventiquattresima settimana di gestazione il discrimine tra illiceità e liceità delle restrizioni all'aborto, come «momento di raffronto critico, attraverso il quale individuare il principio di diritto che serve a risolvere il caso sottoposto (*giudizio comparativo*)»⁸⁷.

Senza il ricorso a *Roe* e la "forza persuasiva" di tale pronuncia, pertanto, è difficile immaginare in che modo la Corte costituzionale colombiana avrebbe potuto tracciare una linea temporale così netta ed uno schema complessivo così strutturato (in termini di fatto para-legislativi) a proposito dell'interruzione di gravidanza in Colombia.

Si tenga presente, inoltre, che – soprattutto nel continente latinoamericano – il precedente di *Roe* ha rappresentato (anche in ragione della vicinanza ed autorevolezza della Corte Suprema emittente) uno specchio nel quale si sono riflesse le speranze ed aspirazioni di numerose realtà statali che, progressivamente, si sono aperte – in via giurisprudenziale e/o normativa – all'interruzione di gravidanza ed all'estensione dei casi nei quali essa era già ammessa⁸⁸, in una prospettiva che rievoca un *global constitutionalism* quale «idea of constitutionalism and constitutional rights as a shared universal project, based on the notion of liberal cosmopolitanism» e «reality of constitutional courts and judges interacting globally around this notion»⁸⁹.

⁸⁵ Oltre alle numerose citazioni nella sentenza C-355/06, per un ulteriore richiamo latinoamericano a *Roe* si veda la sentenza della Corte Suprema del Brasile, Habeas Corpus n. 124.306/RJ (9 agosto 2016), la quale ha dichiarato che la penalizzazione dell'aborto entro il primo trimestre viola i diritti fondamentali della donna alla salute, all'autodeterminazione ed all'uguaglianza. In dottrina, cfr. A. BRIGO-M. SOUZA, *Legalizzazione e depenalizzazione sociale dell'aborto in America Latina: un'analisi comparata tra Brasile e Argentina*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2, 2022 e M. DE ASSIS MACHADO, R. COOK, *Constitutionalizing abortion in Brazil*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, n. 5(3), 2018, pp. 185-231.

⁸⁶ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 11^a ed., CEDAM, Padova, 2022, p. 86.

⁸⁷ *Ivi*, p. 79.

⁸⁸ In prospettiva, comparata, vedi M. NIJSTEN, *Abortion and Constitutional Law. A Comparative European-American Study*, European University Institute, Florence, 1990.

⁸⁹ I. PORAT, *Towering Judges and Global Constitutionalism*, in R. ABEYRATNE, I. PORAT (a cura di), *Towering Judges*, cit., p. 21.

Ciononostante, la “forza trainante” di *Dobbs* in ordine a possibili limitazioni future all’aborto oltre i confini degli Stati Uniti non può essere data per scontata e dovrà essere valutata considerando le specificità giuridiche che l’hanno animata: dall’impiego di una prospettiva interpretativa di matrice testualista/originalista⁹⁰ che ha pochi eguali presso altre Corti del mondo⁹¹ al tradizionale rifiuto “applicativo” del diritto internazionale da parte della Corte Suprema, passando attraverso l’assenza di una giurisdizione sovranazionale con effetti vincolanti sugli ordinamenti dei singoli Stati (sul modello della Corte di Strasburgo, della Corte Interamericana dei Diritti Umani e, da ultimo, della Corte Africana dei Diritti dell’Uomo e dei Popoli)⁹².

Così come *Roe* non ha impedito l’approvazione di legislazioni sempre più restrittive o, addirittura, proibitive (soprattutto in America Latina), il suo discusso *overruling* non necessariamente è chiamato a spiegare effetti analoghi rispetto a potenziali “aperture” – normative e giurisprudenziali – in ordinamenti molto diversi rispetto a quello statunitense per storia costituzionale, metodi interpretativi e vincoli sovranazionali⁹³.

Peraltro, alcune recentissime sentenze di giudici statali negli Stati Uniti dimostrano come la stessa applicazione di *Dobbs* non sia così lineare⁹⁴ e, soprattutto, vada attentamente “bilanciata” con il rispetto delle Costituzioni dei singoli Stati federati e della parallela giurisprudenza “statale” ivi vigente, oscillando tra l’incostituzionalità di legislazioni restrittive del diritto all’aborto⁹⁵, pronunce che rinvergono l’esistenza

⁹⁰ Si veda R.B. SIEGEL, *Memory Games: Dobbs’ Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism – and Some Pathways for Resistance*, in *Texas Law Review*, n. 101, 2023 (forthcoming). Per un’interpretazione originalista “a difesa” di *Roe*, cfr. J.M. BALKIN, *Abortion and original meaning*, in *Constitutional commentary*, n. 24, 2007, pp. 291-352.

⁹¹ Cfr. la sezione *Comparative Perspectives on Originalism*, in *DPCE Online*, 3, 2017 e Y. TEW, *Originalism at Home and Abroad*, in *52 Columbia Journal of Transnational Law*, n. 52, 2014, pp. 780-850 (con riferimento ai casi di Malesia e Singapore).

⁹² Può essere d’interesse notare che, lo stesso giorno della pubblicazione di *Dobbs*, il Governo brasiliano ha pubblicato una [Dichiarazione](#) (in inglese) nella quale rivendicava le proprie politiche in favore dei diritti del nascituro e del “diritto alla vita” dello stesso. Inoltre, l’Esecutivo brasiliano aveva già indirettamente preso parte al caso *Dobbs*, attraverso la sottoscrizione – da parte di Angela Vidal Gandra Martins (allora Segretaria nazionale della Famiglia nel corrispondente Ministero) – di un *amicus curiae* insieme a 141 accademici, di diverse nazionalità, che invitava la Corte Suprema a superare il precedente di *Roe*.

⁹³ Per C.G. NGWENA, *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization: Comparative Lessons for the African Region*, in www.africanlawmatters.com, 1 July 2022, «African regional jurisprudence is different from the historical tradition developed by *Roe* of framing the right to abortion as right of privacy».

⁹⁴ Un aggiornamento costante degli scenari normativi e giurisprudenziali nei singoli Stati degli Stati Uniti è disponibile in <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/>.

⁹⁵ In questo senso, si veda per tutte la sentenza della Corte Suprema del South Carolina del 5 gennaio 2023 (Opinion No. 28127), p. 24, la quale ha deciso – per tre voti contro due – che «our state constitutional right to privacy extends to a woman’s decision to have an abortion. 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».

(seppur in modo indiretto) di un diritto all'interruzione di gravidanza nel testo delle Costituzioni statali⁹⁶ e sentenze che escludono che la Costituzione del rispettivo Stato contenga un diritto all'aborto⁹⁷.

Si tenga anche presente che, pur a fronte della “soppressione” di un diritto all'aborto valido su tutto il territorio federale, *Dobbs* lascia aperte numerose questioni altrettanto importanti, soprattutto in un'ottica di «interstate abortion conflicts»⁹⁸: tra queste, la punibilità delle donne che viaggiano in Stati diversi da quello di residenza per interrompere la gravidanza; la possibilità di ricavare dal dettato costituzionale eccezioni ad un'eventuale proibizione assoluta dell'aborto (es. in caso di rischio mortale per la vita della donna) o l'adozione di leggi federali che regolino la materia – in senso favorevole o contrario – in tutto il territorio degli Stati Uniti.

Al contrario, in termini speculari rispetto a quanto accaduto all'indomani di *Roe* sia negli Stati Uniti, sia in Irlanda – nei cui ordinamenti tale pronuncia ha rispettivamente «blocca[to], se non addirittura inverti[to], un processo di natura prettamente politica [...] che avrebbe portato, probabilmente, all'adozione di legislazioni di stampo libertario»⁹⁹, da un lato e provocato la costituzionalizzazione del diritto alla vita del feto (con l'adozione, nel 1983, dell'Ottavo Emendamento)¹⁰⁰, in funzione anti-abortionista, dall'altro – *Dobbs* potrebbe fungere da interessante “catalizzatore” per una reazione (giuridica e

⁹⁶ Cfr. *Planned Parenthood Northwest, Hawa'i, Alaska, Indiana, Kentucky, Inc., et al. v. Members of the Medical licensing board of Indiana, et al.* (Circuit Court of Monroe County, Indiana, Special Judge Kelsey B. Hanlon, 22 September 2022, Case No. 53C06-2208-PL-001756), pp. 10-11, in relazione ad una legge dell'Indiana (S.B. 1) che vieta(va) l'aborto, tranne nei casi di stupro, incesto e pericolo sostanziale e irreversibile per la vita della donna. Per il Giudice, «while *Dobbs* has certainly shaken the analytical landscape where federal questions surrounding substantive due process rights are concerned, Indiana Courts are not bound by the *Dobbs* majority analysis in interpreting our Indiana Constitution [...] Abortion was not lawful at the time the Indiana Constitution was ratified. However, this does not foreclose the language of Article I, §1, from being interpreted at this point as protecting bodily autonomy, including a qualified right by women not to carry a pregnancy to term».

⁹⁷ Cfr. Supreme Court of Idaho, *Planned Parenthood Great Northwest v. State of Idaho* (January 5, 2023), p. 3: «we cannot read a fundamental right to abortion into the text of the Idaho Constitution. Since Idaho attained statehood in 1890, this Court has repeatedly and steadfastly interpreted the Idaho Constitution based on the plain and ordinary meaning of its text, as intended by those who framed and adopted the provision at issue. That is our duty as the judicial branch: to sustain the rule of law—not to promote our personal policy preferences».

⁹⁸ D. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground* (draft), in *Columbia Law Review*, n. 123 (forthcoming 2023), p. 5. Sulle numerose controversie attualmente pendenti presso le Corti statali, cfr. <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/state-court-abortion-litigation-tracker>.

⁹⁹ A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., p. 60. Secondo R. BADER GINSBURG, *Speaking in a Judicial Voice*, in *New York University Law Review*, n. 67, 1992, p. 1208, «*Roe* [...] halted a political process that was moving in a reform direction and thereby, I believe, prolonged divisiveness and deferred stable settlement of the issue».

¹⁰⁰ Art. 40.3.3° Cost.: «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».

politica) di tipo *pro-choice*¹⁰¹ o, comunque, contraria alla cristallizzazione di posizioni normative anti-abortiste¹⁰².

In un'epoca storica nella quale il dibattito sul diritto all'interruzione volontaria della gravidanza ed i suoi confini "sostanziali" ha intensamente ripreso vigore in diversi Stati del mondo, il diritto comparato può quindi essere un ottimo strumento per considerare possibili analogie e differenze tra ordinamenti, modelli giurisdizionali e tecniche di interpretazione normativa, ragionando anche sulla più ampia "meta-questione" dei rapporti tra Giudice e Legislatore e del rispettivo ruolo nella corretta definizione di "nuovi" diritti a seconda dell'ordinamento considerato¹⁰³.

¹⁰¹ Sul piano cronologico, una prima sentenza "comparata" di possibile interesse nell'epoca *post-Dobbs* è data da Supreme Court of India, *X versus The Principal Secretary, Health and Family Welfare Department, Govt. of NCT of Delhi & Anr.* (29 settembre 2022), §121, secondo cui «prohibiting unmarried or single pregnant women (whose pregnancies are between twenty and twenty-four weeks) from accessing abortion while allowing married women to access them during the same period would fall foul of the spirit guiding Article 14 [equality before law]».

¹⁰² Il riferimento alla realtà statunitense è obbligato. Con referendum costituzionale del 2 agosto 2022, il 59% ca. degli elettori del Kansas ha respinto l'adozione del *Value Them Both Amendment* (che avrebbe introdotto in Costituzione l'assenza di un diritto all'aborto e rimesso la questione al Legislatore statale) e, in modo analogo, si sono espressi quelli di Kentucky e Montana nel referendum dell'8 novembre 2022. Nel primo caso, essi hanno rifiutato un emendamento costituzionale analogo a quello del Kansas; nel secondo, non è stata accolta l'introduzione del *Born-Alive Infant Protection Act*, in forza del quale «(1) A born-alive infant, including an infant born in the course of an abortion, must be treated as a legal person under the laws of the state, with the same rights to medically appropriate and reasonable care and treatment» e «(2) A health care provider who is present at the time a born-alive infant is born shall take all medically appropriate and reasonable actions to preserve the life and health of the infant» (Section 4). Infine, sempre nella consultazione referendaria dell'8 novembre 2022, gli Stati di California, Michigan e Vermont hanno approvato l'inserimento di un diritto all'aborto nelle rispettive Costituzioni statali.

¹⁰³ In questo senso, «il metodo comparato consente di guardare come, a fronte di problemi apparentemente simili, gli ordinamenti abbiano elaborato risposte differenti in ragione delle diverse tradizioni costituzionali e delle diverse modalità con cui tali problemi sono venuti in rilievo come «questioni costituzionali?» (A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., p. 7).