



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

ANTONIA BARAGGIA

STATI UNITI E IRLANDA
LA REGOLAMENTAZIONE DELL'ABORTO
IN DUE ESPERIENZE PARADIGMATICHE

Seconda edizione



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto pubblico

101

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

ANTONIA BARAGGIA

STATI UNITI E IRLANDA
LA REGOLAMENTAZIONE DELL'ABORTO
IN DUE ESPERIENZE PARADIGMATICHE

Seconda edizione



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0017-4

ISBN/EAN 979-12-211-5011-7 (ebook - pdf)

Il presente libro è stato svolto nell'ambito del progetto Jean Monnet Module "Polaris", finanziato dal programma Erasmus+ (611986-EPP-1-2019-1-IT-EPPJMO-MODULE).

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Ringraziamenti</i>	IX
<i>Introduzione</i>	1
1. La questione dell'aborto: tutela dei diritti e gestione dei conflitti	1
2. Aborto e diritto costituzionale comparato: le ragioni di una scelta	8

CAPITOLO I

L'ABORTO COME "QUESTIONE COSTITUZIONALE"

1. Introduzione	13
2. La costituzionalizzazione dell'aborto in America: le forze sottese a tale processo	15
3. Il caso irlandese nel panorama europeo	18
3.1. Il paradigma tedesco	20
3.2. La costituzionalizzazione dell'aborto in Irlanda e "l'onda lunga" di <i>Roe v. Wade</i>	22
4. Oltre la costituzionalizzazione dell'aborto: riflessioni in ottica comparata	29
5. "Judicial activism" in casi moralmente controversi: la pesante eredità di <i>Roe</i>	34
6. Aborto e CEDU: un "procedural judicial activism"?	38
6.1. La Giurisprudenza CEDU nei confronti della Polonia: una breve digressione	39
6.2. Il caso <i>A.B.C. v. Ireland</i>	43
6.3. Alcuni spunti di riflessione sulla giurisprudenza della CEDU	45
7. "The least examined branch": il ruolo dei legislatori	47

CAPITOLO II

LA REGOLAMENTAZIONE DELL'ABORTO
NEGLI STATI UNITI: DA *ROE* A *DOBBS*

1.	L'aborto negli Stati Uniti d'America	51
2.	Il caso <i>Roe v. Wade</i> e la teoria dei trimestri	53
2.1.	Le implicazioni costituzionali di <i>Roe</i> : una "never ending story"	59
2.2.	<i>Roe</i> e la separazione dei poteri	65
3.	<i>After Roe</i> : una giurisprudenza in "chiaro-scuro"	67
4.	Il caso <i>Webster v. Reproductive Health Services</i>	74
5.	<i>Planned Parenthood v. Casey</i> : la Corte "rivisita" i principi sanciti in <i>Roe</i>	77
5.1.	<i>Casey</i> e l'utilizzo del dato scientifico	81
5.2.	Rileggendo <i>Casey</i> in controluce: "l'auto-coscienza" del ruolo del giudiziario	83
6.	Il ruolo dei "legislatori"	86
7.	<i>Gonzales v. Carhart</i> : premessa per un nuovo paradigma?	88
8.	<i>Whole Woman's Health v. Hellerstedt</i>	91
8.1.	L' <i>undue burden test</i> tra <i>ratio</i> del legislatore ed evidenze scientifiche	96
8.2.	Gli scenari aperti da <i>Whole Woman's Health v. Hellerstedt</i>	98
9.	La Corte ritorna sull' <i>undue burden test</i> : <i>June Medical Services v. Russo</i>	100
10.	Ruth Bader Ginsburg e la questione dell'aborto	103
11.	Il <i>Texas Heartbeat Act</i> come "anticipazione normativa" di <i>Dobbs</i> (e non solo)	108
12.	Il caso <i>Dobbs</i> : una nuova fase per la regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti	113
12.1.	Il <i>legal reasoning</i> di <i>Dobbs</i>	115
12.2.	Il principio dello <i>stare decisis</i>	122
12.3.	<i>Dobbs</i> : una sentenza originalista?	126
12.4.	L'aborto negli Stati Uniti dopo <i>Dobbs</i> . Alcune suggestioni <i>de jure condendo</i>	132

CAPITOLO III

LA REGOLAMENTAZIONE DELL'ABORTO
IN IRLANDA

1.	L'aborto in Irlanda	135
----	---------------------	-----

	<i>pag.</i>
2. L'introduzione dell'VIII emendamento: "a symbolic expression of certain cultural ideals"	138
3. Il caso "Open Door" dalla <i>Supreme Court</i> alla Corte EDU	141
4. "Don't take the 1983 amendment too seriously": il caso <i>Attorney General v. X</i>	142
5. La disciplina dell'aborto tra riforme costituzionali e lacune legislative	145
6. Il caso <i>A. B. and C. v. Ireland</i>	147
7. La decisione della Corte EDU nel caso <i>A. B. and C. v. Ireland</i>	150
8. Il <i>Protection of Life During Pregnancy Act</i>	156
9. I limiti della proceduralizzazione dell'aborto	160
10. Il caso <i>Mellet</i> e la condanna dell'Irlanda da parte dello <i>Human Rights Committee</i> dell'ONU	163
11. <i>Repeal the 8th</i> : una nuova era per l' <i>abortion right</i> in Irlanda?	166
12. Il caso nord-irlandese: la sentenza della <i>UK Supreme Court</i> del 7 giugno 2018	169
12.1. Il rapporto giudice-legislatore nella sentenza della Corte: due visioni a confronto	172
12.2. Dalle corti al legislatore. Ma quale legislatore?	175
13. Aborto, democrazia rappresentativa e partecipativa: la lezione dei casi irlandesi	178

CAPITOLO IV

UNO SGUARDO AL PASSATO PER CAPIRE IL PRESENTE: RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. Diritti e Democrazia: l'aborto nel paradigma del costituzionalismo globale	181
2. <i>Jurisdictio</i> e <i>Legislatio</i> di fronte a scelte eticamente controverse	185
2.1. Il caso americano	185
2.2. Il caso irlandese	188
3. Conclusioni	189
<i>Bibliografia</i>	195

RINGRAZIAMENTI

Questo libro costituisce l'esito di un percorso di ricerca che mi ha condotto a confrontarmi con uno degli aspetti più affascinanti, ma al contempo più sfuggenti, del costituzionalismo contemporaneo: il conflitto tra diritti che rimandano alle questioni ultime dell'esistenza come la vita, la morte, il destino di un individuo.

L'aborto esemplifica, nella forma più radicale, questo tipo di conflitti.

Come possono rispondere gli ordinamenti contemporanei, sempre più segnati dal sorgere di conflitti tra diritti talvolta inconciliabili, a questa sfida?

Da un lato la lotta per il riconoscimento dei diritti non è altro che il naturale prodotto del pluralismo delle società contemporanee, e forse una cifra caratterizzante della condizione umana. Dall'altro gli ordinamenti costituzionali sono chiamati sempre di più a canalizzare il conflitto e mediare tra le diverse posizioni, talvolta attraverso le forme della partecipazione e della rappresentanza democratica, talvolta – ed anzi sempre più spesso – attraverso l'intervento del potere giudiziario.

Si delineano così due possibili percorsi di mediazione tra diritti in conflitto: quello politico e quello giurisdizionale. Talvolta tra di essi vi è un rapporto di feconda interazione; altre volte, invece, il prevalere del modello giurisdizionale di tutela dei diritti si pone in un rapporto di tensione con le istanze democratiche ed è suscettibile di creare polarizzazione ed esacerbare i conflitti stessi.

La sentenza della Corte Suprema Americana, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, con la sua portata dirompente sembra aver squarciato il velo della tensione tra circuito democratico e giudiziario, inaugurando forse una nuova fase della regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti e aiutando a mettere a fuoco tale tensione anche in altri ordinamenti in ottica comparata.

In questo itinerario di ricerca ho cercato di mostrare i due diversi approcci – politico e giurisdizionale – di fronte a diritti in conflitto e le loro conseguenze sul piano costituzionale, analizzando il tema della regolamentazione dell’aborto in due contesti “prototipici”: gli Stati Uniti e l’Irlanda.

Come in tutti gli itinerari, fondamentale è la presenza di volti che rendano meno solitaria l’avventura e permettano, attraverso il confronto e il dialogo, di accogliere punti di vista diversi, di illuminare aspetti trascurati e di avere un supporto nei momenti in cui più difficile sembra la strada.

Per questo non posso che essere grata a queste presenze: innanzitutto la mia Maestra, Lorenza Violini per il costante supporto a questa ed altre mie ricerche e per la preziosa e autorevole guida che ha saputo essere per me in questi anni di lavoro.

Un ringraziamento speciale va a Giuseppe Martinico per la sua amicizia e i preziosi consigli nella stesura di questo lavoro.

Agli amici e colleghi del Dipartimento di Diritto Pubblico devo un sentito e affettuoso grazie, in particolare a Benedetta Vimercati, Giada Ragona, Luca Vanoni, Alessandra Osti, Giulia Formici, Damiano Fuschi.

Sono davvero grata per il supporto nell’attività di ricerca che mi hanno dato in particolare Daniele Camoni, Davide Zecca, Geser Gambaatar, Niccolò Nobile e Lorenzo Bandera, ai quali va un sincero grazie.

Questo lavoro è frutto anche degli anni di insegnamento e di conversazione sul tema dell’aborto nel corso di Diritto Pubblico Comparato, e per questo sono riconoscente ai miei studenti per le discussioni franche e libere che abbiamo avuto in classe.

Infine, non posso che ringraziare, non senza commozione, coloro che più di tutti hanno condiviso quotidianamente con me le fatiche e le scoperte di questo lavoro: i volti della mia famiglia.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La questione dell'aborto: tutela dei diritti e gestione dei conflitti. – 2. Aborto e diritto costituzionale comparato: le ragioni di una scelta.

1. *La questione dell'aborto: tutela dei diritti e gestione dei conflitti*

«Whether meant to or not, law, in addition to all the other things it does, tells stories about the culture that helped to shape it and which it in turn helps to shape: stories about who we are, where we came from, and where we are going»¹.

Tra tutte le leggi ve ne sono alcune che, più di altre, incidendo sugli aspetti fondamentali dell'esistenza, svelano le visioni della società e dell'esperienza umana prevalenti in un dato ordinamento e in un determinato momento storico: la regolamentazione dell'aborto appartiene senza dubbio a tale categoria.

L'aborto, come è noto, ha posto (e pone tutt'oggi) gli ordinamenti costituzionali di fronte ad una serie di *conflitti* paradigmatici che «intrecciano i riflessi di alcuni dei maggiori problemi della filosofia, della morale, della politica, del diritto»².

¹ M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Harvard, 1987, p. 8.

² G. BOGNETTI, *Aborto (voce)*, in *Enciclopedia Treccani*, 1991, p. 7. Come ricordato «la riflessione morale – diretta a valutare in sé e per sé la liceità etica dell'aborto e a orientare in primo luogo la condotta individuale delle persone che potrebbero esservi implicate – si imbatte subito nel problema filosofico della natura del concepito. L'eventuale attribuzione al feto dei caratteri di un essere dotato di anima – e per di più di

Il diritto che cerchi di regolamentare una attività che incide sullo sviluppo di una vita in divenire e, al contempo, sul destino di una vita già in essere, avventurandosi all'incrocio tra ambiti che si collocano in zone di frontiera della conoscenza umana³, si imbatte in una sorta di “incompiuto”, in una serie di conflitti ultimamente, forse, irrisolvibili.

Come ha efficacemente affermato Jamal Greene, «the abortion issue presents a conflict of rights in its purest form»⁴.

Già Laurence Tribe aveva colto la natura conflittuale della regolamentazione dell'aborto con l'efficace formulazione “*the clash of absolutes*” nella sua fondamentale opera sull'impatto costituzionale della sentenza *Roe v. Wade*⁵.

Non sembra, infatti, esservi definizione più calzante per quello che balza agli occhi del giurista come un tema mai definitivamente risolto a causa della radicalità delle posizioni giuridiche in rilievo. Gli “assoluti” richiamati da Tribe sono i diritti dei soggetti che si impongono di fronte alla decisione di abortire: da un lato, il diritto della donna di disporre liberamente del proprio corpo nonché il suo diritto alla vita e alla salute; dall'altro, il diritto alla vita del nascituro.

Queste posizioni giuridiche, che paiono concettualmente incommensurabili, poggiano su premesse talmente divergenti che, come ha sostenu-

un'anima immortale, secondo quanto ritengono le grandi religioni universalistiche – comporta la necessità logica di applicare ad esso tutto il rispetto dovuto agli esseri umani nati e viventi e in particolare in tutti i principi che governano, riguardo a questi, i casi eccezionali in cui è lecito sacrificarne con atto commissivo la vita [...]. Qualora si risolvesse in modo diverso il problema filosofico della natura del concepito e del momento dell'acquisto di quella “personalità” umana cui si ricollega il rigoroso dovere del rispetto della vita [...], il problema morale della liceità dell'aborto muta i suoi termini, ma non è, naturalmente, eliminato».

³ Come ricorda H. ARENDT, *Vita activa: la condizione umana*, Bompiani, Milano, 2017, «il problema della natura umana [...] pare insolubile sia nel suo senso psicologico individuale sia nel suo senso filosofico generale. È molto improbabile che noi, che possiamo conoscere, determinare e definire l'essenza naturale di tutte le cose che ci circondano, di tutto ciò che non siamo, possiamo mai essere in grado di fare lo stesso per noi: sarebbe come scavalcare la nostra ombra».

⁴ J. GREENE, *How Rights Went Wrong*, Harper Collins, Boston, 2021.

⁵ L. TRIBE, *Abortion. The Clash of Absolutes*, W.W. Norton Company, New York, 1990.

to MacIntyre, «are such that we possess no rational way of weighting the claims of one as against the other»⁶.

Come possono dunque rispondere gli ordinamenti costituzionali investiti della risoluzione di tali radicali conflitti? Chi deve decidere, in una democrazia consolidata, questioni moralmente controverse? Come ricomporre gli inevitabili conflitti in un contesto di società plurale in cui «rights are everywhere, but we disagree, intensely and in good faith, about what rights to protect?»⁷.

Questa domanda è tanto più pressante oggi, in un contesto in cui, da un lato, sempre più spesso, le Corti sono chiamate a pronunciarsi sul conflitto tra diritti e principi che sottendono scelte eticamente complesse e, dall'altro, il circuito democratico rappresentativo sembra sempre più incapace di normare questioni controverse e divisive e risulta investito da una crescente sfiducia nella sua capacità di governare la complessità.

Due sono i possibili modelli che si possono individuare nell'analisi comparata: il modello che definiamo di matrice giurisprudenziale e quello di matrice politica.

Il modello giurisprudenziale ha rappresentato la cifra caratterizzante dell'approccio degli ordinamenti costituzionali del XXI Secolo verso la spinosa questione dei diritti sottesi all'aborto, e si è espresso precipuamente attraverso il ricorso alla tecnica bilanciamento dei diritti o interessi⁸.

L'emblema di tale modello è il caso americano, in cui la Corte Suprema, come vedremo, bilanciando gli interessi e i diritti sottesi alla decisione abortiva, ha ricavato un diritto costituzionale all'aborto. Alla tecnica del bilanciamento è ricorsa per esempio anche la Corte Costituzionale italiana, la quale «nel bilanciare l'interesse costituzionalmente protetto alla tutela del concepito (ricavato dal combinato disposto degli art. 31

⁶ A. MACINTYRE, *After Virtue: A study in Moral Theory*, 2nd. ed., Notre Dame University Press, 1984, pp. 6-8.

⁷ J. GREENE, *How Rights went wrong*, cit., p. XV.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65-103. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

comma 2 e 2 Cost.) e il diritto alla salute della madre (art. 32 Cost.), [...] ha ritenuto che quest'ultimo subiva una compressione sproporzionata, nella misura in cui la fattispecie non prevedeva che la gravidanza potesse venir interrotta quando l'ulteriore gestazione avesse implicato danno, o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre»⁹.

Questa prospettiva dominante si è tuttavia rivelata in ultima analisi insoddisfacente¹⁰, proprio per la radicalità dei diritti e degli interessi in rilievo: come ha sottolineato attenta dottrina, «il tema dell'aborto si pone [...] al centro del dibattito giuridico e richiede risposte che solo apparentemente si muovono ancora sul piano del bilanciamento dei diritti costituzionali in gioco»¹¹.

Tale problematicità circa l'efficacia delle tecniche di bilanciamento in casi eticamente divisivi assume particolare rilievo se proiettata nell'orizzonte del c.d. *new constitutionalism*¹², che si caratterizza proprio per il rifiuto del «tradizionale sillogismo giudiziario della sussunzione nella fattispecie legislativa e valorizza al massimo grado il metodo del cosiddetto

⁹ A. MORRONE, *Bilanciamento (voce)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo II, Milano, 2008, pp. 185-204.

¹⁰ Critico rispetto al tema del bilanciamento è M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2014, p. 27: «Sia la dottrina costituzionalistica contemporanea che la giurisprudenza (costituzionale e non) si illudono, sovente, di risolvere tutti i casi difficili ricorrendo al *tópos* del bilanciamento. Bilanciare tra valori o principi concorrenti o confliggenti: questo l'imperativo primario cui gli operatori giuridici sarebbero assoggettati nello Stato costituzionale di diritto, conformandosi al quale ogni problema di interpretazione e di applicazione sarebbe risolto. Non è questa la sede per mostrare perché e quanto si tratti, appunto, di un'illusione e basterà osservare che lo statuto storico, logico e – quindi – giuridico dei valori e dei principi non è il medesimo». L'autore è anche critico circa l'esistenza di valori non bilanciabili (per esempio la dignità umana); per tale argomento si veda M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Jovene, Napoli, 2009, p. 1055 ss.

¹¹ M. D'AMICO, *Donne e Aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 108 ss.

¹² R. HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11(1), 2004, p. 71 ss.

‘bilanciamento’ tra principi, laddove si tratti di assumere decisioni su casi controversi»¹³.

Negli ordinamenti in cui più evidente è la giuridicizzazione delle controversie in materia di aborto, come nel caso americano, si è determinata una iper-polarizzazione e si è cancellato ogni spazio di possibile mediazione politica tra visioni opposte. Del resto se «the purpose of politics is to negotiate over disagreement»¹⁴, al contrario quando i giudici affrontano un conflitto tra diritti, «they cancel one right to the other»¹⁵.

Questa tensione tra dimensione politica e giurisdizionale della tutela dei diritti rappresenta il baricentro di una delle questioni più complesse degli ordinamenti contemporanei: il rapporto tra democrazia e costituzionalismo, brillantemente evidenziato, tra gli altri¹⁶ da Martin Loughlin nel suo recente libro, *Against Constitutionalism*¹⁷. Come afferma l’Autore, nella moderna declinazione del costituzionalismo «judges have become the arbiters of constitutional meaning. It is true that such power is subject to institutional constraints: courts have no independent power of initiative, they must restrict their decisions to the issue at hand, and they must conform to the convention of rational argumentation. But judges now have the power to determine the conditions of “political right”, and in so doing they have arrogated the critical role of overseeing the political process»¹⁸.

Il tema dell’aborto, sia nella sua dimensione nazionale che sovranazio-

¹³N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. Cost.*, 4, 2015, p. 919. L’A. individua altre caratteristiche salienti del c.d. neo-costituzionalismo, per esempio il fatto che esso ritenga che nell’operazione di bilanciamento «il testo della disposizione di riferimento non abbia decisiva importanza, e invece acquisiscano maggior rilievo le caratteristiche concrete del caso da decidere, insieme a canoni interpretativi – come il giudizio di ragionevolezza o il test di proporzionalità – nei quali il contenuto della decisione normativa (la *voluntas* dell’atto politico ‘legge’) è soverchiato dalla *ratio* che l’interprete gli attribuisce».

¹⁴J. GREENE, *How Rights went wrong*, cit., p. XXIX.

¹⁵*Ibidem*.

¹⁶La tensione tra democrazia e costituzionalismo è anche al centro della fondamentale opera di T. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, SugarCo, Carnago, 1992.

¹⁷M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, Harvard, 2022.

¹⁸M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, cit., p. 134.

nale, si pone al cuore di questa tensione tra ruolo della giurisprudenza e ruolo degli strumenti di democrazia in scelte moralmente connotate¹⁹, rappresentando forse uno dei casi di studio più emblematici in prospettiva comparata.

Accanto al modello dominante di matrice giurisprudenziale, infatti, l'analisi comparata ci offre un secondo interessante modello in cui la regolamentazione dell'aborto è stata affidata, in via preminente, al circuito politico-rappresentativo e, finanche, a istituti di democrazia partecipativa. È questo il caso, per esempio, delle esperienze tedesca, argentina e irlandese, sulla quale, in particolare, ci si soffermerà diffusamente nel presente contributo. In tutti questi casi si è sviluppato un proficuo dialogo tra le istanze democratico-rappresentative e il potere giudiziario che è sovente intervenuto definendo i confini costituzionali della questione, lasciando tuttavia alla mediazione politica la determinazione delle soluzioni di dettaglio: «it is not that Germany has a perfect regime of abortion regulation, but rather that a complex and divisive political issue has become a subject of genuine politics – within the bounds set by the Federal Constitutional Court»²⁰.

Questi modelli esemplificano perfettamente la recente tesi di Roberto Gargarella, il quale considera il dialogo e il processo democratico come fondamentali per la risoluzione dei conflitti in società plurali: riferendosi ai casi argentino e irlandese di regolamentazione dell'aborto, l'autore sostiene, infatti, che:

«The strength and value of these examples is [...] extraordinary [...]. These examples help us to recognize fundamental issues, including: (i) contrary to what much of legal theory has forcefully and long resisted, meaningful “democratic” discussion of our fundamental rights is both possible and desirable; (ii) the spheres of rights and democracy are inti-

¹⁹ Come afferma S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, CEDAM, Padova, p. 22, nelle democrazie costituzionali consolidate, «i giudici non possono evitare di assumere decisioni morali. Le leggi e le costituzioni non sono mai esaustive, i conflitti tra diritti carichi di forti implicazioni morali sono frequentemente inevitabili; e anche alcuni principi – si pensi al *due process* nei sistemi di *common law* – hanno implicazioni morali in grado di produrre un forte impatto sul sistema».

²⁰ J. GREENE, *How Rights went wrong*, cit., p. 131.

mately connected, not separate [...], (iii) decisions on issues of public interest can be reached through deliberative inclusive conversation, as long as we strictly respect the demanding implications of those two adjectives: there must be effective debate, where people criticize each other and change their minds; and inclusive debate, one that is literally open to “all” people and makes genuine effort to include as wide a variety of perspectives as possible»²¹.

Quella messa in luce da Gargarella rappresenta un’interessante prospettiva per analizzare il futuro della regolamentazione dell’aborto negli Stati Uniti all’indomani della sentenza *Dobbs*, che, come vedremo, seppur altamente problematica, è suscettibile di rinviare la componente dialogica e partecipativa della democrazia americana, oggi estremamente polarizzata.

Il caso americano e quello irlandese sono i due modelli prototipici rispettivamente dell’approccio giurisdizionale e dell’approccio politico al tema dell’aborto che verranno analizzati nel presente contributo in prospettiva comparata. Prospettiva che si rivela preziosa al fine di svelare la peculiarità delle scelte normative e giurisprudenziali, riconducibili alle storie e identità dei diversi ordinamenti costituzionali, nonché al fine di riscoprire – in uno spazio per molto tempo dominato dal potere giudiziario – il potenziale delle istituzioni della rappresentanza politica nella composizione dei conflitti.

In particolare, 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 modalità con cui tali problemi sono venuti in rilievo come “*questioni costituzionali*”. Se è vero che, come afferma Kommers, una delle funzioni del diritto comparato è quella di identificare punti di convergenza nel diritto costituzionale delle democrazie avanzate e che tale funzione diviene ancora più interessante nel caso di temi così controversi come le questioni etico-scientifiche, perché è lì «where the laws or jurisprudence of advanced democracies converge»²², è altrettanto vero che è proprio nella diversità

²¹ R. GARGARELLA, *The Law as a Conversation among equals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 319.

²² D.P. KOMMERS, *Autonomy, Dignity and abortion*, in T. GINSBURG, R. DIXON (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Elgar Publisher, Cheltenham, 2011, p. 441.

che il giurista comparatista scopre quelle specificità che permettono di dare conto di una particolare evoluzione dell'ordinamento e di guardare, al di là degli esiti, le peculiari vicende costituzionali che si sono susseguite alla luce della più generale evoluzione del costituzionalismo moderno.

2. *Aborto e diritto costituzionale comparato: le ragioni di una scelta*

I modelli americano e irlandese di regolamentazione dell'aborto sono stati considerati, almeno originariamente²³, agli antipodi²⁴.

Nel primo, come è noto, a seguito della sentenza della Corte Suprema *Roe v. Wade*²⁵, all'aborto è stato riconosciuto lo *status* di diritto costituzionale. Si era qui imposta una visione libertaria che considerava la scelta abortiva come manifestazione della libertà della donna, ancorata nel diritto alla *privacy* e nella *due process of law clause*; una visione che negava al feto²⁶ non ancora nato la qualifica di persona ai sensi del XIV Emendamento.

²³ Sottolineo il termine originariamente, in quanto, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo del lavoro, i due ordinamenti, pur partendo da posizioni agli antipodi, nel corso del tempo hanno mostrato significative convergenze: negli Stati Uniti il paradigma introdotto dalla Corte Suprema con la sentenza *Roe v. Wade* ha subito nel tempo significative rimodulazioni, che ne hanno attenuato la portata, anche ad opera dell'intervento dei legislatori statali (secondo i dati del Guttmacher Institute, nel 2011-2013 sono state approvate a livello statale più leggi restrittive del diritto all'aborto che in tutto il decennio precedente, si veda per ulteriori dati Guttmacher Institute, *An Overview of Abortion in the United States* (Jan. 2014), disponibile al sito www.guttmacher.org); al contrario, l'Irlanda, uno dei paesi fino ad ora con una delle legislazioni più restrittive, ha dovuto affrontare la richiesta di liberalizzare la disciplina abortiva che, come si vedrà nel cap. III ha portato all'indizione del referendum popolare per l'abrogazione dell'art. 40.3.3 della Costituzione.

²⁴ La giustificazione della scelta dei due casi poggia sull'approccio metodologico definito da Hirschl, «the most different cases» approach». Si veda R. HIRSCHL, *Comparative Matters, The Renaissance of Comparative Constitutional law*, Oxford, 2014, p. 253 ss.

²⁵ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

²⁶ Sebbene l'esito che nega al feto la qualità di persona sia chiaro, il giudice Blackmun, nell'*opinion* del caso *Roe*, non può esimersi dal lambire il tema dello *status* del

Nel secondo ordinamento si è assistito, per molto tempo, ad un trend antitetico e a tenore del quale, proprio al fine di evitare un esito analogo a quello sperimentato oltreoceano, si è giunti alla approvazione di un emendamento alla Costituzione (art. 40.3 Cost. irlandese) con cui si sancisce la protezione della vita del nascituro fin dal concepimento, rendendo l'aborto soluzione esperibile solo in casi del tutto residuali, quando vi sia un conflitto reale tra la vita della donna e quella del feto. La soluzione irlandese, con il porre in capo allo Stato il dovere di tutelare la posizione giuridica del feto si colloca nell'alveo dell'esperienza europea continentale che, a partire dal caso tedesco, ha mostrato una visione più attenta alla dimensione sociale dell'esistenza individuale e più sensibile nei confronti della vita, ancorché potenziale, del nascituro²⁷.

In questa tangibile distanza tra i due ordinamenti, si può però cogliere un punto di vicinanza: pur giungendo ad esiti opposti e pur attraverso percorsi peculiari (uno in via interpretativa, l'altro tramite una revisione costituzionale), entrambi i sistemi hanno "attratto" nel livello costituzionale la regolamentazione dell'aborto. E tale "costituzionalizzazione" dell'aborto, avvenuta in contesti di forte polarizzazione del conflitto sociale, se poteva astrattamente essere considerata come un mezzo di composizione di tale conflitto, di fatto ha prodotto, in entrambi gli ordinamenti, effetti contrari.

Molti commentatori, anche notoriamente *pro-choice*, hanno rimprove-

concepito. Sebbene egli apparentemente sembri evitare di addentrarsi nel tema, la soluzione proposta, che porterà all'introduzione della teoria dei trimestri contiene in sé una valutazione circa tale questione. Nell'*opinion* si legge: «We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer». E tuttavia, la questione come rileva Balkin «reemerged in a different way. None of the Justices believed that the right to abortion extended to the very moment of birth». Era dunque necessario per il giudice Blackmun decidere «when the life of getus 'began', at least to the extent of deciding when the state's interest in protecting the fetus become compelling», J.M. BALKIN, *Preface*, in J.M. BALKIN (a cura di), *What Roe v. Wade Should have said*, New York University Press, New York-London, 2005, p. 9.

²⁷ In Germania il riconoscimento di un diritto ad abortire ha trovato sin da subito un ostacolo sostanziale nella tutela della dignità umana (*ex art. 1 GG*) e della vita (*ex art. 2 GG*), per cui si veda *Infra*, Cap. I.

rato alla Corte Suprema americana di aver radicalizzato lo scontro, cristallizzando a livello costituzionale e per via interpretativa una soluzione che eludeva la portata divisiva dell'aborto, tanto nella coscienza sociale quanto nelle soluzioni adottate dai legislatori statali. Simili considerazioni si possono in ugual modo estendere, anche se *a contrariis*, al caso irlandese: l'aver cristallizzato in Costituzione la protezione della vita del nascituro, rendendo l'aborto illegittimo in tutte le circostanze, ad eccezione che per salvare la vita della donna, ha esacerbato il conflitto sociale. Ne sono dimostrazione l'irrompere nelle aule dei tribunali di eventi drammatici come il caso *X*²⁸, che hanno alimentato una intensa campagna finalizzata ad emendare proprio l'art. 40.3 della Costituzione irlandese.

Guardando a queste due esperienze dal punto di vista del costituzionalista comparatista ciò che balza agli occhi è che, ciò che viene comunemente chiamato "costituzionalizzazione" dell'aborto, in realtà è più propriamente la costituzionalizzazione di un determinato bilanciamento tra i diritti e gli interessi in rilievo: nel caso americano in favore della libertà di scelta della donna; nel caso irlandese in favore del diritto alla vita del nascituro.

Esiti diversi che, in entrambi gli ordinamenti, sono stati recentemente sovvertiti: come noto, da un lato in Irlanda è stata introdotta una legislazione che consente l'aborto entro la dodicesima settimana di gestazione, mentre negli Stati Uniti, la Corte suprema ha, in maniera senza dubbio problematica, sancito l'*overruling* di *Roe* e ha dunque privato di tutela costituzionale (a livello federale)²⁹ il diritto all'aborto che la Corte stessa aveva ricavato dalle maglie del dettato costituzionale.

Molteplici sono le domande che si aprono tanto di fronte all'evoluzione storica dei due ordinamenti, quanto rispetto alle loro più recenti evoluzioni che hanno condotto a una sorta di "inversione" tra di essi: in particolare ci si può chiedere se sia auspicabile la costituzionalizzazione di

²⁸ *Attorney General v. X*, IESC, 1992, 1.

²⁹ Con *Dobbs*, come noto, la Corte Suprema ha privato di tutela costituzionale il diritto all'aborto limitatamente al novero dei diritti sanciti dalla Costituzione federale. Nulla impedisce che l'aborto sia garantito come diritto fondamentale da emendamenti alle Costituzioni dei singoli Stati o comunque sia riconosciuto come "diritto della Costituzione dello Stato" per via pretoria da una Corte statale come avvenuto recentemente in Kansas, ad opera della Corte Suprema dello Stato, in *Hodes-Nausser v. Schmidt* (2019).

una determinata scelta normativa (che sottende un determinato bilanciamento dei diritti in rilievo), laddove il bilanciamento è in sé strumento flessibile di contemperamento dei diritti in società sempre più divise e pluraliste. E ancora, se di costituzionalizzazione si è parlato per entrambi i casi, ci si può chiedere, attraverso l'analisi comparata, se si tratti di fenomeni analoghi, che sottendono le medesime prerogative e le medesime dinamiche o si tratti invece di fenomeni distinti. In altri termini, è necessario chiedersi, per dirla con le parole della Glendon: «what stories are being told in this bodies of law at the present time?»³⁰.

Queste riflessioni, ci conducono, all'ultima cruciale questione che si impone allo studioso di diritto comparato che voglia indagare il ruolo del costituzionalismo di fronte a questioni eticamente, giuridicamente e scientificamente controverse³¹ come, fuor di dubbio, quella dell'aborto: a chi spetta, in un ordinamento democratico, compiere tale valutazione, pensando su una bilancia la vita e la libertà di due soggetti? E quali sono gli strumenti più idonei per comporre, se mai possibile, tale tensione? Come vedremo, l'analisi – tanto diacronica che sincronica – dei casi americano e irlandese, con le loro convergenze e divergenze, offre interessanti spunti per riflettere su tali fondamentali questioni del costituzionalismo contemporaneo.

³⁰ M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, cit., p. 8.

³¹ L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 13.

CAPITOLO I

L'ABORTO COME "QUESTIONE COSTITUZIONALE"

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La costituzionalizzazione dell'aborto in America: le forze sottese a tale processo. – 3. Il caso irlandese nel panorama europeo. – 3.1. Il paradigma tedesco. – 3.2. La costituzionalizzazione dell'aborto in Irlanda e "l'onda lunga" di *Roe v. Wade*. – 4. Oltre la costituzionalizzazione dell'aborto: riflessioni in ottica comparata. – 5. "Judicial activism" in casi moralmente controversi: la pesante eredità di *Roe*. – 6. Aborto e CEDU: un "procedural judicial activism"? – 6.1. La Giurisprudenza CEDU nei confronti della Polonia: una breve digressione. – 6.2. Il caso *A.B.C. v. Ireland*. – 6.3. Alcuni spunti di riflessione sulla giurisprudenza della CEDU. – 7. "The least examined branch": il ruolo dei legislatori.

1. *Introduzione*

Come tutte le questioni che attengono all'esistenza umana, anche l'aborto interroga il diritto e gli ordinamenti costituiti, ponendoli di fronte al tema della regolamentazione della complessa trama dei rapporti sociali e delle esigenze che, continuamente, da essi promanano. Vi sono momenti nella storia degli ordinamenti in cui l'incessante moto delle istanze sociali cessa di essere un fenomeno carsico per affiorare, non senza avvisaglie, in superficie, imponendosi nell'orizzonte costituzionale¹. Questo è

¹ Questa affermazione è vera a maggior ragione oggi, laddove il progresso scientifico e tecnologico, il mutamento nei costumi e nella coscienza sociale porta all'emergere di nuove istanze che chiedono di essere riconosciute e regolamentate. Questo è vero in molti campi della procreazione (si pensi al tema della procreazione medicalmente assistita, soprattutto di quella eterologa, al tema della surrogazione di maternità, al tema dell'utilizzo degli embrioni creati a seguito di tali pratiche); si pensi agli ambiti della sperimentazione genetica o a quello più recente dell'intelligenza artificiale. Il diritto costitu-

quello che è avvenuto, a partire dagli anni Settanta del XX secolo, negli Stati Uniti e in Europa, laddove, con echi ed influenze reciproche, la questione dell'aborto è uscita dall'alveo del confronto politico per assumere i toni del conflitto tra diritti o posizioni costituzionalmente protette.

Occorre sin da subito precisare cosa si intende, ai fini della presente indagine con "costituzionalizzazione dell'aborto". Il termine infatti, pur ricorrendo in dottrina (soprattutto in quella americana) non assume un significato univoco². Con tale espressione ci si riferisce qui al processo che ha portato a leggere l'aborto attraverso gli argomenti del diritto costituzionale (in termini di bilanciamento tra diritti) e conseguentemente ha sollecitato l'intervento delle Corti al fine di verificare quali fossero i diritti e il corretto bilanciamento tra gli stessi ricavabile dal testo costituzionale.

Come è stato osservato, «to move to take an issue like abortion to a constitutional court for judgment is not just bumping 'politics as usual' up to another policy making body. Instead, courts are distinctively legal institutions. They operate with a strong, partially autonomous legal ideology that results in issue being framed in particular and unique ways»³.

In particolare l'aver spostato il tema dell'aborto dal piano politico al piano costituzionale ha mutato i termini della questione, eliminando «the gradualist or compromise solutions to contentious problem»⁴.

Come si vedrà guardando ai due casi emblematici di Irlanda e Stati Uniti, l'aver cristallizzato a livello costituzionale un determinato bilanciamento tra i diritti e gli interessi contrapposti dei soggetti coinvolti nella decisione abortiva, invece di fornire un ambito di composizione del conflitto tra le diverse visioni presenti nel tessuto sociale, lo ha radicaliz-

zionale di fronte a tali e profondi cambiamenti, atti ad incidere sulla natura della *polity* stessa e dei rapporti sociali, si trova a cogliere la sfida affascinante di tracciare i confini entro cui queste istanze possano legittimamente muoversi e svilupparsi, senza minare le fondamenta del vivere comune.

² R. SIEGEL, *The Constitutionalization of abortion*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS, *Abortion Law in Transnational Perspective*, University of Pennsylvania Press, 2014, p. 16 ss.

³ K. LANE SCHEPPELE, *Constitutionalizing Abortion*, in M. GITHENS, D. MCBRIDE STETSON (a cura di), *Abortion Politics: Public Policy in Cross-Cultural Perspective*, Routledge, 1996, p. 30.

⁴ *Ibidem*.

zato, facendo dell'aborto una delle questioni più divise, tanto della storia recente americana che irlandese.

Non così è stato in altre esperienze europee, come la Germania, il Regno Unito e l'Italia: pur essendo anche tali esperienze attraversate da una certa contrapposizione sociale, le soluzioni normative e giurisprudenziali hanno saputo contenere il conflitto nell'alveo di una legislazione che riconosceva al contempo l'interesse per la tutela della vita prenatale, e il diritto di libertà della donna, entro certi margini.

2. *La costituzionalizzazione dell'aborto in America: le forze sottese a tale processo*

Roe v. Wade è, insieme a *Brown v. Board of Education*, una delle più controverse sentenze della Corte Suprema americana. Giovanni Bognetti, con il solito acume, rilevava la portata rivoluzionaria delle sentenze *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolton*⁵ pronunciate dalla Corte Suprema americana nel 1973, affermando che solo a partire da allora, «per la prima volta nella storia generale del diritto costituzionale»⁶ la libertà di abortire è venuta in rilievo quale diritto costituzionalmente protetto. Come vedremo, con la sentenza *Roe v. Wade*, la Corte Suprema ha riconosciuto l'esistenza, alla luce del XIV Emendamento, di un diritto della donna ad abortire, quale diritto di libertà comprimibile dallo Stato, in astratto, solo a partire dal settimo mese di gravidanza. Avremo modo di analizzare in dettaglio la sentenza. Quello su cui interessa al momento soffermarsi sono le ragioni che hanno portato la Corte Suprema americana ad assumere una posizione così liberalizzatrice e così netta in un ambito in cui, ancora oggi, le certezze si intrecciano con numerosi dubbi.

Una simile indagine non può che volgere lo sguardo al contesto storico e sociale che precede la decisione della Corte Suprema. Prezioso, a

⁵ *Doe v. Bolton*, 410 US 179 (1973). Le due sentenze *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolton*, pur avendo ad oggetto profili diversi rispettivamente della legge del Texas e della legge della Georgia sulla regolamentazione dell'aborto, furono decise lo stesso giorno dalla Corte Suprema.

⁶ G. BOGNETTI, *Aborto* (voce), cit., p. 7.

questo proposito, è il contributo di Reva Siegel e Linda Greenhouse⁷, che hanno analizzato il contesto politico e culturale precedente la sentenza *Roe v. Wade*. Le autrici individuano alcuni fattori che hanno segnato l'ingresso del dibattito sull'aborto nell'opinione pubblica, da un lato spingendo verso politiche di liberalizzazione, dall'altro generando reazioni di opposizione da parte di alcune componenti della società.

Come si avrà modo di approfondire nel Capitolo II, fino alla sentenza *Roe*, la regolamentazione dell'aborto era un ambito lasciato alla legislazione statale e la situazione, all'indomani dell'approdo del caso *Roe* alla Corte Suprema, era piuttosto variegata: la legislazione della maggioranza degli Stati americani, di stampo ottocentesco, si attestava su posizioni restrittive, prevedendo un quasi assoluto divieto di interruzione volontaria della gravidanza, accompagnato dalla previsione di sanzioni per chiunque aiutasse la donna ad abortire in qualsiasi momento della gravidanza, ad eccezione del caso in cui la vita della donna fosse in pericolo. Un terzo degli Stati americani, a partire dal secondo dopoguerra, aveva intrapreso la strada di una contenuta liberalizzazione dell'aborto, laddove si legittimava il medico ad interrompere la gravidanza, in qualsiasi stadio e su richiesta della donna qualora la vita della gestante, la sua salute fisica e psichica fossero in pericolo o nel caso in cui il bambino fosse afflitto da gravi difetti fisici e/o mentali o, ancora, quando la gravidanza fosse la conseguenza di violenza o incesto⁸.

Si trattava di un nuovo corso nella regolamentazione dell'aborto, che, come rilevano Siegel e Greenhouse, era il frutto di un inedito "significato" assunto dalla questione dell'aborto nel dibattito politico e sociale; un significato sostenuto da argomenti tanto potenti e convincenti da riuscire ad indurre alcuni Stati a muovere dalla legislazione restrittiva di stampo ottocentesco ad una legislazione che consentiva l'aborto in specifiche circostanze.

Determinanti furono quattro diversi argomenti: il tema degli aborti clandestini e le conseguenze sulla salute delle donne⁹; l'esplosione della

⁷ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *Before (and after) Roe v. Wade: new Questions about Backlash*, in *The Yale Law Journal*, 120, 2011 p. 2028 ss.

⁸ G. BOGNETTI, *Aborto*, cit.

⁹ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *Before (and after) Roe v. Wade: new Questions about Backlash*, cit., p. 2036. Il tema della salute delle donne era al centro anche delle pres-

bomba demografica e il suo impatto sulla sostenibilità ambientale; la rivendicazione di una libertà nella sfera sessuale e, infine, – anche se più tardivamente – la questione “femminista” che spinse verso il riconoscimento dei diritti della donna nella società¹⁰.

Si può a buona ragione sostenere che i giudici della Corte Suprema non siano stati insensibili rispetto a tali istanze, così come a quelle di un altro aspetto problematico connesso all'aborto, ossia la penalizzazione delle donne dei ceti più deboli¹¹ (potendo le donne più abbienti viaggiare negli Stati con una legislazione più permissiva). Rispetto a questo profilo, si potrebbe anche leggere nella trama della sentenza – che, è bene ricordarlo, poneva uno standard federale a cui le legislazioni statali in materia di aborto avrebbero dovuto conformarsi – la volontà della Corte di uniformare una disciplina estremamente diversificata tra gli Stati e che, per questo, avrebbe potuto discriminare le donne, differenziandone il trattamento solo in base allo Stato in cui esse si trovavano¹². Un'altra matrice del riconoscimento costituzionale dell'aborto è stata individuata da autorevole dottrina nell'ideologia individualista, la quale – ben salda nelle antiche radici della storia americana – aveva già prodotto in passato «posanti manifestazioni di sé nella giurisprudenza della Corte»¹³. Differen-

sioni che venivano dalla classe medica, interessata a liberalizzare la pratica abortiva, fino ad allora limitata da alcune delle leggi statali che punivano chiunque aiutasse la donna ad abortire.

¹⁰ Il ruolo del movimento femminista americano circa il tema della liberalizzazione dell'aborto rimane ambiguo fino agli anni '70. Solo a partire da quel momento la questione dell'aborto fu chiaramente percepita come attinente ai diritti fondamentali delle donne e il movimento femminista iniziò a premere per il superamento delle leggi statali anti-abortiste.

¹¹ M. GRABER, *Rethinking Abortion: Equal Choice, The Constitution, and the Reproductive Politics*, Princeton University Press, 1996, pp. 41-64.

¹² Come osserva Bognetti «L'uniformità di trattamento comincia a venir sentita come un'esigenza quando un certo interesse o bene della persona tende a rivestire, agli occhi dell'opinione pubblica o di una larga parte d'essa, il valore di un diritto fondamentale», G. BOGNETTI, *Aborto*, cit., p. 30.

¹³ G. BOGNETTI, *Esperienze straniere: la libertà di abortire diritto della donna costituzionalmente garantito*, in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 31. L'A. si riferisce in particolare alla giurisprudenza antecedente al *New Deal*, che aveva cercato di preservare le strutture fondamentali della società

temente dal passato, tuttavia, l'oggetto dell'intervento della Corte non è la tutela della sfera privata da ingerenze di tipo economico, ma riguarda la tutela di quegli ambiti appartenenti al tempo non occupato, ovverosia la vita intellettuale, politica e le relazioni familiari. In tale contesto, «la vita sessuale viene, per l'uomo comune della società dei consumi, ai primissimi posti per importanza e rilievo, ben avanti, di regola, per esempio della vita intellettuale e di quella politica. Contribuire a 'liberalizzare' il campo è perciò oggi altrettanto e forse più importante (dal punto di vista di chi voglia consegnare all'uomo medio di massa una sfera quanto più possibile ampia di autodeterminazione fuori dallo svolgimento delle sue attività lavorative) che 'liberalizzare' il campo della sua vita intellettuale e politica»¹⁴.

L'insieme di questi fattori ha concorso ad indurre la Corte a compiere un passo così decisivo, scavalcando «tutti gli schemi più cauti di 'liberalizzazione' per attestarsi su una posizione 'liberale' di tendenza estrema»¹⁵ e creando una frattura politica che ancora oggi stenta a ricomporsi¹⁶.

La portata della decisione è tale che si può affermare, senza timore di smentite, che il dibattito sull'aborto, in America e nel resto del mondo occidentale, non sarebbe più stato lo stesso dopo il 1973.

3. *Il caso irlandese nel panorama europeo*

Spesso gli studi comparatistici in materia di regolamentazione dell'aborto hanno guardato al caso tedesco come emblema di una costituzionalizzazione del tema alternativa a quella avvenuta negli Stati Uniti.

liberale fondata sulla proprietà privata a fronte dell'affermarsi di una legislazione sociale ed economica sempre più limitante la libera iniziativa dell'individuo nel campo economico.

¹⁴ *Ivi*, p. 32.

¹⁵ *Ivi*, p. 27.

¹⁶ Rispetto all'effetto di *Roe*, Siegel e Greenhouse ritengono che, proprio alla luce dei fattori che avevano preparato il terreno per l'intervento della Corte, quest'ultimo non abbia esso stesso creato la frattura sociale che molti commentatori e autorevoli studiosi hanno evidenziato. L'intervento della Corte si è solo aggiunto al conflitto già presente nella società, nella politica e nelle istituzioni americane in tema di aborto. Si veda L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *Before (and after) Roe v. Wade: new Questions about Backlash*, cit., pp. 2028-2087.

Pur non negando la natura paradigmatica del modello tedesco e la sua diversità rispetto a quello americano, quello che pare essere il vero caso opposto a quest'ultimo, è quello irlandese, che ha costituito, fino ai più recenti sviluppi, una vera e propria anomalia nel modello c.d. europeo¹⁷ di regolamentazione dell'aborto.

¹⁷ La via europea alla regolamentazione dell'aborto è stata tradizionalmente contrapposta al percorso intrapreso negli Stati Uniti. In verità, il contesto europeo si presenta tutt'altro che omogeneo: si va da Stati in cui l'aborto viene regolamentato in maniera minimale, a Stati in cui è depenalizzato ma regolamentato in maniera dettagliata, a Stati in cui l'aborto è illegale ma non punibile, a Stati, infine, dove esso è in via di principio proibito e viene ammesso solo in presenza di circostanze eccezionali (come, per esempio, il rischio della vita della madre). Se si escludono gli Stati che proibiscono in tutti i casi l'aborto (Malta e Andorra), il minimo comun denominatore delle diverse legislazioni riguarda l'affermazione della possibilità di accesso all'aborto da parte della donna, sebbene essa non sia illimitata, ma anzi sia sottoposta a vincoli temporali e cause giustificative.

Una delle legislazioni più liberali in Europa è sicuramente quella inglese, laddove ai sensi dell'*Abortion Act* del 1967, emendato dal *Fertilization and Embryology Act* del 1990, la donna può decidere di terminare la gravidanza entro la 24[°] settimana con il consenso di due medici, per una serie molto ampia di circostanze, che vanno dal rischio per la salute fisica o mentale della donna o di altri bambini della sua famiglia, al rischio per la vita della donna, alla presenza di malformazioni nel feto, o anche per ragioni socio-economiche.

Anche la Spagna, con la svolta operata dalla legge organica n. 2/2010 ha adottato una legislazione a maglie larghe in tema: la legge in esame, emblematicamente rubricata "Salute sessuale e riproduttiva e interruzione della gravidanza", afferma che la decisione di aver figli costituisce un ambito essenziale dell'autodeterminazione individuale. Nelle prime 14 settimane di gestazione le donne possono liberamente scegliere se portare avanti la gravidanza o meno, mentre dopo tale termine l'aborto è possibile solo in caso di grave pericolo per la vita o la salute della donna o in caso di gravi anomalie fetali. A ciò si aggiunga che la normativa in esame prevede che le minorenni possano abortire senza il necessario consenso dei genitori, ma solo notificando ad essi la decisione. In Spagna il dibattito, acceso in seguito alla legge che succintamente si è riassunta, è divampato nel 2013, allorché il nuovo governo di centro-destra ha proposto l'introduzione di una legge di segno esattamente opposto a quella voluta da Zapatero, la quale limitava l'aborto, in ogni stadio della gravidanza, a casi circoscritti e puntuali. Tuttavia, tale legge, fortemente osteggiata da una parte della società civile, non è stata approvata dal Parlamento.

In una zona intermedia tra le legislazioni più *liberal* e quelle più restrittive si colloca la regolamentazione italiana in materia, che, dopo la depenalizzazione dell'aborto sancì-

Prima di affrontare le matrici che hanno forgiato la soluzione irlandese, non sembra dunque superfluo ripercorrere brevemente la via tedesca alla costituzionalizzazione dell'aborto e gli esiti a cui è approdata.

3.1. *Il paradigma tedesco*

La prima caratteristica da menzionare del caso tedesco riguarda il ruolo avuto dal *Bundesverfassungsgericht* nello scandire i passaggi fondamentali della regolamentazione dell'aborto: ciò è avvenuto in due momenti, pressoché concomitanti con i *leading cases* americani, nel 1975 e nel 1993.

Nel 1974 la Repubblica Federale tedesca aveva introdotto, nell'ambito

ta dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 1975, è stata disciplinata dalla legge n. 194 del 1978. Essa cerca espressamente di operare un bilanciamento tra gli interessi in gioco affermando in via di principio all'art. 1 che «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio». Entro i primi novanta giorni la donna può decidere di abortire nel caso in cui accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza comporterebbe un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica.

Si prevede che l'aborto sia praticabile oltre il 90° giorno di gestazione, laddove la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna o 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. La legislazione italiana prevede, inoltre, che la donna che intenda abortire si rivolga ad un consultorio, il quale ha il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, 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.

Ancora diverso è l'impianto della regolamentazione tedesca. Basti qui solo accennare che in Germania l'aborto viene considerato illegale in linea di principio, ma non è punito se praticato entro la dodicesima settimana; di contro non è considerato illegale se è praticato al fine di tutelare la vita o la salute della madre o se, entro le prime dodici settimane di gravidanza, è praticato per esempio perché la gravidanza è frutto di violenza.

Infine un ultimo gruppo di Paesi, composto da Malta e Polonia, si caratterizza per un approccio molto restrittivo all'aborto: esso è in linea generale proibito o viene ammesso solo in casi eccezionali, come il rischio per la vita della madre.

di una generale revisione del codice penale, una significativa liberalizzazione dell'aborto, depenalizzandolo e consentendolo nel primo trimestre, con l'unico vincolo per la donna di recarsi presso un consultorio per ricevere assistenza e consulenza. Dopo il primo trimestre, invece, l'aborto era consentito solo nel caso di un rischio grave per la salute e la vita della donna o di gravi malformazioni del feto.

Anche in Germania, dunque, spiravano venti volti ad una apertura nei confronti delle pratiche abortive, e il legislatore tedesco pareva aver trovato una soluzione che, sebbene asseconducesse certe istanze libertarie, poneva al contempo dei limiti sia temporali che sostanziali.

L'intervento riformatore del legislatore tedesco fu prontamente impugnato dinnanzi al *Bundesverfassungsgericht* da parte dei governi di cinque *Länder* e alcuni legislativi, i quali sostenevano l'incostituzionalità della depenalizzazione. Tale disciplina violava, infatti, il diritto alla vita del feto protetto da due disposizioni della Legge Fondamentale, l'art. 1 c. 1 e l'art. 2 c. 2, il primo volto ad imporre allo Stato il dovere di proteggere la dignità umana e, il secondo, diretto a sancire il diritto alla vita e all'inviolabilità della persona.

Il *Bundesverfassungsgericht*, posto di fronte all'argomento dignitario, accolse le doglianze dei ricorrenti e affermò che, alla luce dei parametri invocati, la vita che si sviluppa nel ventre materno è costituzionalmente protetta; la protezione della vita umana è un valore centrale dell'ordinamento al quale il diritto della donna alla *privacy* e all'autodeterminazione è subordinato.

Nella sentenza in esame la Corte elaborò una disciplina transitoria, in attesa di un intervento del legislatore, in base alla quale l'aborto costituiva in linea di principio un atto illecito punibile penalmente, che poteva essere però compiuto, senza conseguenze penali per la donna, nel primo trimestre in presenza di talune tassative condizioni: in caso di rischio per la salute e la vita della madre, per gravi malformazioni del feto, nel caso la gravidanza fosse frutto di una violenza nei confronti della donna o laddove fosse necessario per evitare il pericolo di gravi danni di altro genere per la gestante¹⁸. I principi che avevano ispirato la regolamentazione transito-

¹⁸ Guardando attentamente le diverse discipline susseguitesi pare che tra di esse non vi siano differenze evidenti M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, cit.

ria predisposta dalla Corte vennero poi accolti, nel 1976, dal Parlamento della Repubblica Federale nel corso dell'approvazione di una legge statale in materia. Il Parlamento accolse la punibilità in sede penale dell'aborto, ponendo però una serie di "cause di giustificazione" di natura personale, economica o sociale che, poste dalla donna a fondamento della scelta abortiva, consentivano di non sussumere il comportamento entro una fattispecie illecita¹⁹.

Anche in Germania, dunque, nel 1973 la vicenda dall'aborto approda sulle rive del costituzionalismo, ma l'approccio con il quale viene affrontato è esattamente speculare a quello americano, sia nei contenuti sia con riguardo al ruolo delle istituzioni coinvolte. Guardando ai contenuti, infatti, in Germania la costituzionalizzazione dell'aborto avviene avendo come fulcro la dignità e il dovere di protezione della vita prenatale, e non invece il diritto della donna. Profonda differenza è anche quella che riguarda le istituzioni coinvolte: se negli Stati Uniti la Corte Suprema ricava, dalle pieghe del XIV, il diritto della donna ad abortire e lo assume a diritto costituzionale sottratto alla discrezionalità del legislatore, la Corte costituzionale tedesca rimanda costantemente al ruolo del legislativo, quale istituzione ultimamente legittimata a compiere tali scelte nell'ambito del quadro costituzionale.

3.2. *La costituzionalizzazione dell'aborto in Irlanda e "l'onda lunga" di Roe v. Wade*

L'ordinamento tedesco che, di solito, viene preso a modello nella comparazione tra sistemi europei e il sistema americano di regolamentazione dell'aborto pur partendo da presupposti diversi, giunge nel concreto a soluzioni non così distanti dal modello libertario incarnato dagli Stati Uniti.

Un ordinamento europeo che prende, invece, proprio le distanze dalla costituzionalizzazione del diritto all'aborto di matrice americana è l'Irlan-

Come afferma Mancini, riprendendo la Glendon, «la differenza stava piuttosto nel giudizio morale sotteso alle due discipline e nel significato sociale e culturale della condanna morale dell'aborto» S. Mancini, *Un affare di donne*, cit., p. 47.

¹⁹ Per una attenta riflessione sulla vicenda tedesca si rimanda a M. D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunificata*, cit.

da²⁰. Essa è interessante oltre che nell'ottica metodologica dei "most different cases", anche dal punto di vista sostanziale per le modalità con cui è avvenuta la costituzionalizzazione dell'aborto: attraverso l'approvazione – mediante referendum popolare nel 1983 – di un emendamento all'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese del 1937, che così recitava:

«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» (art. 40.3.3 Irish Constitution).

Alla luce di questa disposizione, l'interruzione di gravidanza era considerata nei termini di legge, e quindi non punibile, solo se giustificata a fronte di un rischio immediato e concreto per la vita della madre. La natura conflittuale e al contempo radicale della scelta abortiva, stretta tra due diritti di eguale spessore costituzionale, ammetteva uno scivolamento a favore dei diritti della gestante in una contingenza così estrema e sensibile come quella in cui ad essere in pericolo sia la vita stessa della donna. Tale regime restrittivo rispecchiava, del resto, la legislazione irlandese ottocentesca, affidata originariamente nel Regno Unito ed in Irlanda all'*Offences Against the Person Act* del 1861, il quale considerava l'aborto un reato e prevedeva una pena fino all'ergastolo per la donna che abortisse o per chiunque l'aiutasse fornendo le necessarie sostanze o gli indispensabili strumenti²¹, sempre mantenendo l'eccezione del pericolo di vita della donna.

²⁰ Per la ricostruzione dell'evoluzione della legislazione irlandese si veda J. INGSTON, A. WHELAN, I. BACIK, *Abortion and the Law*, Round Hall Sweet and Maxwell, Dublin, 1997.

²¹ La sezione 58 dell'*Offences Against the Person Act*, afferma che «every woman, being with child, who, with intent to procure her own miscarriage, shall unlawfully administer to herself any poison or other noxious thing or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, and whosoever, with intent to procure the miscarriage of any woman, whether she be or not be with child, shall unlawfully administer to her or cause to be taken by her any poison or other noxious thing, or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, shall be guilty of a felony, and being convicted thereof shall be liable to be kept in penal servitude for life». Fino al 2019, tale legge è stata in vigore e la sua validità era

I percorsi attuativi del 1861 *Act* hanno, tuttavia, preso ben presto strade divergenti nei due Paesi anglosassoni a conferma, forse, del fatto che «much of family law is no more – and no less – than the symbolic expression of certain cultural ideals»²².

Prima che l'Irlanda inserisse in Costituzione l'emendamento anti-aborto, nel Regno Unito, infatti, nel 1938 si affermò un'interpretazione estensiva delle norme contenute nell'*Offences Against the Person Act* ad opera della sentenza *R. v. Bourne*²³, decisione nella quale fu ampliato l'ambito di applicazione delle clausole di eccezione alla disciplina limitativa dell'interruzione volontaria di gravidanza. Si affermava infatti, in questa occasione, che se il medico avesse ritenuto in pericolo non solo la vita della madre, ma anche solo la sua salute fisica e psichica, questa valutazione avrebbe potuto legittimare il ricorso all'aborto senza incorrere in una violazione della legge, in quanto non c'era una netta linea di demarcazione tra il pericolo per la vita e per la salute, perché ultimamente «life depends upon health»²⁴. Tale estensione trovò in seguito conferma legislativa con l'approvazione dell'*English Abortion Act* del 1967²⁵, che sancì la definitiva

stata confermata anche dall'*Health Family Planning Act* del 1979 (sez. 10), anche se la sua interpretazione doveva avvenire alla luce dei principi affermati in Costituzione (art. 40.3.3) e in via giurisprudenziale, in particolare nel *leading case Attorney General v. X*, di cui ci si occuperà nel corso del presente contributo.

²² M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce*, cit., p. 10.

²³ Si tratta del caso che ha visto imputato un medico (Dr. Bourne) il quale aveva praticato un aborto ad una minorenne che aveva subito violenza. In quel caso la Corte ha affermato che non sussistevano i presupposti per incriminare il medico ai sensi dell'art. 58 dell'*Act* del 1861. Infatti, come sostenuto dal giudice Macnaghten, nel caso in cui un medico ritenesse che la salute fisica e psichica della donna fosse in grave pericolo, egli poteva praticare l'aborto senza incorrere in sanzioni penali. L'aborto divenne così ammesso non solo più in caso di rischio per la vita della donna, ma anche nel caso di rischio per la sua salute, fisica e mentale.

²⁴ *R. v. Bourne*, 1938. 3 All E.R. 615.

²⁵ L'*Abortion Act* del 1967 ha introdotto la possibilità di abortire, purché l'operazione sia condotta da un medico e che, preliminarmente, due medici abbiano verificato la presenza di condizioni legittimanti l'interruzione di gravidanza. Tra queste condizioni l'*Act* prevede che si possa legalmente abortire entro la ventiquattresima settimana, in caso di rischio grave per la salute fisica o psichica della donna, o in qualsiasi momento della gestazione qualora vi sia un accertato rischio per la vita della madre, o ancora qua-

apertura dell'ordinamento inglese alla liberalizzazione dell'aborto²⁶.

L'interpretazione estensiva del limite posto dall'*Offences Against the Person Act* – invalsa nel Regno Unito – non venne accolta né dalla dottrina maggioritaria né dalla giurisprudenza irlandese, e tale orientamento non mutò nemmeno per effetto dell'ondata liberalizzatrice che si accrebbe nel corso degli anni Sessanta²⁷, anni in cui, al contrario, la giurisprudenza irlandese (in particolare con la decisione *G. v. An Bord Uchtála* del 1980²⁸) introdusse, quale termine di bilanciamento nelle decisioni abortive, il diritto alla vita dell'*unborn child*, prima ancora che lo stesso venisse riconosciuto in Costituzione. Ancora più recentemente, nel caso *Society for the Protection of the Unborn Children v. Grogan* del 1998, uno dei giudici della *Supreme Court*, Keane, affermò chiaramente che «the preponderance of judicial opinion in this country would suggest that *Bourne* approach could not have been adopted in this country consistently with the Constitution prior to the Eighth Amendment»²⁹.

L'esperienza irlandese si distingue nettamente anche da quella americana, segnata dalla sentenza *Roe*.

Un punto di contatto che avrebbe potuto portare a ipotizzare una omogeneità delle discipline in materia di aborto nei due ordinamenti si radicava nel ruolo centrale rivestito dalla *privacy*, istituto antichissimo dei sistemi di *Common Law*. Questo terreno comune emergeva anche da alcune sentenze che avevano preceduto il caso *Roe*, negli Stati Uniti e dalla giurisprudenza coeva a *Roe*, in Irlanda.

La sentenza *Roe* attingeva infatti a piene mani dal *legal reasoning* della

lora siano accertate gravi malformazioni del feto. Quando è entrato in vigore l'*Act*, che si distingueva per il suo accento liberalizzatore, l'Inghilterra è divenuta meta di un turismo abortivo senza precedenti, sul punto M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, cit., p. 12.

²⁶ Per una ricostruzione di tale evoluzione si veda J. KEOWN, *Abortion, Doctors and the Law*, Cambridge, 1988, Cap. 3.

²⁷ M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, cit., p. 11.

²⁸ In questa sentenza del 1980 fu, infatti, affermato che «a child has the right to life itself and the right to be guarded against all threats directed to its existence whether before or after birth... The right to life necessary implies the right to be born, the right to preserve and defend, and to have preserved and defended, that life». IR 32, 1979.

²⁹ *Society for the Protection of the Unborn Children v. Grogan*, 1998, 4 IR 343.

precedente pronuncia dei giudici supremi nel caso *Griswold v. Connecticut* (1965)³⁰, la quale aveva ricavato, nella penombra di talune previsioni costituzionali³¹ un diritto alla *privacy* il cui contenuto, sebbene sfuggente, era abbastanza ampio da comprendere situazioni soggettive connesse al matrimonio, alla procreazione, all'uso di contraccettivi, all'educazione dei figli, ovverosia tutte posizioni giuridiche che la Costituzione svincolava dalla interferenza statale. Direzione analoga era stata intrapresa anche dalla *Supreme Court* irlandese che nel 1974 (un anno dopo *Roe v. Wade*) riconosceva e ricavava in Costituzione, nell'ambito dell'utilizzo di contraccettivi, un diritto innominato alla *privacy*, nel noto caso *Mc Gee v. Attorney General*³².

Nonostante entrambi i casi siano ricordati come una "riscoperta"³³ del diritto alla *privacy*, grazie all'accoglimento di una accezione costituzionale più estesa rispetto a quella originaria, le ripercussioni di questa ampia lettura della *privacy* sulla regolamentazione dell'aborto non avrebbero potuto essere le più diverse.

³⁰ Con la Sentenza *Griswold v. Connecticut* la Corte Suprema dichiarò incostituzionali le norme che proibivano l'acquisto di contraccettivi anche a coppie sposate, configurando, tale divieto, una violazione della *privacy* coniugale e familiare. Si veda, tra gli altri, R.A. POSNER, *Legal Reasoning From the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*, in *University of Chicago Law Review* 59, 1992, p. 433, G.H. REYNOLDS, *Sex, Lies and Jurisprudence: Robert Bork, Griswold and the Philosophy of Original Understanding*, in *Georgia Law Review*, 24, 1990, p. 1045.

³¹ In particolare dal IX Emendamento che parla di diritti innominati e poi dal *due process of law* del XIV Emendamento, come si avrà modo di approfondire nel capitolo II.

³² *Mary McGee, Plaintiff v. The Attorney General and the Revenue Commissioners*, defendants, 1974, IR 284, 298.

³³ Parla in questi termini Bognetti, il quale osserva che il concetto di diritto alla *privacy* nasce nell'ordinamento americano verso la fine dell'Ottocento sul terreno della *Common Law*. Infatti, rileva l'autore, «il sistema americano del diritto comune (ordinario) offre una certa protezione al desiderio delle persone di non essere da terzi indagate ed esposte al pubblico in quella parte della loro vita privata che non riveste sostanziale, serio interesse per la comunità», G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 103. Per una approfondita disamina dell'origine e dell'evoluzione del diritto alla *privacy* nei sistemi di *Common Law* si veda D. FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, 2002.

Negli Stati Uniti, infatti, il *right to privacy*, dai contorni labili e indefiniti, è stato utilizzato in *Roe v. Wade* come base per il riconoscimento di uno statuto costituzionale del diritto all'aborto, subendo così una torsione rispetto al significato originario.

Diversamente è avvenuto, invece, in Irlanda. Guardando, infatti, con sospetto³⁴ agli sviluppi della materia avvenuti oltre-oceano, l'ordinamento irlandese ha sviluppato una particolare resistenza all'espansione del diritto alla *privacy* quale fondamento del diritto di abortire, evitando così le conseguenze più dirompenti della soluzione americana, ovvero «la sostituzione di un sistema di valori ad un altro» e «la recessione di un'intera filosofia giuridica che molto pregiava tutte le libertà dell'uomo, ma che nell'ambito della vita intima della persona le riteneva pur sempre limitabili e coercibili, in funzione di valori fondamentali»³⁵.

Oltre che intimorita dalla scelta di valore compiuta dall'ordinamento americano, l'Irlanda aveva un altro genere di preoccupazione, la stessa che invero era stata espressa direttamente dal giudice White nella *dissenting opinion* al caso *Roe*, secondo il quale la Corte aveva dato sfoggio ad uno «stravagante esercizio del potere legislativo», sottraendo la definizione del bilanciamento tra diritto alla vita e alla *privacy* della donna e del diritto alla vita del feto «al processo politico cui il popolo ha demandato il governo dei loro affari»³⁶.

All'indomani della sentenza *McGee* la dottrina irlandese non ha infatti mancato di precisare che, pur potendosi dalla Costituzione implicitamente ricavare un divieto di abortire, diveniva necessario ed urgente intervenire attraverso una revisione costituzionale «in order to prevent an un-

³⁴ La dottrina irlandese è pressoché unanime nel ritenere che l'VIII Emendamento sia stato adottato in reazione e per timore di una possibile affermazione in via giurisprudenziale del diritto ad abortire, sulla scorta di quanto avvenuto negli Stati Uniti. Sul punto di veda in particolare J. KINGSTON et al., *Abortion and the Law*, Dublin, 1997.

³⁵ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 107.

³⁶ Si tratta, in altri termini, come rilevava nel 1974 Bognetti, di «un'ennesima, incisiva riforma realizzata da un giudiziario che da vent'anni non si stanca di stupire l'opinione pubblica per l'audacia con cui adopera lo strumento dell'interpretazione costituzionale a rinnovare le strutture e il volto dell'ordinamento giuridico», G. BOGNETTI, *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, cit., p. 14.

democratic usurpation by a future generation of Irish judges of the right of the electorate to determine abortion policy»³⁷.

Tale revisione non si è fatta attendere a lungo. L'VIII Emendamento alla Costituzione irlandese, approvato nel 1983, afferma che lo Stato riconosce il diritto alla vita del nascituro e, avendo riguardo al corrispettivo diritto alla vita della madre, si impegna a garantirne il rispetto e a difenderlo mediante le proprie leggi.

La modifica costituzionale ha contribuito per molto tempo a delimitare l'alveo entro il quale si sarebbero orientate la dottrina e la giurisprudenza successive. Un alveo i cui argini hanno fino ad oggi tenuto, sebbene continuamente sottoposti a molteplici input: taluni derivanti dell'attività interpretativa della giurisprudenza interna, e altri, ancora più incisivi, conseguenza dei vincoli provenienti dall'ordinamento europeo³⁸ e dagli obblighi internazionali assunti dall'Irlanda, in particolare relativi all'adesione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La dottrina ha efficacemente rilevato come dopo il 1983 il tema dell'aborto sia passato «dal popolo alle Corti»³⁹. A seguito della vittoria referendaria, gli anti-abortisti hanno ingaggiato una battaglia nelle aule dei tribunali per impedire l'attività di centri e cliniche che pubblicizzavano i servizi abortivi all'estero. Alcuni di questi ricorsi, presentati inizialmente davanti ai giudici nazionali sono stati successivamente sottoposti tanto alla Corte EDU quanto alla Corte di giustizia.

Questa fase di continua ridefinizione e messa in discussione della normativa irlandese sull'aborto è culminata nel 1992, anno in cui viene rati-

³⁷ J.M. KELLY, *The Irish Constitution*, Dublin, 2003, p. 1496.

³⁸ Non si affronterà in questa sede la complessa vicenda dei rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello irlandese sviluppatasi intorno alla normativa irlandese in materia di aborto. Basti qui solo ricordare che in vista della Ratifica del Trattato di Maastricht nel 1992 l'Irlanda ha provveduto ad introdurre un Protocollo (Protocollo n. 17) che dichiarava che gli atti dell'Unione Europea non avrebbero influenzato l'applicazione in Irlanda dell'art. 40.3.3 Cost. Anche la Corte di Giustizia si è pronunciata sui profili inerenti il diritto comunitario implicati dalla regolamentazione irlandese sull'aborto, in particolare nel noto caso *Society for the Protection of Unborn Children Ltd v. Grogan*, 1992. Per i rapporti tra l'ordinamento irlandese e quello comunitario si veda D.R. PHELAN, *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Dublin, 1997.

³⁹ J.M. KELLY, *The Irish Constitution*, cit., p. 1498.

ficato il Trattato di Maastricht insieme al Protocollo n. 17 – fortemente voluto dal governo irlandese – nel quale le alte parti contraenti convenivano che nessun atto dell'Unione Europea avrebbero pregiudicato l'applicazione in Irlanda dell'art. 40.3.3 Cost. Questa forte affermazione, messa nero su bianco, non ha però fatto salvo l'ordinamento irlandese da interventi giurisprudenziali interni né tanto meno di matrice sovranazionale. Nei mesi successivi sono stati, infatti, decisi i due casi che ancora oggi costituiscono dei *landmarks* tanto per la giurisprudenza della CEDU (il primo) che per quella interna (il secondo): il caso *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Women Centre Ltd and others v. Ireland* e il caso *Attorney General v. X*⁴⁰.

4. *Oltre la costituzionalizzazione dell'aborto: riflessioni in ottica comparata*

Cosa ci dicono i due diversi itinerari sopra delineati che hanno portato la questione dell'aborto nel campo visivo del costituzionalismo? Quali sono gli effetti di tale processo?

Le divergenze tra il modello americano e quello irlandese (pur con le differenze tra i diversi ordinamenti giuridici nazionali), sono state ampiamente analizzate dalla dottrina comparatistica, anche a partire dal saggio della Glendon che ha interpretato tali differenze alla luce delle diverse concezioni antropologiche prevalenti: mentre l'esito americano sarebbe il frutto di una filosofia che ha il suo fulcro in una concezione iper-individualista dell'uomo⁴¹, l'esito irlandese, sarebbe frutto di una concezione

⁴⁰ Per una disamina più approfondita dei casi si rimanda al terzo capitolo del presente lavoro.

⁴¹ In disaccordo con tale lettura dicotomica è Dworkin, il quale, anzi, rileva nel forte accento americano sul tema dei diritti fondamentali individuali il fattore di coesione in una società molto più plurale e diversificata rispetto a quelle europee: «in such a nation, individual rights, to the extent they are recognized and actually enforced, offer the only possibility of genuine community in which all individuals participate as equals. The United States can be a *national* community, moreover, only if the most fundamental rights are national, too, only if the most important principles of freedom recognized in some parts of the country are honoured in all the others as well», R. DWORKIN, *The*

comunitarista, che sottolinea la dimensione sociale dell'esistenza umana e, con essa, la proiezione non solo individuale, ma anche sociale dei diritti riconosciuti dall'ordinamento.

Questa impostazione ideale, che colloca l'Irlanda nel solco dell'approccio europeo, ha tuttavia seguito, in particolare a partire dagli anni Novanta fino ad oggi, un altro copione, tanto che è stata rilevata da studiosi attenti una sorta di "convergenza" tra i due modelli, se non persino – come i più recenti accadimenti paiono mostrare – una inversione di tendenza. Già Dworkin, nei primi anni Novanta, criticando la lettura proposta dalla Glendon, affermava che anche l'Europa aveva ormai ceduto al linguaggio dei diritti fondamentali invocati e protetti dinnanzi alle Corti, con la peculiarità che non si trattava solo di corti nazionali «but also the international courts in Luxemburg and Strasburg, which strive to unite Europe as a community of principle as well as commerce»⁴².

Ed in effetti, vedendo l'evoluzione della giurisprudenza, delle dinamiche costituzionali e anche dei dati fattuali circa l'accesso all'aborto, la dicotomia che si è illustrata non pare descrivere fedelmente l'evoluzione avvenuta sulle due sponde dell'Atlantico: nel 1992, con la sentenza *Casey*, la Corte Suprema americana, pur riaffermando il principio della libertà della donna di abortire, smussa la sua posizione libertaria ammettendo una più vasta area di intervento statale anche nei primi mesi di gravidanza. Viceversa, in Irlanda si assiste ad una "giuridicizzazione" del tema dell'aborto che vede l'irrompere sulla scena di nuovi attori, le Corti sovranazionali e gli organismi internazionali, il contributo dei quali è stato decisivo per spingere l'ordinamento verso scelte più libertarie di quelle ammesse alla luce del dato costituzionale.

Questo *trend* di convergenza⁴³ è stato letto da alcuni Autori come un

life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom, New York, 1994, p. 61. Anche Tribe ritiene che l'individualismo americano possa spiegare l'esito della controversia dell'aborto in termini *pro-choice*, ma, a differenza della Glendon, non auspica il superamento dell'individualismo, fondamento della concezione stessa della libertà in America, in favore di visioni "comunitariste". Si veda per questa ricostruzione M. TUSHNET, *Abortion*, A Harold Steinberg Book, 1996, p. 109.

⁴² R. DWORKIN, *The life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, cit., p. 62.

⁴³ Tale convergenza riguarda più in generale l'esperienza americana ed europea. Em-

blematico è a questo proposito anche il caso tedesco. Nel 1992, dopo l'unificazione delle due Germanie, si consuma il secondo atto della vicenda della regolamentazione dell'aborto in Germania: venne, infatti, approvata una legge volta ad armonizzare le discipline della Repubblica Federale e della Repubblica Democratica, nella quale vigeva una disciplina meno restrittiva avendo la donna il diritto di abortire entro il terzo mese di gravidanza. Il risultato fu una legge di compromesso che, non potendo estendere la penalizzazione dell'aborto alla Germania dell'Est, cosa che avrebbe creato forti tensioni sociali, sancì la liberalizzazione dell'aborto nel primo trimestre, a patto che la donna si sottoponesse a una consulenza obbligatoria. Come si legge nella sentenza: attraverso la disciplina della consulenza obbligatoria, «il legislatore della Germania unita constata che essa appare meglio appropriata a riunire gli orientamenti giuridici tedeschi divisi, da un lato, dalle vecchie norme della soluzione temporale e, dall'altro, da una disciplina basata sulle indicazioni giustificative, unificando in tal modo la consapevolezza giuridica della popolazione, che è stata formata in maniera diversa».

Come si può intuire, tuttavia, la nuova disciplina era molto distante dallo spirito che informava la disciplina della Repubblica Federale, dove l'aborto era considerato un illecito penale. Proprio per questo il governo della Baviera, insieme a 248 deputati, adirono il Tribunale Federale, chiedendo di chiarire se il diritto alla vita sancito in Costituzione non imponesse di dichiarare incostituzionali qualsiasi soluzione temporale, anche se soggetta all'obbligo di consulenza. La decisione del Tribunale è una sentenza complessa, sulla quale molto si è dibattuto in dottrina e che è stata definita come il "compromesso del compromesso" (M. D'AMICO, *Donne e Aborto nella Germania riunificata*, cit.). Il *Bundesverfassungsgericht*, infatti, pur non discostandosi dalle previsioni della legge oggetto di scrutinio, ha dichiarato a chiare lettere che l'aborto a qualsiasi stadio della gravidanza è illegittimo ma non penalmente punibile. Il punto di partenza per comprendere tale affermazione riguarda la tutela della vita prenatale che lo Stato è tenuto ad assicurare: «alla vita umana appartiene anche quella prenatale. La Costituzione non consente solo interventi diretti dello Stato nella vita prenatale, ma richiede anche allo Stato di mettersi davanti a questa vita con spirito di protezione e di promozione, cioè tutelarla soprattutto nei confronti di interventi illegittimi da parte di altri. [...] Lo Stato fissa modelli di comportamento per la tutela della vita umana prenatale, determinando attraverso la legge permessi e divieti, fissando doveri di azione e di astensione. Questo vale anche per la tutela del nascituro di fronte alla propria madre, indipendentemente dal legame che esiste fra i due e che, attraverso madre-bambino conduce a un rapporto di dualità in unità. Una tale tutela del nascituro di fronte alla propria madre è possibile solo se il legislatore vieta ad essa in linea di principio un'interruzione della gravidanza e le imponga il dovere giuridico di tenere il bambino. Il divieto di principio dell'aborto e il dovere di principio di portare a termine la gravidanza sono due elementi inseparabili della tutela costituzionalmente dovuta». Alla luce di tali osservazioni la Corte identifica il nucleo centrale del tema nell'obbligo di consulenza per le donne che vogliono abortire al fine di convincerle a portare a termine la gravidanza, dando così il via ad un modello definito dalla dottrina

rifiuto della contrapposizione che la costituzionalizzazione aveva contribuito a definire: come rileva Siegel, infatti, «the 1990s cases reject the view that constitutionalization of abortion is a ‘zero sum game’, and present frameworks that vindicate competing constitutional values, endeavouring to mediate conflicts among them»⁴⁴.

Oggi, come si vedrà in dettaglio, la situazione non pare essersi assestata; anzi, si può forse affermare come essa, ancora in evoluzione, si sia addirittura rovesciata: se si scattasse un’istantanea capace di raffigurare la concezione dell’aborto sul piano giuridico così come quella diffusa nella società civile ci si renderebbe conto di come le due sponde dell’Atlantico siano protagoniste di profondi mutamenti rispetto ai tradizionali “modelli” che si sono poc’anzi tratteggiati. In America acquista infatti sempre più rilievo l’elemento dignitario che viene chiamato in causa dalla Corte per vagliare e fondare l’illegittimità costituzionale del *Partial birth abortion* e, al contempo, anche i legislativi statali hanno approvato una serie di leggi volte a circoscrivere l’ampiezza del diritto che la Corte Suprema aveva delineato a partire da *Roe*. Proprio da una di queste, la legge del Mississippi⁴⁵ è scaturita la sentenza *Dobbs*⁴⁶, che ha sancito un cambio di paradigma, certamente conflittuale, rispetto alla trattazione dell’aborto negli Stati Uniti.

In Europa, seguendo una corrente opposta, il tema dell’aborto poggia, oggi, in maniera crescente sul piano dei diritti di libertà e della *privacy*, come testimoniato, da ultimo, dalla campagna irlandese per la riforma dell’VIII Emendamento alla Costituzione.

Tale inversione di tendenza, guardando in particolare ai casi americano e irlandese, è indicativa di come anche la costituzionalizzazione, in queste materie controverse, non metta al sicuro una scelta piuttosto che un’altra. Come afferma Tushnet, «there is no reason to think that the

“discorsivo”, in contrapposizione al modello temporale. Qualche anno dopo la sentenza, nel 1995, è stata approvata la legge federale che regola l’aborto facendo proprie le posizioni espresse del Tribunale Federale.

⁴⁴ R. SIEGEL, *The Constitutionalization of Abortion*, in M. ROSENFELD, A. SAJO (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 1057.

⁴⁵ *Mississippi’s Gestational Age Act*, see Miss. Code Ann. §41-41-191 (2018).

⁴⁶ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).

'top' with respect to any specific constitutional guarantee is the most robust protection offered anywhere in the world. Constitutional guarantees come with costs, some to other constitutional values; and the nation with the most robust protection of a particular guarantee may be giving insufficient weight to those other values»⁴⁷.

L'affermazione di Tushnet, contestualizzata in una dimensione di più ampio respiro e non direttamente afferente al tema che qui ci interessa da vicino, è ancor più adamantina in temi divisivi come l'aborto, in cui si gioca uno scontro tra i massimi valori che un ordinamento può tutelare: quando sulla bilancia vi sono le vite di due soggetti, non c'è operazione di bilanciamento che non si risolva nel sacrificio di uno dei due diritti in gioco. Il problema del costituzionalismo sta allora, non nel trovare il giusto, quanto impossibile bilanciamento, ma nel costruire uno spazio politico di libertà in cui questo scontro possa avvenire, secondo le regole democratiche.

Da questo punto di vista non sfugge una differenza sostanziale tra le vicende americana e irlandese: mentre, infatti, in Irlanda la costituzionalizzazione è avvenuta attraverso un referendum popolare che ha portato ad una modifica costituzionale espressa ed anche oggi, la proposta referendaria che ha portato alla modifica della Costituzione del 2018 è stata definita anche attraverso il contributo della *Citizens Assembly*⁴⁸, in America tale processo è avvenuto attraverso il ruolo interpretativo della Corte Suprema che ha ricavato il diritto della donna di abortire da una specifica interpretazione del dettato costituzionale⁴⁹ e viceversa, oggi con l'*over-*

⁴⁷ M. TUSHNET, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Virginia Journal Of International Law*, 49(4), 2009, p. 987.

⁴⁸ Per questa via procedurale del tutto innovativa che valorizza il contributo della cittadinanza, si veda *Infra*, Cap. III.

⁴⁹ Questo differenzia radicalmente *Roe v. Wade* da un'altra storica sentenza che ha trasformato il corso della storia americana: il caso *Brown v. Board of Education* del 1950. Anche quest'ultima sentenza ha avuto una portata estremamente divisiva nel contesto politico, costituzionale e sociale americano. Tuttavia l'esito di *Brown v. Board of Education* è stato ratificato nel 1964 nel Titolo IV del *Civil Rights Act*. Come rileva J.M. BALKIN, *Preface*, cit., p. IX, «Brown was transformed from a flashpoint of controversy into a hallowed icon that symbolized American's aspirations toward equality and human rights». Tra le due sentenze vi è un'altra differenza che merita di essere sottolineata: mentre *Roe*

ruling del suo autorevole precedente, ha di fatto de-costituzionalizzato il tema dell'aborto lasciando nella disponibilità degli Stati la sua regolamentazione.

Tale differenza radicale tra le due esperienze interroga, dunque, non solo sul contenuto della scelta ma sul ruolo dei diversi attori istituzionali che operano o che dovrebbero operare tale scelta; da una parte, il ruolo delle corti nel definire e attuare i diritti fondamentali e, dall'altro, il ruolo del legislatore, sia esso nella veste di legislatore ordinario che costituzionale.

Questo aspetto, emerso finora solo in filigrana, rappresenta il cuore del dibattito costituzionalistico e incarna la prospettiva privilegiata con la quale si intende affrontare il tema dell'aborto nel presente lavoro di comparazione.

5. “Judicial activism” in casi moralmente controversi: la pesante eredità di Roe

Le riflessioni fin qui condotte ci hanno, dunque, portato *in limine* alla questione circa il ruolo del giudiziario nel ricavare per via interpretativa l'esistenza di diritti fondamentali anche nel silenzio del dettato costituzionale e, di converso, il compito del legislatore che, nella sua discrezionalità, intercetta le espressioni della c.d. coscienza sociale in un dato ordinamento e in un dato momento storico traducendole in regole giuridiche.

non può essere in alcun modo difesa in un'ottica originalista, diverso è il caso *Brown*. Infatti, se è vero che il *legal reasoning* del *Chief Justice* Warren può essere definito tutto fuorché originalista, ciò non implica necessariamente che anche l'*outcome* contrasti con l'*original public meaning* della Costituzione. Questa ad esempio era la tesi espressa da R. BORK, *The Tempting of America*, New York-London, Free Press-Collier Macmillan, 1990, pp. 74-83; da A. SCALIA, da S.G. CALABRESI, M.W. PERL, *Originalism and Brown v. Board of Education*, in *Michigan Law Review*, 2014, p. 1 ss.) e, in maniera più convincente, da M.W. MCCONNELL, *Originalism and the Desegregation Decisions*, in *Virginia Law Review*, 81, 1995, p. 947 ss. *Contra*, tra gli altri: A.M. BICKEL, *The Original Understanding and the Segregation Decision*, in *Harvard Law Review*, 69, 1955, p. 1 ss.; R. BERGER, *Government by Judiciary*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1977, pp. 241-245; M. KLARMAN, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, in *Michigan Law Review*, 90, 1991, p. 213 ss.; M. TUSHNET, *What Really Happened in Brown v. Board of Education*, in *Columbia Law Review*, 91, 1991, p. 1867 ss.

Da questo punto di vista, non c'è caso più emblematico della sentenza *Roe v. Wade*, che, senza paura di esagerazioni, «has defined the constitutional jurisprudence and the constitutional debates of the modern era» ed è divenuta il fulcro della questione circa «the proper role of courts in a democratic society»⁵⁰.

Questa pronuncia viene ricordata come l'emblema di un "judicial activism", capace di mettere all'angolo i legislatori statali, costretti a legiferare entro le "rime obbligate" definite dalla Corte stessa⁵¹. Come osserva lucidamente Balkin, «Roe's most important shortcoming was not its failure to 'get it right' but its relative inattention to the interactions between courts and politics and to how the courts, whether they like it or not, always work in a conversation with the political branches in developing constitutional norms»⁵².

In questo rapporto dialettico, le Corti possono certamente fungere da antenne in grado di captare l'emergere di nuove e prevalenti istanze sociali, anche prima degli attori politici, purché la loro attività sia servente alla successiva determinazione politica e non pretenda di sostituirsi ad essa.

Il giudice Ginsburg in un'appassionata conversazione sul ruolo dei

⁵⁰ J.M. BALKIN, *Preface*, cit., p. IX.

⁵¹ Come rileva Ian Shapiro, «the majority opinion laid out a detailed test to determine the conditions under which any abortion statute could be expected to pass muster; in effect, Justice Blackmun authored a federal abortion statute of his own», I. SHAPIRO, *Introduction*, in *Abortion, the Supreme Court Decisions (1965-2007)*, Hackett Publishing Company Inc., 2007, p. XXXII.

⁵² J.M. BALKIN, *Preface*, cit., p. 23; l'Autore continua: «Defenders of constitutional rights often argue that the courts exist to protect rights from political interference. But the actual process of constitutional development is much more complicated. Courts do recognize rights and defend them from legislative abridgement. But those right also arise out of politics: they are tested by politics and they are modified by courts as a result of politics. The work of courts, as important as it may be, is always an intermediate and intermediary feature of a much longer process legal development that stretches back into the past and forward into the future. Despite the attention that has been paid to Roe, the constitutional right to abortion, as it exists today, is not solely the work of the federal judiciary. Like all important constitutional ideas, it is the work of a dialectical process that engages all of the major institutions of American law making, and it has been fashioned through controversy and strife, through trial and error – and with many mistakes and hesitations along the way – out of the raw materials of the American politics».

giudici e della Corte Suprema, con la lucida consapevolezza del carattere interdipendente della Corte rispetto ai *checks and balances* del sistema americano, ha affermato che «the Court, through constitutional adjudication, can reinforce or signal a green light for a social change»⁵³. Se in molti casi relativi alle questioni di “genere” nel corso degli anni Ottanta la Corte «approved the direction of change through a temperate brand of decisionmaking, one that was not extravagant or divisive», in *Roe* la Corte «halted a political process that was moving in a reform direction and thereby (...) prolonged divisiveness and deferred stable settlement of the issue»⁵⁴.

Facendosi ultimo interprete del cambiamento nella coscienza sociale in atto, la Corte Suprema, invece che favorire il moto naturale della storia e dei costumi – di cui già si vedevano le tracce nel tessuto sociale e nelle riforme legislative in atto –, ha paradossalmente cristallizzato il mutamento, fissando sul piano costituzionale una particolare opzione giuridica (e morale), ovvero il riconoscimento di un diritto all’aborto.

La “chiusura” o, in alcuni casi, l’accelerazione ad opera del giudiziario dei processi di riforma⁵⁵ volti alla liberalizzazione dell’aborto giustifica le critiche avanzate da più parte della dottrina statunitense alla Corte Suprema. Non è necessario aderire a posizioni originaliste⁵⁶ per sostenere che «the diversity of opinions on all aspects of the abortion question might have suggested that the Court should have been careful not to foreclose debate on the issue by judicial decision, and more careful still not use constitutional means to resolve the question»⁵⁷.

Ai limiti intrinseci del *judicial review of legislation*⁵⁸ in tema di legit-

⁵³ R. BADER GINSBURG, *Speaking in a judicial voice*, in *New York Law Review*, 67(6), 1992, p. 1185.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Molti dei legislativi statali, al tempo della decisione nel caso *Roe*, avevano, infatti, già approvato o si stavano avviando ad approvare legislazioni volte alla depenalizzazione dell’aborto e ad una certa sua liberalizzazione.

⁵⁶ Ovviamente il primo riferimento è a A. SCALIA, *A matter of interpretation. Federal Courts and the Laws*, Princeton, 1997.

⁵⁷ R.A. EPSTEIN, *Substantive Due Process by any other name: the Abortion Case*, in *The Supreme Court Review*, 1973, p. 168.

⁵⁸ «Judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often

timità e di rispetto del principio democratico, se ne aggiunge, dunque, nel caso in esame, un terzo: la Corte non si è, infatti, limitata a dichiarare l'incostituzionalità della legge texana alla luce del diritto alla *privacy* protetto dal XIV Emendamento, ma si è spinta fino a definire i dettagli di una legislazione statale sull'aborto rispettosa e compatibile con il dato costituzionale. Tale circostanza rende ragione, ancora una volta, della straordinaria unicità di *Roe*: non è certo la prima occasione in cui il giudiziario americano si rende protagonista di decisioni audaci, almeno agli occhi del tempo (si pensi alla sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità della dottrina del "separate but equal" alla luce della *Equal Protection Clause*), pur consapevole, con la sua decisione, di aver prodotto una "lacuna" nell'ordinamento, la Corte non si era però spinta al punto di definire le caratteristiche di un sistema educativo compatibile con il dettato costituzionale, rimandando tale compito ai legislativi statali. In *Roe*, invece, la Corte sembra voler chiudere la partita e «it seemed entirely to remove the ball from the legislators to court»⁵⁹, attraverso la definizione di precisi e piuttosto rigidi limiti all'azione dei legislatori nazionali.

Roe v. Wade, per tutti i profili rilevati, non rappresenta, dunque, solo il *leading case* rispetto al tema specifico dell'aborto; essa incarna anche l'esemplificazione di una determinata concezione del ruolo del giudiziario nelle moderne democrazie contemporanee, una concezione tutt'altro che recessiva, ed anzi resa ancora più complessa dall'insistere nello spazio nazionale di nuovi attori sovranazionali e internazionali, che rendono ancor più problematica «qualsiasi spensierata identificazione del verso di marcia di quella "coscienza sociale" che inevitabilmente accompagna le decisioni dei giudici»⁶⁰.

claimed, provide a way for society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: by privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality». *J. Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review*, in *115 Yale Law Journal* 6, 2006, p. 1346.

⁵⁹ R. BADER GINSBURG, *Speaking in a judicial voice*, cit., p. 1205.

⁶⁰ N. ZANON, *Corte Costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, p. 16.

6. Aborto e CEDU: un “procedural judicial activism”?

Il ruolo del giudiziario che si fa “avanguardia isolata”⁶¹ in questioni in cui il dibattito pubblico resta aperto⁶², è ancora più problematico quando si sposta lo sguardo dal livello costituzionale a quello sovranazionale e internazionale. Qui il rapporto tra determinazione dei giudici e volontà del soggetto democraticamente eletto è un connotato che si eleva in potenza, così come il tema della capacità del giudice internazionale di farsi interprete dell’evoluzione della coscienza sociale in un dato ordinamento.

Questo emerge chiaramente guardando al versante orientale dell’Atlantico e quindi all’Europa, laddove nel circuito delle corti ordinarie e costituzionali si innesta un altro organo giurisdizionale, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU)⁶³, chiamata a vegliare sulla conformità delle normative statali⁶⁴ rispetto ai diritti e principi sanciti nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, dai tratti sempre più simili a quella di un giudizio di costituzionalità⁶⁵.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, p. 15.

⁶³ Esprime la complessità del rapporto tra CEDU e corti nazionali Andreas Follesdal: «While judgments of the ECtHR have no direct effect at the national level, the increasing *de facto* importance of Strasbourg case law challenges national legal orders, calling into question the role of national constitutional legislatures and judiciary, and ultimately, the sovereignty of the member State». A. FOLLESDAL et al., *Constituting Europe: the European Court of human rights in a national, European and global context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 6.

⁶⁴ «The dynamics affecting the ECHR’s constitutional relevance in domestic and European law are not one-sided, nor do they challenge the very structure of constitutional adjudication as provided in some countries; [...] Rather, a mutual influence is emerging between the Strasbourg Court and national judges, fairly corresponding to what twenty years ago was predicted as a “form of ordered pluralism”, namely a Europe/States relationship which is neither reduced to the primacy of European norm over national rules, nor broken down in a juxtaposed collection of national and European norms which do not form a unitary system», M. DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1992, p. 321.

⁶⁵ B. RANDAZZO, *Il Giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2011.

Un organo giurisdizionale che non ha mancato di mostrare il suo peculiare *judicial activism*, anche rispetto al tema dell'aborto: emblematiche a tal proposito sono, tra le altre, due pronunce, una resa nei confronti della Polonia⁶⁶ e l'altra della Irlanda⁶⁷.

Meritano particolare menzione queste due sentenze poiché esse si rivolgono a due ordinamenti che, in controtendenza rispetto alla tipologia di regolamentazione sull'aborto accolta nella maggior parte degli Stati europei, possiedono legislazioni restrittive dell'interruzione di gravidanza e per i quali «abortion carries a symbolic importance, bound to conflicts over the very identity of the nation-state»⁶⁸.

Le due sentenze non entrano a gamba tesa nel sistema costituzionale dei diritti ma, facendo aggio sui cd. *procedural rights*, conferiscono un impulso decisivo per un ripensamento delle discipline nazionali e una estensione delle eccezioni in costanza delle quali l'aborto possa essere depenalizzato.

Tale risultato è stato raggiunto attraverso l'utilizzo, a partire dal 2007, dei c.d. "*procedural rights*": come osserva Erdman, «by obligating states to make effective rights to abortion already recognized in national law, procedural rights allow the European Court to work through rather than against the State, and to enlist its democratic forces and institutions in the effective protection of reproductive rights»⁶⁹.

6.1. *La Giurisprudenza CEDU nei confronti della Polonia: una breve digressione*

Tysiac v. Poland rappresenta il primo caso in cui la Corte EDU è stata chiamata a decidere di un ricorso in tema di accesso all'aborto. I giudici di Strasburgo hanno evitato di addentrarsi nel tema sostanziale del diritto all'aborto, concentrandosi, invece sugli aspetti procedurali, particolarmente

⁶⁶ *Tysiac v. Poland*, 5410/03, decisione del 20 marzo 2007.

⁶⁷ *A.B.C. v. Ireland*, 25579/05 decisione del 16 dicembre 2016.

⁶⁸ J. ERDMAN, *Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 22(44), 2014, p. 22.

⁶⁹ *Ibidem*.

problematici della legislazione polacca⁷⁰. Nonostante l'aborto sia un reato, la legislazione polacca ammette alcune eccezioni che lo rendono esperibile legalmente: in particolare in caso di rischio per la salute e la vita della donna. In tali circostanze si può accedere alla pratica abortiva solo previo certificato medico che attesti la concreta situazione di rischio⁷¹.

La signora Tysiac, affetta da molti anni da una grave forma di miopia, era rimasta incinta del terzo figlio nel 2000. Preoccupata per le conseguenze eventuali di un parto sul suo già precario stato di salute, la donna si era recata presso un medico specialistico, per ottenere un certificato che attestasse come il parto avrebbe costituito un fattore di rischio per la sua salute, legittimandola così ad avanzare richiesta per un aborto legale.

Tuttavia, nessuno dei due specialisti che la signora Tysiac aveva consultato aveva accertato la sussistenza dei presupposti per autorizzare l'aborto, non potendosi dimostrare la correlazione tra prosecuzione della gravidanza e peggioramento della vista. La signora Tysiac si rivolse pertanto ad un medico generico, il quale invece certificò che la gravidanza avrebbe potuto costituire un fattore di rischio per la salute della gestante. Quest'ultima si presentò nel corso del secondo mese presso una clinica abortiva con il certificato medico. Lì venne ulteriormente visitata da un quarto medico, il quale tuttavia affermò che la patologia visiva della donna non costituiva presupposto sufficiente per abortire.

La donna non poté pertanto procedere con l'interruzione della gravidanza e diede alla luce un bambino con parto cesareo. Tuttavia, dopo il parto, la sua vista peggiorò notevolmente e sei settimane dopo venne ricoverata d'urgenza per una emorragia alla retina. I servizi sociali le riconobbero una disabilità significativa, tanto da consigliarle di imparare l'alfabeto braille.

La signora Tysiac, dopo aver esperito i ricorsi interni, adì la Corte EDU, per violazione da parte della Polonia degli artt. 8, 3 e 14 CEDU.

La Corte nella sentenza pronunciata nel 2007 riconosce la violazione dell'art. 8 da parte della Polonia, laddove la legislazione polacca non con-

⁷⁰ Legge sulla pianificazione familiare (protezione del feto e condizioni che permettono l'interruzione di gravidanza), 93.17.78, 1993.

⁷¹ Un medico che pone fine a una gravidanza senza rispettare i limiti posti dalla legge polacca deve rispondere penalmente ed è prevista una pena fino a tre anni di reclusione.

tiene un «effective mechanism capable of determining whether the conditions for obtaining a legal abortion had been met in her case». In altri termini, al cospetto dei giudici di Strasburgo, una volta ammessa la possibilità di abortire, sebbene con i determinati limiti, lo Stato deve assicurare che tale possibilità sia percorribile e che non venga di fatto ostacolata. Sebbene la Corte non si spinga a definire l'aborto come un diritto, rispettando l'impostazione della legge polacca, essa afferma come, una volta che l'ordinamento abbia riconosciuto tale possibilità, dovrebbe essere sempre assicurato l'accesso concreto ai servizi abortivi. Monito, questo, ripetuto a più riprese dalla Corte EDU, nei successivi casi *R.R. v. Poland*⁷² del 2011 e *P. and S. v. Poland*⁷³ del 2013. Coerentemente con quanto ha affermato in *Tysiac*, in *P and S*, si legge: «the effective access to reliable information on the conditions for the availability of lawful abortion, and the relevant procedures to be followed, is directly relevant for the exercise of personal autonomy. (...). The nature of the issues involved in a woman's decision to terminate a pregnancy or not is such that the time factor is of critical importance. The procedures in place should therefore ensure that such decisions are taken in good time. The uncertainty which arose in the present case despite a background of circumstances in which under Article 4 (a) 1.5 of the 1993 *Family Planning Act* there was a right to lawful abortion resulted in a striking discordance between the theoretical right to such an abortion on the grounds referred to in that provision and the reality of its practical implementation»⁷⁴.

Sempre con riferimento alla giurisprudenza CEDU, può essere da ultimo menzionato il caso *B.B. v Poland*⁷⁵. Nel caso di specie, la ricorrente aveva sollecitato di poter interrompere la propria gravidanza nel corso della ventunesima settimana, essendo il feto affetto da gravi malformazioni.

A fronte del rifiuto del direttore della clinica di praticare l'aborto per ragioni di coscienza, essa aveva provato ad abortire presso un'altra clinica: tuttavia, essendo nel frattempo stati superati i limiti temporali ammessi

⁷² *R.R. v. Poland*, n. 27617/04, 26 maggio 2011.

⁷³ *P and S. v. Poland*, n. 57375/08, 30 gennaio 2013.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *B.B. v. Poland*, n. 67171/17, 18 ottobre 2022.

dalla legge, la ricorrente era stata costretta a partorire un bambino di lì a poco deceduto.

La signora B.B. adiva quindi la Corte EDU per violazione degli art. 3 (trattamento inumano e degradante, essendogli stato impedito l'aborto a fronte di una malformazione fetale letale) e 8 CEDU (quest'ultimo letto in combinato disposto con gli art. 13 e 14).

La Corte, tuttavia, dichiarava il ricorso inammissibile, in quanto l'avvio di un procedimento civile nei confronti della clinica e, soprattutto, il preventivo raggiungimento di un accordo transattivo tra le parti «were *per se* an effective manner of challenging the failures alleged by the applicant»⁷⁶.

Infine, si tenga presente che, con sentenza K1/20 del 22 ottobre 2020 (pubblicata il 27 gennaio 2021), il Tribunale Costituzionale polacco ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 1, n. 2, della Legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto, il quale permetteva – tra le altre cause – l'interruzione della gravidanza in caso di gravi malformazioni del feto.

A fronte di una legislazione già particolarmente restrittiva in materia tra gli Stati del continente europeo (senza considerare Malta e Andorra, che vietano l'aborto senza alcuna eccezione), il citato intervento giurisdizionale ha di fatto imposto una proibizione quasi assoluta all'interruzione di gravidanza in Polonia, rappresentando gli aborti per malformazioni fetali la quasi totalità di quelli ivi praticati⁷⁷.

⁷⁶ *Ivi*, §51, la quale afferma altresì (§56) che «in bringing civil proceedings for compensation the applicant used the domestic remedies available and in settling those claims for a substantial amount of compensation and waiving the further use of such remedies, she may no longer claim to be a victim of a violation of the substantive guarantees of the Convention within the meaning of Article 34 of the Convention».

⁷⁷ Per un commento, cfr. J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2, 2022, il quale ricorda che «i restanti casi di interruzione legale della gravidanza sono riferiti alla possibilità che essa possa costituire un rischio per la vita della donna incinta, o che vi sia sospetto che essa sia il frutto di un illecito sessuale, si tratti di stupro o di violenza carnale, con limitazione al termine di dodici settimane dalla presunta data del concepimento: essi sono il meno del due per cento dei residui casi di aborto ancora leciti».

6.2. *Il caso A.B.C. v. Ireland*

Pur rimandando l'analisi del caso al capitolo III, non ci si può esimere dall'introdurre le problematiche poste dal caso *A.B.C. v. Ireland*, deciso dalla Grande Camera il 16 dicembre 2010. Il caso aveva sollevato grandi aspettative, avendo tutti i presupposti per diventare una nuova *Roe v. Wade* in salsa europea⁷⁸. Al contrario, nella sentenza in esame, la Corte ha mostrato una apprezzabile cautela nella valutazione riguardo alla conformità della disciplina irlandese in materia di aborto rispetto ai diritti affermati dalla CEDU⁷⁹.

Come già accennato, la legislazione irlandese sul tema risultava essere una della più severe d'Europa: si aggiunga qui solo che, a seguito di una modifica della Costituzione nel 1992, resa possibile anche dalle norme dell'ordinamento comunitario sulla libera circolazione delle persone, si era aperta la possibilità di recarsi all'estero per abortire, anche nei casi che, al metro dell'ordinamento irlandese, costituivano comportamenti penalmente rilevanti.

È a fronte di questo contesto legislativo che le tre ricorrenti del caso *A. B. and C. v. Ireland*, dopo aver abortito in Gran Bretagna, hanno adito la Corte EDU, sollevando, tra le altre doglianze, la violazione dell'art. 8 della CEDU da parte della disciplina irlandese. Rimandando l'analisi del caso al capitolo III, ci si concentra qui sulla posizione della terza ricorrente, la quale reclamava, a differenza delle altre, di essere in grave pericolo di vita essendo stata colpita da una rara forma di cancro che, a seguito della

⁷⁸ C.K. SHANNON., *A., B. & C. v. Ireland: 'Europe's Roe v. Wade'?*, in *Lewis & Clark Law Review*, 14(3), 2010, p. 1189 ss.

⁷⁹ La sentenza è stata ampiamente commentata in dottrina; tra gli altri si segnalano, 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; A. COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 gennaio 2011; D. FENWICK, *The modern abortion jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Medical Law International*, 12(3-4), 2013, p. 249 ss.; F. MENA PARRAS, *La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un 'punto de inflexión' en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 8, 2012, pp. 115-124.

gravidanza, avrebbe potuto aggravarsi. La donna era ricorsa alla possibilità di abortire all'estero, lamentando, tuttavia, l'assenza di una legge attuativa del dettato costituzionale e finalizzata a definire una procedura mediante la quale accertare la presenza delle condizioni per praticare legalmente un aborto entro i confini nazionali. Verificato il previo esaurimento dei rimedi interni, il giudizio di merito si concentra sulla compatibilità della legislazione irlandese in materia di aborto con l'art. 8 CEDU, il quale, come precisa la Corte «cannot, accordingly, be interpreted as conferring a right to abortion» [§ 213].

I giudici di Strasburgo, in merito al ricorso della terza donna, riconoscono che la legislazione irlandese è vaga nello stabilire in quali casi l'aborto sia permesso, impedendo alle donne di poter valutare la liceità o meno dell'aborto nel caso concreto. È proprio tale indeterminatezza a risolversi in una violazione dell'art. 8 CEDU, nella misura in cui lo stato non ha adottato le misure necessarie per rendere effettivo il diritto convenzionale in rilievo.

Se, come già aveva fatto nel caso *Tysiak v. Poland*, la Corte mette in evidenza gli obblighi positivi in capo allo Stato per garantire l'effettivo rispetto della vita privata e per tutelarla da arbitrarie interferenze dei pubblici poteri nel caso dell'aborto, in *A.B.C. v. Ireland* essa sembra attenersi ad un certo *self restraint* a fronte della complessità del tema e del bilanciamento operato dall'ordinamento irlandese, ritenuto espressione di profondi valori morali radicati nella società, dei quali il legislatore nazionale sembra essere il miglior interprete. Legislatore nazionale che si è rivelato peraltro attento ai moniti sollevati dalla Corte, approvando, nel luglio del 2013, una legge volta proprio a specificare i casi e a determinare i requisiti sulla base dei quali è possibile accedere all'aborto in maniera del tutto legale. Attualmente, in Irlanda è infatti possibile ricorrere all'aborto ai sensi del *Protection of Life During Pregnancy Act* solo qualora sia in pericolo la vita della madre per una malattia, per una emergenza o nel caso in cui vi sia un effettivo rischio di suicidio della gestante. Condizioni che, come vedremo, sono state oggetto della campagna volta alla modifica costituzionale dell'VIII Emendamento.

6.3. Alcuni spunti di riflessione sulla giurisprudenza della CEDU

Come si può intuire dalla breve ricostruzione dei casi presentati, la vicenda della regolamentazione dell'aborto in Europa è un capitolo ancora aperto che si regge su fragili equilibri, suscettibili di subire futuri aggiustamenti, dagli esiti più diversi.

Del resto, che la Corte EDU si muova in un terreno incerto emerge anche da alcuni passaggi delle sentenze sopra citate. Da un lato, la Corte riconosce come dal sistema della Convenzione non si possa ricavare un *diritto* all'aborto e, tantomeno, un diritto che appartenga unicamente alla donna, venendo in rilievo anche la relazione inestricabile che si instaura tra la sua vita e quella del feto nel corso della gravidanza⁸⁰. Dall'altro, i giudici si concentrano sugli aspetti procedurali per rendere l'aborto, ove riconosciuto, effettivamente fruibile. Parte della dottrina ha visto in tale attenzione agli aspetti procedurali dell'aborto un modo per affermare, in via indiretta, l'esistenza di un diritto all'accesso all'aborto e per imporre uno standard legislativo ai Paesi membri. È questo il *j'accuse* del giudice Borrego nella sua *dissenting opinion* nel caso *Tysiac*, il quale ammonisce che «the judgment goes too far as it contains indications to the Polish authorities concerning the implementation of legislation specifying the conditions governing access to a lawful abortion»⁸¹ e ancora, sarcasticamente si chiede: «Is this the law that the Court is laying down to Poland?»⁸².

⁸⁰ La Corte, tuttavia, evita di addentrarsi nell'ambito della definizione dello *status* dell'embrione. Tale profilo si era già posto in maniera particolarmente problematica nel noto caso *Vo v. France* (Application n. 53924/00, Judgment 8/7/2004) deciso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Il caso riguardava un errore medico che aveva provocato l'aborto di un feto sano di sei mesi di gestazione. La madre e ricorrente, la Sig.ra Vo, invocava l'applicazione della normativa penale che punisce l'omicidio contro il medico responsabile dell'aborto. La Corte EDU adita dalla ricorrente evita di entrare nel terreno scivoloso della determinazione dell'inizio della vita e dell'applicazione dell'art. 2 (che protegge il diritto alla vita) per la vita prenatale, giocando sull'ampio margine di apprezzamento riconosciuto al legislatore nazionale (francese nel caso di specie). Sul caso si vedano, tra gli altri, J. PICHON, *Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France*, in *German Law Journal*, 17(4), 2004, p. 433 ss.; A. PLOMER, *A Foetal Right to life? The Case Vo v. France*, in *Human Rights Law Review*, 5(2), 2005, p. 311 ss.

⁸¹ *Tysiac v. Poland*, 5410/03, cit., *Dissenting Opinion*, p. 41.

⁸² *Ibidem*.

Se certamente non si ignora questo effetto collaterale di una visione procedurale dei diritti, che inevitabilmente giunge a toccare anche la sostanza della regolamentazione, ponendo i «national policy-makers in the shadow of future litigation», e «provoking a politics of adaptation»⁸³, d'altro canto pare di doversi valorizzare l'ampio margine d'apprezzamento usato dalla corte nelle sentenze esaminate che lascia agli Stati il compito di bilanciare il diritto alla vita del nascituro e i diritti alla vita e alla *privacy* della madre.

In altre parole, da un lato, la Corte non entra nel merito della tutela accordata al nascituro da parte del sistema convenzionale e della titolarità in capo allo stesso del diritto alla vita riconosciuto dall'art. 2 CEDU, mostrando una certa cautela ad addentrarsi nel terreno minato del riconoscimento/diniego del diritto alla vita *ex art. 2 CEDU* in capo al nascituro, come già aveva affermato, sollevando molte perplessità, nel caso *Vo v. France*: «non è desiderabile, né possibile, rispondere in astratto alla questione se il non nato è una persona agli effetti dell'art. 2 CEDU»⁸⁴. Dall'altro però la potenzialità del ricorso ad argomenti procedurali è tale da influenzare i legislatori statali⁸⁵: come osservato, «by explaining how the state currently fails in this obligation, the Court implicitly guides the state on reform of its laws»⁸⁶.

Riaffiora, dunque, anche in questa «svolta procedurale» della Corte EDU, il delicato rapporto tra istanze giurisdizionali e democratico-rap-

⁸³ J.N. ERDMAN, *The Procedural Turn: Abortion at the European Court of Human Rights*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS (a cura di), *Abortion law in Transnational Perspective*, cit., p. 129.

⁸⁴ Si tratta, invero, di una ritrosia forse condivisibile di fronte ad una materia, quella dell'inizio della vita e della possibilità di porre ad essa fine, che corre lungo profonde divergenze ed incertezze le quali, nonostante un *trend* libertario diffuso nella maggior parte delle legislazioni vigenti, permangono e si manifestano non solo tra i diversi ordinamenti, ma anche all'interno degli stessi, all'interno delle loro società civili, della scienza giuridica e, finanche, della scienza medica.

⁸⁵ In generale, sugli obblighi derivanti dalla giurisprudenza CEDU per gli Stati si rimanda a B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁸⁶ J.E. ERDMAN, *The procedural Turn: Abortion at the European court of Human Rights*, cit., p. 132.

presentative, all'esito del quale la Corte EDU pare agire non tanto «as an international or regional court, but as a constitutional actor that participates in the formation of European public order»⁸⁷.

7. "The least examined branch": il ruolo dei legislatori

Leggendo in parallelo l'evoluzione della giurisprudenza americana e della Corte EDU è forse possibile identificare in controluce un aspetto che le accomuna, pur nelle profonde, strutturali differenze⁸⁸: in entrambi i casi il fatto che la questione dell'aborto sia approdata alle Corti ha messo in luce la tensione e la dialettica con quella che è stata definita «the least examined branch»⁸⁹, ovvero sia il potere legislativo, sia nelle sue forme "ordinarie" che di revisione costituzionale.

Indagando tuttavia la dimensione della regolamentazione dell'aborto oltre il perimetro delle Corti, il ruolo del legislatore appare tutt'altro che secondario, anche laddove apparentemente l'interpretazione data dalle Corti Supreme circa i diritti costituzionali in rilievo sembrerebbe aver compresso la possibilità dei legislatori di attuare politiche che siano portatrici di una visione alternativa e diversa rispetto a quella sostenuta dai giudici.

Questo è chiaro se si guarda alla storia dell'*abortion litigation* negli Stati Uniti dove decisioni della Corte Suprema e leggi statali e federali si

⁸⁷ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015, p. 156.

⁸⁸ Non può per esempio sfuggire il fatto che la Corte EDU, a differenza della Corte Suprema, non è una corte federale. Come rileva Ruotolo «occorre, infatti, considerare che la giurisprudenza della Corte EDU è una giurisprudenza casistica, che si confronta con il diritto nazionale specifico. Di qui l'impossibilità di configurare uno specifico obbligo di risultato nei confronti degli 'altri' Stati, potendosi al più rispetto ad essi riconoscere una capacità condizionante non già della pronuncia ma 'dell'interpretazione della disposizione pattizia' in essa resa dalla Corte dei diritti, magari con una maggiore intensità nei confronti di quei Paesi che abbiano assunto la posizione di *amicus curiae* nel corso dello specifico giudizio», M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. il "caso" dell'art. 27 comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2, 2013, p. 2.

⁸⁹ R. BAUMAN, T. KAHANA, *The Least Examined Branch: The role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge University Press, 2006.

rincorrono nell'incessante tentativo di queste ultime di trovare margini di autonomia nelle sempre più strette maglie definite dalla giurisprudenza.

In riferimento agli Stati Uniti non può non menzionarsi la vicenda che ha condotto alla nota decisione del caso *Gonzales v. Carhart* (2007)⁹⁰, dove la legge del Congresso⁹¹, che proibiva una certa pratica abortiva applicata nei c.d. aborti tardivi e comunemente definita “partial birth abortion”, ha superato il vaglio di costituzionalità della Corte Suprema. Il caso è particolarmente rilevante non solo alla luce di un nuovo orientamento della Corte Suprema rispetto alla questione abortiva⁹², ma soprattutto per il riconoscimento del margine di intervento del legislatore federale nel porre limiti a determinate pratiche abortive, laddove ci sia incertezza scientifica circa la necessità di ricorrere ad esse: «Where it has a rational basis to act, and it does not impose an undue burden, the State may use its regulatory power to bar certain procedures and substitute others, all in furtherance of its legitimate interests in regulating the medical profession in order to promote respect for life, including life of the unborn»⁹³. Questa affermazione si estende tanto al legislatore federale (il Congresso), quanto ai legislatori statali⁹⁴ che, sotto diversi profili, cercano di porre limiti all'accesso alle pratiche abortive⁹⁵.

⁹⁰ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

⁹¹ Si tratta del *Partial Birth Abortion Ban Act* del 2003 (18 U.S.C. §1531 (2000 ed. Supp. IV)).

⁹² Per il quale si rimanda *infra*, Cap. II.

⁹³ *Gonzales v. Carhart* (2007), cit.: «The Act's ban on abortions that involve partial delivery of a living foetus furthers the Government's objectives. No one would dispute that, for many, D&E is a procedure itself laden with the power to devalue human life. Congress could nonetheless conclude that the type of abortion proscribed by the Act requires specific regulation because it implicates additional ethical and moral concerns that justify a special prohibition. Congress determined that the abortion methods it proscribed had a disturbing similarity to the killing of a new-born infant, congressional Findings (14) (L), in notes following 18 U.S.C. §1531 (2000 ed., Supp. IV), p. 769, and thus it was concerned with drawing a bright line that clearly distinguishes abortion and infanticide».

⁹⁴ Secondo i dati del Guttmacher Institute, tra il 2011 e il 2015 sono state introdotte 288 restrizioni all'aborto a livello statale.

⁹⁵ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for*

Anche il caso irlandese vede, accanto a un filone giurisprudenziale che sicuramente ha contribuito all'evoluzione della regolamentazione dell'aborto, il continuo richiamo alla volontà popolare, ora mediata dalle istituzioni rappresentative ora invocata mediante referendum e altre forme di democrazia partecipativa ad esprimersi sul bilanciamento tra diritto alla vita del nascituro e libertà della donna.

Come si cercherà di evidenziare, la storia antica e recente della regolamentazione dell'aborto nei due ordinamenti analizzati, in definitiva, è costantemente segnata dalla dialettica, dalla competizione e dal conflitto tra poteri nella regolamentazione dell'aborto: come afferma Balkin in riferimento al caso americano (ma cogliendo anche ciò che è avvenuto in Irlanda), «like all important constitutional ideas, it is the work of a dialectical process that engages all of the major institutions of American law-making, and it has been fashioned through controversy and strife, through trial and error – and with many mistakes and hesitations along the way – out of the raw materials of American politics»⁹⁶.

the Abortion Right After Whole Woman's Health, in *Yale Law Journal Forum*, 12 October 2016, p. 149 ss.

⁹⁶ J. BALKIN, *Roe v. Wade. An Engine of Controversy*, in J.M. BALKIN (a cura di), *What Roe v. Wade Should have said*, cit., p. 24.

CAPITOLO II

LA REGOLAMENTAZIONE DELL'ABORTO NEGLI STATI UNITI: DA *ROE* A *DOBBS*

SOMMARIO: 1. L'aborto negli Stati Uniti d'America. – 2. Il caso *Roe v. Wade* e la teoria dei trimestri. – 2.1. Le implicazioni costituzionali di *Roe*: una “never ending story”. – 2.2. *Roe* e la separazione dei poteri. – 3. *After Roe*: una giurisprudenza in “chiaroscuro”. – 4. Il caso *Webster v. Reproductive Health Services*. – 5. *Planned Parenthood v. Casey*: la Corte “rivisita” i principi sanciti in *Roe*. – 5.1. *Casey* e l'utilizzo del dato scientifico. – 5.2. Rileggendo *Casey* in controluce: “l'auto-coscienza” del ruolo del giudiziario. – 6. Il ruolo dei “legislatori”. – 7. *Gonzales v. Carhart*: premessa per un nuovo paradigma? – 8. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*. – 8.1. L'*undue burden test* tra *ratio* del legislatore ed evidenze scientifiche. – 8.2. Gli scenari aperti da *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*. – 9. La Corte ritorna sull'*undue burden test*: *June Medical Services v. Russo*. – 10. Ruth Bader Ginsburg e la questione dell'aborto. – 11. Il *Texas Heartbeat Act* come “anticipazione normativa” di *Dobbs* (e non solo). – 12. Il caso *Dobbs*: una nuova fase per la regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti. – 12.1. Il *legal reasoning* di *Dobbs*. – 12.2. Il principio dello *stare decisis*. – 12.3. *Dobbs*: una sentenza originalista? – 12.4. L'aborto negli Stati Uniti dopo *Dobbs*. Alcune suggestioni *de jure condendo*.

1. *L'aborto negli Stati Uniti d'America*

Il tema dell'aborto costituisce, ancora oggi, e forse più che in Europa, fonte di forti contrapposizioni nella società americana, tra coloro che invocano una maggior tutela del diritto alla vita del nascituro (c.d. *pro-life*) e coloro invece che sostengono la primazia del diritto della donna all'autodeterminazione (c.d. *pro-choice*).

Sullo sfondo di questa – forse fin troppo schematica – contrapposizione s'intrecciano, come si è visto nel capitolo I, molte delle questioni fondamentali del costituzionalismo, come la tutela dei diritti fonda-

tali, il rapporto tra giudice e legislatore e il ruolo del federalismo.

In particolare, in riferimento a quest'ultimo profilo, occorre subito evidenziare che la Costituzione americana non sancisce il diritto della donna di abortire e non vi è nemmeno una legge federale che lo regolamenti (ad eccezione della legge che bandisce determinate pratiche abortive, ad esempio il *Partial Birth Abortion Ban Act*, che verrà in seguito ampiamente affrontato). Il silenzio della legislazione federale è spiegato dal fatto che, in linea di principio, la disciplina legislativa in materia di aborto è lasciata ai singoli Stati.

Eppure, quando si parla di aborto in America se ne parla come di un diritto riconosciuto in via generale nell'ordinamento, al di là di qualche sfumatura statale su aspetti di solito meramente procedurali. Benché non del tutto errata, questa lettura rischia però di essere fuorviante: nonostante l'aborto sia una questione la cui regolamentazione spetta agli Stati, la giurisprudenza della Corte Suprema ha affermato la libertà della donna di abortire come diritto costituzionalmente garantito.

Si può intuire la portata rivoluzionaria della giurisprudenza della Corte Suprema guardando al fatto che, prima del 1973, la legislazione della maggioranza degli Stati americani, di stampo ottocentesco, si attestava su posizioni molto restrittive, prevedendo un quasi assoluto divieto di abortire e la punibilità di chiunque aiutasse la donna ad abortire in qualsiasi momento della gravidanza, ad eccezione del caso in cui la vita della donna fosse in pericolo¹.

Come accennato in precedenza, solo un terzo degli Stati americani, a partire dal secondo dopoguerra, aveva introdotto una certa liberalizzazione dell'aborto, consentendo al medico di poter interrompere la gravidanza su richiesta della donna qualora, in qualsiasi stadio della gravidanza, la sua vita, la sua salute fisica e psichica fossero in pericolo o nel caso in cui il bambino fosse afflitto da gravi difetti fisici o mentali o quando la gravidanza fosse la conseguenza di violenza o incesto. Solo quattro Stati (Alaska, Hawaii, New York e Washington) all'epoca della sentenza *Roe* avevano adottato una legislazione che depenalizzava l'aborto se praticato da un medico autorizzato e nel rispetto delle procedure sanitarie².

¹ G. BOGNETTI, *Esperienze straniere*, cit., p. 5 ss.

² *Ibidem*.

Lo scenario che si è appena descritto è stato, come anticipato, letteralmente stravolto dalla sentenza della Corte Suprema nel caso *Roe v. Wade* del 1973, con la quale la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un diritto costituzionalmente protetto della donna ad abortire – seppur con determinati limiti – che gli Stati nelle loro legislazioni in materia di aborto sono tenuti a rispettare.

2. *Il caso Roe v. Wade e la teoria dei trimestri*

Commentando la sentenza della Corte Suprema, Tribe ne riconosceva la portata dirompente: «*Roe v. Wade* is many things. It is a legal decision by the Supreme Court; a rallying cry for both sides in the abortion debate. But it is also, and was at first, an entirely human story, one that has become by now familiar to many, a story similar to other stories repeated all over the United States every day»³.

Roe è lo pseudonimo di una giovane donna texana, Norma McCorvey, che, dichiarando di aver subito una violenza a seguito della quale era rimasta incinta, intendeva abortire.

Tuttavia alla luce della legislazione texana dell'epoca, ed in particolare degli articoli 1191-1194 dello *State of Texas Penal Code*⁴, l'aborto era

³ L. TRIBE, *The Clash of Absolutes*, cit., p. 4.

⁴ Article 1191. Abortion: «If any person shall designedly administer to a pregnant woman or knowingly procure to be administered with her consent any drug or medicine, or shall use towards her any violence or means whatever externally or internally applied, and thereby procure an abortion, he shall be confined in the penitentiary not less than two nor more than five years; if it be done without her consent, the punishment shall be doubled. By 'abortion' is meant that the life of the fetus or embryo shall be destroyed in the woman's womb or that a premature birth thereof be caused».

Art. 1192. Furnishing the means: «Whoever furnishes the means for procuring an abortion knowing the purpose intended is guilty as an accomplice».

Art. 1193. Attempt at abortion: «If the means used shall fail to produce an abortion, the offender is nevertheless guilty of an attempt to produce abortion, provided it be shown that such means were calculated to produce that result, and shall be fined not less than one hundred nor more than one thousand dollars».

Art. 1194. Murder in producing abortion: «If the death of the mother is occasioned by an abortion so produced or by an attempt to effect the same it is murder».

ammesso solo nel caso in cui fosse necessario per salvare la vita della madre. In tutti gli altri casi il medico che avesse aiutato la donna ad abortire era punibile con una pena da 2 a 5 anni di reclusione. La donna, invece, non era in nessun caso punibile ai sensi del codice penale texano.

Dal momento che non poteva configurarsi la punibilità della donna, ella non avrebbe potuto eccepire l'incostituzionalità della legge texana dopo l'interruzione di gravidanza nell'applicazione della legge penale; l'azione della donna era volta ad ottenere, nel corso delle gravidanze, un *declaratory judgment* e una *injunction* da parte di una corte federale, al fine di inibire preventivamente il *District Attorney* dall'incriminare il medico che l'avesse aiutata ad abortire. Al diniego dell'*injunction*, il caso approdò alla Corte Suprema, diventando ormai una causa fittizia, in quanto nel frattempo la donna aveva già partorito e nessun effetto concreto sul caso di specie poteva derivare da un pronunciamento della Corte Suprema.

Di norma la Corte Suprema non decide casi fittizi (*moot*). Tuttavia, nel caso di specie, la Corte Suprema ritenne di dover decidere il caso in quanto considerato come una "*class action*"⁵, ovvero suscettibile di rap-

Art. 1196. By medical advice: «Nothing in this chapter applies to an abortion procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother».

The foregoing Articles, together with Art. 1195, compose Chapter 9 of Title 15 of the Penal Code. Article 1195, not attacked here, reads:

Art. 1195. Destroying unborn child

«Whoever shall during parturition of the mother destroy the vitality or life in a child in a state of being born and before actual birth, which child would otherwise have been born alive, shall be confined in the penitentiary for life or for not less than five years».

⁵ La Corte così giustifica la decisione di giudicare nel merito il caso *Roe*: «The usual rule in federal cases is that an actual controversy must exist at stages of appellate or certiorari review, and not simply at the date the action is initiated. *United States v. Mun-singwear, Inc.*, 340 U. S. 36 (1950); *Golden v. Zwickler, supra*; *SEC v. Medical Committee for Human Rights*, 404 U. S. 403 (1972). But when, as here, pregnancy is a significant fact in the litigation, the normal 266-day human gestation period is so short that the pregnancy will come to term before the usual appellate process is complete. If that termination makes a case moot, pregnancy litigation seldom will survive much beyond the trial stage, and appellate review will be effectively denied. Our law should not be that rigid. Pregnancy often comes more than once to the same woman, and in the general population, if man is to survive, it will always be with us. Pregnancy provides a classic justification for a conclusion of non-mootness. It truly could be "capable of repetition, yet evading review." *Southern Pacific Terminal Co. v. ICC*, 219 U. S. 498, 219 U.

presentare l'interesse di tutte quelle donne che si sarebbero trovate nella medesima situazione della ricorrente, ovverosia che avrebbero voluto abortire ma che non avrebbero potuto farlo per i divieti imposti dalla legge penale statale.

Nella sentenza *Roe v. Wade* la Corte Suprema ha riconosciuto che la legge del Texas, nel non permettere l'aborto se non allo scopo di salvare la vita della donna, violava la sfera esclusiva di *privacy* garantita alla persona del XIV Emendamento della Costituzione. Il diritto di *privacy* non era espressamente riconosciuto in Costituzione, ma è stato enucleato progressivamente dalla giurisprudenza della Corte Suprema che lo ha ancorato, di volta in volta, al I, al IV, al V, al XIV Emendamento e al IX Emendamento che prevede l'esistenza di diritti fondamentali innominati⁶.

I confini di questo diritto non sono esattamente definiti dalla Corte e, tuttavia, in tale concetto possono essere inclusi tutti i diritti fondamentali, ed in particolare le aree relative al matrimonio, alla procreazione, all'uso di contraccettivi, all'educazione dei figli: aree che la Costituzione vuole libere da interferenze statali⁷. Alla luce di ciò la Corte afferma che il diritto della donna di decidere se terminare o portare avanti una gravidanza è un diritto fondamentale, parte del diritto alla *privacy*⁸. Come è stato no-

S. 515 (1911). See *Moore v. Ogilvie*, 394 U. S. 814, 394 U. S. 816 (1969); *Carroll v. Princess Anne*, 393 U. S. 175, 393 U. S. 178-179 (1968); *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U. S. 629, 345 U. S. 632-633 (1953).

⁶Non è possibile entrare nel dibattito intorno al significato del IX Emendamento, che costituisce uno degli aspetti più dibattuti dell'interpretazione della Costituzione americana. Per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali si rimanda a R.E. BARNETT, *The Ninth Amendment: It Means What It Says*, Working Paper Series, Public Law & Legal Theory Working Paper No. 05-14, 2004.

⁷«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», *Roe*, 401 U.S., p. 153.

⁸Nelle parole del giudice Blackmun: «The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psycho-

tato, a differenza che in *Griswold*, la Corte non ricava il diritto alla *privacy* dalla nozione vaga di “penombra” del *Bill of Rights*, ma lo ancora espressamente alla *Due Process Clause* del XIV Emendamento⁹. Pur riconoscendo all’aborto la natura di diritto costituzionale, la Corte si affretta ad affermarne il carattere non assoluto¹⁰.

Vi sono infatti dei *compelling interests* che possono legittimare un’interferenza statale nell’esercizio di tale diritto¹¹. In particolare, i *compelling interests* che vengono in rilievo sono la protezione della salute o della vita della donna e la protezione della vita del nascituro che, sebbene non sia considerato persona ai sensi del XIV Emendamento¹², risulta essere meri-

logical harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation», *Roe*, 401 U.S., p. 153.

⁹ Così E. CHERMERINSKY, M. GOODWIN, *Abortion: a woman’s private choice*, in *Texas Law review*, 95, 2017, p. 1204: «It is notable that the Court did not find privacy, as Justice Douglas did in *Griswold*, in the penumbra of the Bill of Rights, but instead as part of the liberty protected under the Due Process Clause».

¹⁰ «The privacy right involved, therefore, cannot be said to be absolute». La Corte richiama inoltre la pregressa giurisprudenza in materia di vaccinazioni obbligatorie e di sterilizzazione forzata a sostegno della non assolutezza dell’estensione dei diritti pur costituzionalmente protetti: «In fact, it is not clear to us that the claim asserted by some amici that one has an unlimited right to do with one’s body as one pleases bears a close relationship to the right of privacy previously articulated in the Court’s decisions. The Court has refused to recognize an unlimited right of this kind in the past. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905) (vaccination); *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927) (sterilization)». Si veda *Roe*, 410 U.S., p. 154.

¹¹ «A State may properly assert important interests in safeguarding health, in maintaining medical standards, and in protecting potential life. At some point in pregnancy, these respective interests become sufficiently compelling to sustain regulation of the factors that govern the abortion decision», *Roe*, 410 U.S., p. 154.

¹² Il tema dell’applicazione del concetto di persona ai sensi del XIV Emendamento è affrontato dalla Corte sia attraverso l’analisi testuale che storica del possibile significato da attribuire al concetto di persona costituzionalmente previsto. Si legge infatti nella sentenza *Roe*: «The Constitution does not define “person” in so many words. Section 1

tevole di tutela secondo la Corte allorché la potenzialità di vita che esso è abbia raggiunto un grado di sviluppo tale da poter dar luogo ad una vita in atto.

È proprio nel tentativo di contemperare i diversi interessi in gioco che la Corte Suprema elabora quella che verrà poi definita come “teoria dei trimestri”. Secondo questa teoria, nel primo trimestre lo Stato non può interferire con la decisione della donna di terminare una gravidanza, ma può solo richiedere che l’aborto venga praticato da un medico autorizzato. Nel secondo trimestre lo Stato può intervenire nella regolamentazione dell’aborto solo al fine di proteggere la salute della madre, che è il *compelling interest* che viene in rilievo in questo stadio e che legittima l’intervento del potere pubblico. Poiché, infatti, nel corso del secondo trimestre l’operazione di aborto si fa più complessa e comporta

of the Fourteenth Amendment contains three references to “person.” The first, in defining “citizens,” speaks of “persons born or naturalized in the United States.” The word also appears both in the Due Process Clause and in the Equal Protection Clause. “Person” is used in other places in the Constitution: in the listing of qualifications for Representatives and Senators, Art. I, § 2, cl. 2, and § 3, cl. 3; in the Apportionment Clause, Art. I, § 2, cl. 3; [53] in the Migration and Importation provision, Art. I, § 9, cl. 1; in the Emolument Clause, Art. I, § 9, cl. 8; in the Electors provisions, Art. II, § 1, cl. 2, and the superseded cl. 3; in the provision outlining qualifications for the office of President, Art. II, § 1, cl. 5; in the Extradition provisions, Art. IV, § 2, cl. 2, and the superseded Fugitive Slave Clause 3; and in the Fifth, Twelfth, and Twenty-second Amendments, as well as in §§ 2 and 3 of the Fourteenth Amendment. But in nearly all these instances, the use of the word is such that it has application only postnatally. None indicates, with any assurance, that it has any possible pre-natal application. All this, together with our observation, that throughout the major portion of the 19th century prevailing legal abortion practices were far freer than they are today, persuades us that the word “person”, as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn. This is in accord with the results reached in those few cases where the issue has been squarely presented. *McGarvey v. Magee-Womens Hospital*, 340 F. Supp. 751 (WD Pa. 1972); *Byrn v. New York City Health & Hospitals Corp.*, 31 N.Y. 2d 194, 286 N.E.2d 887 (1972), appeal docketed, No. 72-434; *Abele v. Markle*, 351 F. Supp. 224 (Conn. 1972), appeal docketed, No. 72-730. Cf. *Cheaney v. State*, ___ Ind., at ___, 285 N.E. 2d, at 270; *Montana v. Rogers*, 278 F.2d 68, 72 (CA7 1960), aff’d *sub nom. Montana v. Kennedy*, 366 U.S. 308 (1961); *Keeler v. Superior Court*, 2 Cal. 3d 619, 470 P.2d 617 (1970); *State v. Dickinson*, 28 *159 Ohio St. 2d 65, 275 N.E.2d 599 (1971)”, *Roe*. 410 U.S., 158». *Contra*, tra gli altri, D.W. LOUISELL, *Abortion; The Practice of Medicine and the Due Process of Law*, in *UCLA Law Review*, 16, 1969, p. 233.

maggiori rischi per la donna, lo Stato, fermo restando il diritto della donna di decidere se abortire o meno, in vista di una maggiore tutela della salute della donna stessa, può regolare le modalità di aborto affinché esso avvenga in tutta sicurezza per la donna. Infine, nel terzo trimestre, dopo che il feto è divenuto capace di vita autonoma al di fuori del ventre della madre, la protezione della vita del nascituro è suscettibile di tutela da parte dello Stato, divenendo un *compelling interest*, tale da giustificare un'interferenza dello Stato nella decisione abortiva. In questo stadio lo Stato non solo può regolamentare l'aborto, ma può anche proibirlo, qualora non sia necessario per salvaguardare la vita o la salute della donna. In altri termini, un divieto generale di abortire in questo ultimo periodo della gravidanza rientra nel costituzionalmente legittimo, a patto che vi sia una eccezione per la tutela della salute o della vita della madre.

A conclusione di tali argomentazioni la Corte dichiara, con sette voti a favore contro due voti contrari¹³, che la norma del Texas che proibiva l'aborto ad ogni stadio della gravidanza era incostituzionale perché violava il diritto fondamentale della donna di scegliere o meno di abortire almeno nei primi due trimestri di gravidanza.

La portata della sentenza *Roe v. Wade* ha avuto effetti dirompenti per tutte le legislazioni statali più restrittive in materia di aborto, e ha introdotto uno standard comune nella regolamentazione dell'aborto che risulta essere, nella sua ispirazione di fondo, di impronta liberalizzatrice. Non è un caso che le *dissenting opinions* degli unici due giudici contrari all'esito di *Roe* riservino aspre critiche alla decisione stessa. Si pensi per esempio a quanto affermato dal giudice White, secondo il quale in *Roe* si è assistito ad «uno stravagante esercizio del potere legislativo. [...] La Corte valuta la tutela della madre più che l'esistenza della potenziale vita del feto: si può essere d'accordo o meno, ma non posso condividere le conclusioni della Corte perché non trovo alcun riferimento costituzionale per imporre un simile ordine di priorità, rispetto alla volontà dei legislatori dei singoli Stati. Tale questione dovrebbe essere conside-

¹³ I sette giudici a sostegno della decisione furono *Justices* Blackmun (relatore), Burger, Douglas, Brennan, Stewart, Marshall e Powell. Due furono le *dissenting opinions*, quelle di White e Rehnquist.

rata insieme al popolo e al processo politico cui il popolo ha demandato il governo dei propri affari»¹⁴.

L'effetto immediato di *Roe* fu quello di enunciare un principio secondo il quale le legislazioni di 49 Stati in materia di aborto sarebbero risultate invalide. Solo la legislazione dello Stato di New York risultava compatibile con i principi enunciati dalla Corte Suprema.

Tuttavia, la sentenza *Roe*, con la sua (solo) apparentemente chiara definizione della questione dell'aborto come diritto fondamentale, lungi dal chiudere il dibattito sul tema, ha operato come una sorta di cassa di risonanza, innescando una serie di reazioni legislative e politiche e diventando una delle decisioni più controverse della storia americana, non solo per il suo impatto "sociale", ma anche per le sue conseguenze sul diritto costituzionale, che meritano, dunque, di essere esplorate.

2.1. *Le implicazioni costituzionali di Roe: una "never ending story"*

Molteplici sono le implicazioni costituzionali della sentenza *Roe v. Wade*. Tutte potrebbero ascrivarsi al più generale dibattito circa il ruolo e l'estensione del potere giudiziario, ed in particolare della Corte Suprema nella definizione dei diritti garantiti anche laddove il testo della Costituzione è silente.

Problematica è apparsa, sin da subito, la riconduzione del diritto ad abortire al diritto alla *privacy*, ricavato a sua volta nelle pieghe del XIV Emendamento (ed in particolare nella "*liberty clause*")¹⁵.

Coloro che condividono il percorso argomentativo del giudice Blackmun affermano che la Corte non abbia fatto altro che proseguire in un filone interpretativo¹⁶ del XIV Emendamento iniziato nel 1923 con le

¹⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

¹⁵ L. TRIBE, *Abortion*, cit., p. 83 ss.

¹⁶ Giova forse ricordare che già prima di *Meyer e Pierce*, la Corte aveva a più riprese adottato un'interpretazione "sostanziale" del XIV Emendamento, benché a sostegno esclusivamente di libertà economiche – segnatamente la libertà di contratto in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) – anziché di una generica sfera di libertà. Si potrebbe anzi sostenere che *Meyer e Pierce* altro non abbiano fatto che estendere il campo d'applicazione del *legal reasoning* di *Lochner*.

sentenze *Meyer v. Nebraska*¹⁷ e *Pierce v. Society of Sisters*¹⁸. In entrambi i casi la Corte aveva individuato, da parte delle leggi statali in oggetto, una violazione della sfera di libertà garantita dal XIV Emendamento¹⁹, che avrebbe poi costituito la base per delineare il diritto alla *privacy*: come osserva Tribe, infatti, «from these quite ancient roots has developed the right to privacy, which Justice Blackmun wrote in *Roe*, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate a pregnancy»²⁰. Il diritto alla *privacy* è emerso anche in precedenti decisioni

¹⁷ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 1923. Il caso in esame aveva in oggetto una legge del Nebraska che rendeva illegale l'insegnamento nelle scuole pubbliche e private di qualsiasi altra lingua moderna che non fosse l'inglese. La Corte Suprema, investita della questione di legittimità, ha affermato che «a state law forbidding, under penalty, the teaching in any private, denominational, parochial or public school, of any modern language, other than English, to any child who has not attained and successfully passed the eighth grade, invades the liberty guaranteed by the Fourteenth Amendment and exceeds the power of the State».

¹⁸ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 1925. Il caso riguardava una legge dell'Oregon che imponeva ai genitori di iscrivere nelle scuole pubbliche i figli dagli otto ai sedici anni, con la conseguenza di determinare la chiusura di tutte le altre scuole non pubbliche esistenti (scuole parrocchiali ma non solo). La Corte nel dichiarare l'incostituzionalità della legge in esame afferma: «rights guaranteed by the Constitution may not be abridged by legislation which has no reasonable relation to some purpose within the competency of the State. The fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instruction from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations».

¹⁹ Come osserva Somin, «over the last sixty years, the Supreme Court has gradually adopted the theory that the Fourteenth Amendment “incorporates” all or most of the US Bill of Rights against state governments through the Due Process Clause”. The prevailing legal standard is that these rights will be incorporated if they are considered “fundamental” and “deeply rooted in American history and tradition». I. SOMIN, *The Supreme Court of the United States: promoting centralization more than state autonomy*, in N. ARONEY, J. KINCAID (a cura di), *Courts in Federal Countries*, University of Toronto Press, 2017, p. 473. Sul punto *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968). Si veda anche A.R. AMAR, *The Bill of Rights* Yale University Press, New Haven, 1998 e M.K. CURTIS, *No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Duke University Press, Durham, 1986.

²⁰ L. TRIBE, *Abortion*, cit., p. 93.

della Corte Suprema: oltre alla nota *Griswold v. Connecticut* (che, come abbiamo visto, ha costituito il più immediato precedente di *Roe*), rilevano qui il caso *Skinner v. Oklahoma*, in tema di sterilizzazione forzata per quei soggetti condannati per due o più volte per “felonies involving moral turpitude”²¹, e il caso *Loving v. Virginia* in tema di matrimoni interrazziali.

In *Skinner* la Corte definisce per la prima volta il diritto alla riproduzione come «basic civil right of the man»²² e come «basic liberty»²³; in *Loving* aggiunge poi un ulteriore tassello ai diritti non espressamente riconosciuti, fondando il diritto «to choose one’s spouse»²⁴.

Seguendo questa lettura, dunque, l’approdo della Corte in *Roe* non fu altro che la naturale evoluzione della posizione giurisprudenziale sviluppata a partire dagli anni Venti circa le interferenze dello Stato nelle scelte più intime e personali dei soggetti coinvolti, che vanno dall’educazione dei figli, fino alle scelte in materia di procreazione e che rientrano nel concetto di “*right of privacy*”²⁵.

Altra parte della dottrina ha visto in *Roe* un esercizio di *judicial activism* che ha portato la corte ad enucleare un diritto che non ha fondamento in Costituzione. Nota, a questo proposito è la critica mossa – tra gli altri – da John Hart Ely, per il quale se un principio utilizzato per fondare un valore costituzionale «lacks connection with any value the Constitution marks as special, it is not a constitutional principle and the Court has no business imposing it»²⁶.

Altri ancora, pur condividendo l’affermazione della Corte circa il riconoscimento di un diritto costituzionale all’aborto, ritengono errata la

²¹ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

²² «We are dealing here with legislation which involves one of the basic civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race». *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 1967.

²⁵ D. GARROW, *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade*, Macmillan, New York, 1998.

²⁶ J. HART ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 82, 1973, p. 949.

sua riconduzione al diritto alla *privacy*, e propongono invece una lettura che lo ancora al tema dell'uguaglianza tra i sessi²⁷. È questa la tesi sostenuta da Balkin²⁸, Siegel²⁹, Mancini³⁰, Sunstein³¹ e altri³². Tale argomen-

²⁷ *Contra*, S. GIRGIS, *Update: Why the Equal-Protection Case for Abortion Rights Rises or Falls with Roe's Rationale*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 17, 2022.

²⁸ J.M. BALKIN, *Abortion and Original Meaning*, in *Constitutional Commentary*, 24, 2007, p. 292.

²⁹ In particolare R. SIEGEL, *Concurring*, in J.M. BALKIN, *What Roe v. Wade Should have said*, cit., 2005. Afferma Siegel che «freely undertaken, motherhood remains a profound source of fulfillment and pride for women, despite its many burdens. Women may choose to perform the work in reliance on the support of another, or they may struggle to support themselves and their children in a world that penalizes those who do the work of gestating and raising children. *But these are choices that the Constitution protects as the woman's alone* (corsivo nostro). For these reasons, government may not deny women effective access to abortion, and all regulation of the practice must be consistent with principles of equal citizenship», p. 82. Sempre Siegel, afferma che «laws regulating pregnant women are unconstitutional if enforcing constitutionally proscribed views of women was a motivating factor in the law's enactment. Thus, if a law regulating pregnant women attempts to enforce stereotypes about women's family roles, it violates the Equal Protection Clause, as the Court recently demonstrated in *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*», così in R.B. SIEGEL, *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Woman-Protective Abortion Restrictions*, in *University of Illinois Law Review*, 3, 2007, p. 998. Dell'A. si veda anche *Reasoning from the Body: A Historical*

Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection, in *Stanford Law Review*, 44, 1992, p. 261 ss.

³⁰ S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit.

³¹ C. SUNSTEIN, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, in *Columbia Law Review*, 92(1), 1992, p. 42.

³² P. ABRAMS, *The Tradition of Reproduction*, in *Arizona Law Review*, 37, 1995, p. 456. L'A. sostiene che, sebbene libertà ed eguaglianza siano intimamente correlate, «equality analysis is the most principled basis upon which to analyze reproductive rights»; R. BADER GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, 63, 1985, pp. 382-383; S. LAW, *Rethinking Sex and the Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 132, 1984, pp. 1009-1013; K.L. KARST, *Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, in *Harvard Law Review*, 91, 1977, pp. 57-59; C.A. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality Under Law*, in *Yale Law Review*, 100, 1981, pp. 1307-24; F. OLSEN, *Unraveling Compromise*, in *Harvard Law Review*, 103, 1989, pp. 117-26; D.A. STRAUSS, *Discriminatory Intent and the Taming of Brown*, in *University of Chicago Law Review*, 56, 1989, pp. 990-992; S.G.

to si basa sulla illegittimità delle leggi antiabortive nella misura in cui introducono una coercizione nell'utilizzo del corpo della donna a protezione di un altro soggetto (feto), risultando tale coercizione in una discriminazione in base al sesso: «It is important to recall here that the biological capacity to bear children, frequently taken as the basis for women's natural role, has the social consequence of involuntary childbearing only as a result of governmental decisions, significant among them the legal prohibition of abortion. The question at hand is whether government has the power to turn that capacity or difference, limited as it is to one gender, into a source of social disadvantage. The recognition of the abortion right might be rooted in a belief that the biological capacity has no necessary social consequences, and that the role of motherhood for women should be chosen rather than given»³³.

Il vantaggio di ricondurre il diritto ad abortire al principio di uguaglianza tra i sessi³⁴, inoltre, è quello di risolvere le aporie insite nell'utilizzo del concetto, problematico e privo di alcun riferimento costituzionale, di *privacy*:

«an argument from sex equality seems preferable to one that posits a general or acontextual privacy right, and also to the view that restrictions on abortion simply do not raise constitutional questions. In particular, the equality argument has a large advantage over the prochoice position in that it does not rest on privacy; freely acknowledges and, indeed, insists on the strength of the interest in protecting fetal life; and stresses rather than disregards the fact that women alone become pregnant and the existence of discrimination and coercion in the realm of reproduction»³⁵.

CALABRESI, *The Supreme Court, 1990 Term, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, in *Harvard Law Review*, 105, 1991, pp. 103-108.

³³ C. SUNSTEIN, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, cit., p. 34.

³⁴ Sul tema si veda il fondamentale contributo di R. BADER GINSBURG, *Some thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, cit.

³⁵ C. SUNSTEIN, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, cit., p. 34.

La riconduzione del diritto ad abortire all'argomento dell'uguaglianza permetterebbe anche di lasciare aperta la questione circa lo *status* del feto: «The equality argument has advantages over the “pro-life” position as well, insofar as the equality argument stresses both that restrictions on abortion are unlikely to protect life at all and the selectivity of the imposition on women»³⁶.

Sulla base di queste affermazioni, Sunstein ritiene che l'argomento della discriminazione sulla base del sesso correlato a qualsiasi tipo di legislazione anti-abortiva sia «not merely a worthy competitor to the two alternatives, but on balance correct»³⁷.

Condivide tale interpretazione Balkin, per il quale «laws criminalizing abortion violate the Fourteenth Amendment’s principle of equal citizenship and its prohibition against class legislation»³⁸, avendo tale lettura «deep roots in the original meaning of the Fourteenth Amendment»³⁹. Come si vede da quest'ultima affermazione, in definitiva il tema attiene ai profili più problematici dell'interpretazione costituzionale e alla dicotomia tra le teorie originaliste⁴⁰ e quelle della *living Constitution*.

In ogni caso, anche laddove l'interpretazione assunta portasse all'affermazione della natura costituzionale del diritto all'aborto, ultimamente «it does not tell us [...] how to reconcile this right with the State legitimate interest in potential human life. The Constitution’s original meaning does not require either *Roe’s* trimester system or the later framework announced in *Planned Parenthood of Southeastern Pannsylvania v. Casey*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ J.M. BALKIN, *Abortion and Original Meaning*, cit., p. 292.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ R. BARNETT, *Restoring The Lost Constitution: The Presumption Of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey, 2004; K. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, And Judicial Review*, University Press of Kansas, 1999; R. DWORKIN, *Comment*, in A. SCALIA (autore) e A. GUTMAN (a cura di), *A Matter Of Interpretation: Federal Courts And The Law*, Princeton University Press, 1997, pp. 116-119, K. ROOSEVELT, *The Myth Of Judicial Activism: Making Sense Of Supreme Court Decisions*, Yale University Press, New Haven; A.R. AMAR, *The Supreme Court, 1999 Term, Foreword: The Document And The Doctrine*, in *Harvard Law Review*, 114, 2000, pp. 26, 28-29, 31.

These are judicial constructions that attempt to vindicate the purposes behind the right and balance the relevant considerations»⁴¹.

È proprio in questo aspetto che s'insinua una delle maggiori criticità dell'intervento della Corte in quella delicata sfera che attiene alla separazione dei poteri, tanto nella sua dimensione orizzontale (rapporti tra potere legislativo e giudiziario) quanto nella sua dimensione verticale (tra livello federale e statale).

2.2. *Roe e la separazione dei poteri*

La decisione in parola è stata letta, come accennato, anche quale espressione di *judicial activism* da almeno due punti di vista: il primo riguarda l'effetto "quasi legislativo" della sentenza, la quale non si è limitata a dichiarare l'incostituzionalità della legge texana, ma ha definito in maniera piuttosto netta, attraverso la contestata teoria dei trimestri, i confini della costituzionalità di qualsiasi altra legge statale in materia di regolamentazione dell'aborto; il secondo, connesso ma distinto dal primo, riguarda l'effetto uniformante dello standard posto dalla sentenza *Roe*, tale da precludere o comunque limitare gli Stati dall'esercitare la loro competenza statale in materia di regolamentazione dell'aborto.

Guardando all'impatto di *Roe* sulla separazione dei poteri, è piuttosto pacifico affermare che la Corte Suprema si sia spinta oltre il costituzionalmente necessario e forse finanche al di fuori di esso⁴²: la Corte, infatti, avrebbe potuto dichiarare l'incostituzionalità della legge texana, senza tuttavia addentrarsi nell'elaborazione della dettagliata teoria dei trimestri e lasciando agli Stati margini di definizione delle loro proprie regolamentazioni⁴³. Così facendo la Corte ha esercitato una funzione sostanzialmente

⁴¹ J.M. BALKIN, *Abortion and Original Meaning*, cit., p. 294.

⁴² Come afferma R.A. EPSTEIN, *Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Case*, cit., p. 185: «Thus in the end we must criticize both Mr. Justice Blackmun in *Roe v. Wade* and the entire method of constitutional interpretation that allows the Supreme Court in the name of Due Process both to "define" and to "balance" interests on the major social and political issues of our time».

⁴³ Come sottolineano S.G. CALABRESI, M. E. BERGHAUSEN, S. ALBERTSON, *The Rise and Fall of The Separation of Powers*, in *Northwestern University Law Review*, 106(2), 2012, pp. 543-544: «the federal judiciary is performing functions that go well beyond

legislativa, definendo in dettaglio un quadro normativo entro cui gli Stati avrebbero dovuto muoversi: come rilevato in dottrina, «Roe did not appear to leave an opening for the legislature to revitalize abortion laws»⁴⁴.

Inoltre la Corte avrebbe potuto limitarsi a dichiarare l'incostituzionalità della legge texana perché troppo restrittiva, rinvenendo in Costituzione un diritto all'aborto, ma lasciando intatte le legislazioni di altri Stati, che avevano adottato discipline liberalizzatrici o stavano per accingersi a farlo. Questo atteggiamento di *judicial minimalism*⁴⁵ o di graduale⁴⁶ apertura sarebbe stato sicuramente preferibile e, forse, anche più efficace, nel lungo periodo, per la causa abortista: «Such a result in *Roe* would have been less controversial, and it could have been the first step toward a gradual expansion of the right to an abortion. Over time that gradual expansion of the judicially created constitutional right might have evolved together with the legislative liberalization of the laws to produce a result something like what *Roe* tried to produce all at once. This alternative approach would have taken longer, but it would have been more democratic and therefore potentially more stable, and it would have produced a less polarized and religiously inflected politics on a variety of issues»⁴⁷.

the judicial function of deciding particular cases and controversies. The federal courts often do this when they exercise their power of judicial review in a way that is broader than is called for to decide the cases or controversies before them. This occurred most dramatically in recent years in *Roe v. Wade*, where the Court made up out of thin air an elaborate trimester system for determining the legality of abortion laws that had no roots in the Constitution. As a result, the Supreme Court has come under sustained criticism for acting like an oligarchy of the robe. Moreover, the Supreme Court is not only a major policymaker in the United States today when it decides Fourteenth Amendment substantive due process and Bill of Rights cases, but it is also the author of many federal common law rules and of the Federal Rules of Evidence and of Civil and Criminal Procedure», pp. 543-544.

⁴⁴ D.A. STRAUSS, *The Modernizing Mission of Judicial Review*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* No. 271, 2009.

⁴⁵ C. SUNSTEIN, *One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999.

⁴⁶ R. BADER GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade**, cit.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 907.

3. After Roe: una giurisprudenza in “chiaro-scuro”

Il riconoscimento da parte della Corte Suprema di un diritto ad abortire costituzionalmente protetto è avvenuto nel corso di un profondo mutamento della coscienza sociale sul tema dell'aborto, le cui radici sono da rintracciarsi nel secondo dopoguerra. Sull'onda di una mutata consapevolezza dell'opinione pubblica, sorretta anche dalla posizione di autorevoli associazioni professionali⁴⁸, agli inizi degli anni Settanta alcuni Stati americani, così come del resto avvenuto in Inghilterra, avevano adottato una legislazione più liberale in tema di aborto, rispetto a quella ottocentesca⁴⁹.

A fronte di ciò, molti commentatori hanno sottolineato che probabilmente uno degli effetti di *Roe* è stato quello di bloccare, se non addirittura invertire, un processo di natura prettamente politica che era in atto da tempo e che avrebbe portato, probabilmente, all'adozione di legislazioni di stampo libertario nella prevalenza degli Stati americani⁵⁰.

Di contro, a fronte degli effetti di *Roe* anche su quegli Stati che più cautamente si affacciavano al tema della regolamentazione, una serie di iniziative legislative iniziarono a fiorire al fine di porre dei limiti alla libertà della donna così ampiamente riconosciuta dalla Corte Suprema.

⁴⁸ Si pensi per esempio all'*American Bar Association* che aveva redatto un documento destinato ai legislatori statali contenente raccomandazioni circa le caratteristiche auspicabili in merito alla regolamentazione dell'aborto. Nel documento si propone di depenalizzare l'accesso all'aborto praticato da un medico entro la ventesima settimana di gestazione; oltre tale termine si propone di ammettere l'aborto solo in presenza di cause giustificative, come il pericolo per la vita o la salute della madre, la presenza di gravi anomalie fetali o nel caso il concepimento sia frutto di violenza o altri comportamenti illeciti, si veda *American Bar Association*, 58, 1972, p. 380.

⁴⁹ Nel 1972 un terzo degli Stati aveva introdotto la possibilità di ricorrere all'aborto, praticato da un medico, qualora esso fosse necessario per preservare la vita o la salute (anche psicologica) della madre, oppure in caso di gravi malformazioni fetali o infine nel caso la gravidanza fosse frutto di una violenza subita dalla donna. Questi stati erano: Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Kansas, Maryland, Mississippi, New Mexico, North Carolina, Oregon, South Carolina e Virginia. Si veda G. BOGNETTI, *Esperienze straniere*, cit., p. 6.

⁵⁰ Si veda, per esempio la *dissenting opinion* di J. Rosen, in J. BALKIN, *What Roe v. Wade Should have Said*, cit., p. 170.

Anche sullo sfondo della crescente contrapposizione ideologica tra *pro-choice* e *pro-life*, iniziò una interessante fase di intenso dialogo tra la Corte Suprema, gli Stati e la Federazione, culminata, come si vedrà nel paragrafo successivo, nel caso *Casey v. Pennsylvania* del 1992.

Una delle prime “reazioni” a *Roe* fu l’approvazione da parte del Congresso del c.d. *Hyde Amendment*⁵¹ al *Departments of Labor and Health, Education and Welfare Appropriation Act* nel 1976. Tale previsione impediva l’allocazione di finanziamenti federali per i servizi abortivi, anche laddove questi si rendessero necessari per salvare la vita della donna⁵². Di lì a poco tale previsione, insieme a simili legislazioni adottate dagli Stati⁵³

⁵¹ Dal nome del membro del congresso Henry J. Hyde, proponente dell’emendamento.

⁵² L’*Hyde Amendment*, ancora oggi in vigore, ha subito diverse ridefinizioni nel corso del tempo. In particolare è stato attenuato il carattere assoluto della previsione, introducendo un’eccezione nel caso i servizi abortivi siano necessari per proteggere la vita della donna o nel caso di violenza o incesto. Rileva sottolineare che nel 2017 l’*Hyde Amendment* ha assunto carattere permanente: esso è ora parte del “*No Tax Payer Funding for Abortion and Abortion Insurance Full Disclosure Act*” del 2017:

Title I--Prohibiting federally funded abortions

(Sec. 101) This bill makes permanent the prohibition on the use of federal funds, including funds in the budget of the District of Columbia, for abortion or health coverage that includes abortion. The prohibitions in this bill, and current prohibitions, do not apply to abortions in cases of rape or incest, or where a physical condition endangers a woman’s life unless an abortion is performed. Abortions may not be provided in a federal health care facility or by a federal employee.

Title II--Application under the affordable care act

(Sec. 201) This bill amends the Internal Revenue Code and the Patient Protection and Affordable Care Act to prohibit qualified health plans from including coverage for abortions. (Qualified health plans are sold on health insurance exchanges, are the only plans eligible for premium subsidies and small employer health insurance tax credits, and fulfill an individual’s requirement to maintain minimum essential coverage.) Currently, qualified health plans may cover abortion, but the portion of the premium attributable to abortion coverage is not eligible for subsidies.

(Sec. 202) The bill revises notification requirements for qualified health plans regarding abortion coverage and charges for abortion coverage.

⁵³ Il riferimento è al caso *Maher v. Roe* (432 U.S. 464, 1977). Immediatamente dopo la decisione del caso *Roe v. Wade*, il *Welfare Department* dello Stato del Connecticut aveva adottato una regolamentazione che limitava i sussidi statali previsti dal *Medicaid* per gli aborti del primo trimestre solo in quei casi in cui l’aborto fosse medicalmente

vennero portate allo scrutinio della Corte Suprema: nel caso *Harris v. McRoe*⁵⁴ del 1980 la Corte Suprema ha dichiarato la legittimità dell'atto dal momento che «the funding restrictions of the Hyde Amendment do not impinge on the “liberty” protected by the Due Process Clause of the Fifth Amendment held in *Roe v. Wade* to include the freedom of a woman to decide whether to terminate a pregnancy»⁵⁵. Similmente, nel caso *Rust v. Sullivan*⁵⁶ del 1991 la Corte Suprema ha dichiarato la legittimità costituzionale della previsione contenuta nella Sezione 1008 di un regolamento del *Department of Health and Human Services* (HHS) che destinava fondi federali per le attività di “family planning” (ex Titolo X del *Public*

necessario. La ricorrente era Susan Roe, una donna che, in condizioni di indigenza, lamentava l'illegittimità della previsione statale alla luce dello standard posto dalla sentenza *Roe v. Wade* e in particolare alla luce della *Equal Protection Clause* del XIV Emendamento. Il caso giunse nel 1977 alla Corte Suprema la quale ha dichiarato la legittimità della previsione statale, affermando che: «The Equal Protection Clause does not require a State participating in the Medicaid program to pay the expenses incident to nontherapeutic abortions for indigent women simply because it has made a policy choice to pay expenses incident to childbirth». In particolare, «the Connecticut regulation does not impinge upon the fundamental right of privacy recognized in *Roe*, that protects a woman from unduly burdensome interference with her freedom to decide whether or not to terminate her pregnancy. That right implies no limitation on a State's authority to make a value judgment favoring childbirth over abortion and to implement that judgment by the allocation of public funds. An indigent woman desiring an abortion is not disadvantaged by Connecticut's decision to fund childbirth; she continues as before to be dependent on private abortion services». Infine, la Corte sottolinea che «Connecticut's regulation is rationally related to and furthers its strong and legitimate interest in encouraging normal childbirth». *Maier v. Roe* (432 U.S. 464, 977). Il ragionamento della Corte Suprema è molto interessante perché pare riconoscere lo spazio di discrezionalità del legislatore statale nell'allocatione delle risorse che siano espressione di una determinata scelta politica (sostenere le nascite invece che finanziare gli aborti). Si tratta, come si vedrà in seguito di una posizione sottolineate nel 2007 nel caso *Gonzales v. Carhart*. Sul caso *Maier* si veda J.M HUMBER, R.F. ALMEDER, *Maier v. Roe* in J.M. HUMBER, R.F. ALMEDER (a cura di), *Biomedical Ethics and the Law*, Springer, Boston, 1979.

⁵⁴ *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 1980.

⁵⁵ *Ibidem*. La Corte afferma, inoltre, che «the Hyde Amendment places no governmental obstacle in the path of a woman who chooses to terminate her pregnancy, but rather, by means of unequal subsidization of abortion and other medical services, encourages alternative activity deemed in the public interest».

⁵⁶ *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173, 1991.

Health Service Act), specificando, tuttavia, che tra queste non dovessero essere inclusi i programmi di consulenza che riguardavano le scelte abortive⁵⁷. Secondo la Corte si trattava di una scelta che ricadeva nella discrezionalità del potere esecutivo, il quale non era tenuto a destinare fondi per una determinata attività solo perché essa fosse costituzionalmente protetta⁵⁸ ed anzi avrebbe potuto a buon diritto operare scelte di valore decidendo di favorire la maternità invece che l'aborto e sostenendo tale scelta attraverso l'allocazione di fondi pubblici⁵⁹.

Il tema del finanziamento dei servizi abortivi non è stato, tuttavia, l'unica leva su cui hanno fatto forza i legislatori federali e statali per circoscrivere o meglio definire i contorni della libertà di abortire sancita da *Roe v. Wade*.

Aspetti procedurali dell'accesso all'aborto, come il consenso informato della donna, il consenso parentale in caso di minori o quello del marito per le donne sposate, insieme ai profili più specifici relativi alla procedura abortiva (requisiti delle strutture e del personale che pratica l'aborto, il c.d. "*waiting period*" che deve intercorrere tra il consenso della donna e la

⁵⁷ Si tratta di un caso che rientra nel dibattito circa i limiti del *First Amendment* (*freedom of speech*), ma che ha profonde implicazioni in tema di aborto ed in particolare rispetto al ruolo e la discrezionalità del decisore politico nell'attuare politiche a sostegno dell'aborto o della natalità. Tra i commenti alla sentenza, M. FITZPATRICK, *Rust Corrodes: The First Amendment Implications of Rust v. Sullivan*, in *Stanford Law Review*, 45(1), 1992, p. 185 ss.; A.B. WEEKS, *The Pregnant Silence: Rust v. Sullivan Abortion Rights and Publicly Funded Speech*, in *North Carolina Law Review*, 70, 1992, p. 1623 ss.; B. SPIELMAN, *Rust v Sullivan: Legal issues and ethical concerns*, in *Women's Health Issues*, 1(4), 1991, p. 172 ss.

⁵⁸ «The regulations do not violate a woman's Fifth Amendment right to choose whether to terminate her pregnancy. The Government has no constitutional duty to subsidize an activity merely because it is constitutionally protected, and may validly choose to allocate public funds for medical services relating to childbirth but not to abortion. That allocation places no governmental obstacle in the path of a woman wishing to terminate her pregnancy, and leaves her with the same choices as if the Government had chosen not to fund family planning services at all. Nor do the regulations place restrictions on the patient/doctor dialogue which violate a woman's right to make an informed and voluntary choice under *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S., 500 U.S. 176, 1991.

⁵⁹ *Ibidem*, 500 U.S. 175, 1991.

pratica abortiva) sono stati oggetto nel tempo di ripetuti interventi legislativi, alcuni dei quali giunti al vaglio della Corte Suprema⁶⁰.

In merito alla generale fattispecie del consenso di soggetti terzi rilevano tanto i casi relativi al requisito del consenso parentale o del marito (*Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*⁶¹ del 1976, *Bellotti v. Baird*⁶² del 1979), quanto quelli in merito alla necessità di semplice notifica della decisione di abortire ai genitori nel caso di donna minorenni (*Bellotti v. Baird, H.L. v. Matheson*⁶³ del 1981, *Hartigan v. Zbaraz*⁶⁴ del 1987, *Hodgson v. Minnesota*⁶⁵ del 1990).

Il requisito del consenso del marito per abortire è stato dichiarato inconstituzionale nel caso *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, dove la Corte, dopo un'attenta e ispirata riflessione circa la rilevanza della relazione sponsale, a maggior ragione in circostanze in cui venga in rilievo una gravidanza⁶⁶, ha affermato che lo Stato non può delegare «to a spou-

⁶⁰La giurisprudenza che ne è scaturita è di estremo interesse per la presente analisi, in quanto costituisce il *background* che ha portato, all'inizio degli anni Novanta, la Corte a decidere il secondo *landmark case* della storia giurisprudenziale americana in tema di aborto: *Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania*. È dunque più che mai opportuno analizzare tale giurisprudenza che, sebbene sia spesso trascurata negli studi in materia di aborto in favore delle grandi pronunce, assume in rilievo tutt'altro che secondario per chi non si arresti alla "big picture", e voglia guardare i dettagli della tematica.

⁶¹*Planned Parenthood of Missouri v. Danforth* 428 U.S. 52, 1976.

⁶²*Bellotti v. Baird*, 443 US 622, 1979.

⁶³*H.L. v. Matheson*, 450 U.S. 398, 1981.

⁶⁴*Hartigan v. Zbaraz* 484 U.S. 171, 1987.

⁶⁵*Hodgson v. Minnesota*, 497 US 417, 1990.

⁶⁶Degno di nota è il passaggio della Corte circa il valore della relazione matrimoniale: «We are not unaware of the deep and proper concern and interest that a devoted and protective husband has in his wife's pregnancy and in the growth and development of the fetus she is carrying. Neither has this Court failed to appreciate the importance of the marital relationship in our society (...). Moreover, we recognize that the decision whether to undergo or to forgo an abortion may have profound effects on the future of any marriage, effects that are both physical and mental, and possibly deleterious. Notwithstanding these factors, we cannot hold that the State has the constitutional authority to give the spouse unilaterally the ability to prohibit the wife from terminating her pregnancy when the State itself lacks that right. It seems manifest that, ideally, the decision to terminate a pregnancy should be one concurred in by both the wife and her

se a veto power which the [S]tate itself is absolutely and totally prohibited from exercising during the first trimester of pregnancy»⁶⁷.

In riferimento al consenso o alla notifica ai genitori in caso di minore, la Corte Suprema nella copiosa giurisprudenza cui sopra si è accennato ha sancito il principio secondo il quale, mentre il requisito del consenso dei genitori è incostituzionale, non lo è, a determinate condizioni, il requisito della semplice notifica ai genitori, o in assenza di questa l'autorizzazione di un giudice per accedere alla procedura abortiva⁶⁸.

Anche il requisito del consenso informato della donna e la previsione di “*waiting periods*” tra l’espressione del consenso e l’operazione sono stati oggetto di importanti decisioni della Corte Suprema, la cui giurisprudenza è stata tuttavia piuttosto ondivaga. Se in *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth* la Corte dichiarò la costituzionalità di una previsione statale che prevedeva la firma del consenso informato da parte della donna prima di sottoporsi alla procedura abortiva, nel noto caso *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health* del 1983 la stessa ha invalidato alcune delle disposizioni di una ordinanza⁶⁹ emessa dall’organo di gover-

husband. No marriage may be viewed as harmonious or successful if the marriage partners are fundamentally divided on so important and vital an issue. But it is difficult to believe that the goal of fostering mutuality and trust in a marriage, and of strengthening the marital relationship and the marriage institution, will be achieved by giving the husband a veto power exercisable for any reason whatsoever or for no reason at all», *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth* 428 U.S. 52, 1976.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Il caso *Planned Parenthood of Kansas City v. Ashcroft* riguardava una legge del Kansas che, tra le altre previsioni, richiedeva alla *Section 188.028* «minors to secure parental consent or consent from the Juvenile Court for an abortion». Il giudice Powell, relatore del caso, ha dichiarato la previsione in parola conforme a costituzione: «A State’s interest in protecting immature minors will sustain a requirement of a consent substitute, either parental or judicial. And as interpreted by the Court of Appeals to mean that the Juvenile Court cannot deny a minor’s application for consent to an abortion “for good cause” unless the court first finds that the minor was not mature enough to make her own decision, § 188.028 provides a judicial alternative that is consistent with established legal standards», *Planned Parenthood Assn. v. Ashcroft*, 462 U.S. 477, 1983.

⁶⁹ L’ordinanza dell’*Akron City Council* introduceva ben diciassette previsioni mirate a regolamentare la pratica abortiva. Tra tutti i requisiti, l’ordinanza disponeva che tutti gli aborti effettuati dopo il primo trimestre fossero condotti in strutture ospedaliere (esclu-

no (*City Council*) della città di Akron, in Ohio, nel 1978. In particolare ha ritenuto che fossero incostituzionali sia la previsione del consenso parentale esteso a tutte le minori di quindici anni, ritenendo – a detta della corte erroneamente – che «*all minors under the age of 15 are too immature to make an abortion decision, or that an abortion never may be in the minor's best interests without parental approval*»⁷⁰; e la previsione di precise informazioni che il medico avrebbe dovuto fornire alla donna che voleva abortire, circa la natura dell'operazione, le sue conseguenze, lo *status* del feto e la sua *viability*. Sotto questo profilo la Corte ha ritenuto che, sebbene tali previsioni potessero rientrare nell'interesse statale di protezione della salute della donna, «*this does not mean that a State has unreviewable authority to decide what information a woman must be given before she chooses to have an abortion. A State may not adopt regulations designed to influence the woman's informed choice between abortion or childbirth*»⁷¹.

In *Akron*, dunque, la Corte è parsa ritornare ad aderire alla *holding* di *Roe*, che precludeva qualsiasi intervento statale che potesse configurarsi come una limitazione o un'intrusione nella sfera di *privacy* della donna.

Come si può intuire guardando ai casi relativi al finanziamento dei servizi abortivi e a quelli riguardanti i limiti all'accesso all'aborto, la giurisprudenza della Corte Suprema nell'immediato *post-Roe* risulta piuttosto incerta nel tracciare il confine tra la legittima discrezionalità dello Stato nel porre limiti (di qualsiasi natura siano – procedurali o finanziari) all'accesso all'aborto. Quello che tale giurisprudenza ci offre è, in altri termini, un'opera in chiaro-scuro, suscettibile di ridefinizioni e mutamenti

dendo così le cliniche private); impediva al medico di effettuare l'operazione abortiva nel caso di minore (sotto l'età di 15 anni), senza il consenso di almeno uno dei genitori e in assenza di questo, di un'ordinanza del giudice competente che autorizzasse la procedura; predisponeva inoltre l'obbligo per i medici di informare la paziente circa lo *status* della gravidanza, lo sviluppo del feto, la data della possibile *viability*, e la possibilità di recarsi presso agenzie specializzate che potessero offrire consulenza e informazioni rispetto alle alternative all'aborto come l'adozione; infine, proibiva al medico di procedere con l'operazione abortiva prima del trascorrere di ventiquattro ore dal consenso informato prestatto dalla paziente.

⁷⁰ *Akron v. Akron Ctr. for Reprod. Health*, 462 U.S. pp. 442-444, 1983.

⁷¹ *Ibidem*.

nel corso del tempo, anche (ma non solo) alla luce dei cambiamenti nella composizione delle Corte Suprema.

Il caso *Webster*, prodromico a *Casey*, ne è testimonianza.

4. *Il caso Webster v. Reproductive Health Services*

Sebbene il caso *Webster v. Reproductive Health Services*⁷² passi spesso inosservato nell'ombra dei due *leading cases* – *Roe e Casey* – in esso si può già rintracciare un mutato approccio, meno deferente, della Corte rispetto al precedente costituito da *Roe v. Wade*.

Sullo sfondo di *Webster* vi era una nuova, profondamente rinnovata, composizione della Corte Suprema, a seguito della nomina da parte del presidente Reagan di tre nuovi giudici: nel 1981, al pensionamento di Stewart, venne, infatti, nominata Sandra Day O'Connor (il primo giudice donna della Corte Suprema); nel 1986, al ritiro di Burger, vi fu la nomina di Antonin Scalia ed infine nel 1987, al pensionamento di Powell, venne nominato Anthony Kennedy. Le tre nuove nomine cambiarono gli equilibri della Corte: almeno sulla carta, vi erano ora cinque giudici che si opponevano alla decisione assunta in *Roe* e quattro giudici che invece la sostenevano.

L'occasione per sondare tali nuovi equilibri sul tema forse più controverso in discussione si prestò già nel gennaio del 1989, quando la Corte decise di esaminare l'appello dello Stato del Missouri avverso a una decisione di una Corte distrettuale che aveva dichiarato l'incostituzionalità di alcune previsioni della legge statale che regolava l'aborto⁷³. Quest'ultima, tra le altre disposizioni, prevedeva un preambolo nel quale si dichiarava che «[t]he life of each human being begins at conception» e che «unborn children have protectable interests in life, health, and wellbeing» al punto tale da imporre che «all state laws be interpreted to provide unborn children with the same rights enjoyed by other persons, subject to the Federal Constitution and this Court's precedents». Oltre al preambolo, la legge

⁷² *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 49, 1989.

⁷³ Si trattava del *Bill* n. 1596, entrato in vigore nel giugno del 1986, che giungeva ad abrogare la disciplina statale pre-esistente.

del Missouri proibiva l'impiego di pubblici dipendenti e di strutture pubbliche per effettuare aborti che non fossero necessari per salvare la vita della madre; vietava l'utilizzo di fondi pubblici, impiegati o strutture al fine di incoraggiare o consigliare ad una donna di abortire laddove non fosse necessario per salvare la sua vita; ed infine poneva in capo ai medici, prima di praticare l'aborto che si supponesse cadere intorno alla ventesima settimana, di accertare, attraverso esami volti ad identificare l'età gestazionale del feto, il peso e altri dati utili, se il feto avesse già raggiunto la *viability*.

Tutte queste previsioni non avevano superato il vaglio di costituzionalità della Corte distrettuale. Al contrario, la Corte Suprema, applicando uno standard meno stringente di quanto aveva fatto nei suoi immediati precedenti, le ritenne tutte legittime⁷⁴, in quanto rientranti nell'ambito della discrezionalità riconosciuta al legislatore statale nella sua facoltà di proteggere il *compelling interest* della vita del feto dopo la *viability*.

Tuttavia, al di là dell'esito rispetto alla legislazione in esame, in *Webster* la Corte, nella sua nuova composizione, si è spinta in una serrata critica alla teoria dei trimestri definita in *Roe*: «We think that the doubt cast upon the Missouri statute by these cases is not so much a flaw in the statute as it is a reflection of the fact that the rigid trimester analysis of the course of a pregnancy enunciated in *Roe* has resulted in subsequent cases like *Colautti* and *Akron* making constitutional law in this area a virtual Procrustean bed (...). In the first place, the rigid *Roe* framework is hardly consistent with the notion of a Constitution cast in general terms, as ours is, and usually speaking in general principles, as ours does. The key elements of the *Roe* framework – trimesters and viability – are not found in the text of the Constitution, or in any place else one would ex-

⁷⁴ Interessante è il ragionamento rispetto alla costituzionalità del preambolo. Così si pronuncia, infatti, la Corte Suprema: «This Court has emphasized that *Roe* implies no limitation on a State's authority to make a value judgment favoring childbirth over abortion, and the preamble can be read simply to express that sort of value judgment. The extent to which the preamble's language might be used to interpret other state statutes or regulations is something that only the state courts can definitively decide, and, until those courts have applied the preamble to restrict appellees' activities in some concrete way, it is inappropriate for federal courts to address its meaning», *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 49, 1989.

pect to find a constitutional principle. Since the bounds of the inquiry are essentially indeterminate, the result has been a web of legal rules that have become increasingly intricate, resembling a code of regulations rather than a body of constitutional doctrine»⁷⁵.

Sebbene il principio dello *stare decisis* venisse riconosciuto come elemento fondamentale dell'ordinamento, la Corte ha sottolineato che in taluni casi si rende necessario un ripensamento e superamento del precedente quando lo stesso sia ritenuto «unsound in principle and unworkable in practice»⁷⁶.

Nonostante questa affermazione e nonostante le *opinions* di quattro giudici (Scalia, Rehnquist, Kennedy e White) che spingevano per un *overruling* di *Roe*, ciò non è avvenuto, primariamente a causa della posizione più sfumata del giudice O'Connor, che, in una Corte divisa, divenne l'ago della bilancia. La visione di O'Connor si fondava sul concetto di *undue burden*: fintanto che la legislazione statale, pur restrittiva del diritto all'aborto, non imponeva alla libertà di scelta della donna un *undue burden*, essa poteva ritenersi costituzionalmente legittima. Nel caso di specie, O'Connor negò che le previsioni della legge del Missouri costituissero tale impedimento per la donna. Facendo leva su tale test, O'Connor poté esprimersi per la costituzionalità della legislazione statale in esame senza tuttavia spingersi, come invece aveva esplicitamente fatto Scalia, a dichiarare il superamento di *Roe v. Wade*.

Nell'*opinion* redatta da Rehnquist si affermava esplicitamente che, pur ritenendo troppo rigida la teoria dei trimestri, ciò non avrebbe portato ad un *overruling* di *Roe*. A tale conclusione, che evidentemente scontava la posizione di O'Connor⁷⁷, contraria all'*overruling*, si giunse affermando

⁷⁵ *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 518, 1989.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ O'Connor nella sua *concurring opinion* aveva affermato che, in nome del *judicial restraint*, la Corte, pur dichiarando le misure di legge del Missouri costituzionalmente legittime, non poteva giungere ad un superamento di *Roe*: «there is no necessity to accept the State's invitation to reexamine the constitutional validity of *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973). Where there is no need to decide a constitutional question, it is a venerable principle of this Court's adjudicatory processes not to do so, for "[t]he Court will not "anticipate a question of constitutional law in advance of the necessity of deciding it." (...) Neither will it generally "formulate a rule of constitutional law broader

che la legge del Missouri si presentava diversa da quella del Texas che veniva in rilievo in *Roe*: mentre quest'ultima criminalizzava tutti gli aborti (con la sola eccezione del rischio della vita della madre), la seconda si limitava a identificare nella *viability* il momento in cui lo Stato, nel proteggere l'interesse della salvaguardia della vita umana, poteva porre una regolamentazione restrittiva del diritto ad abortire. Il compromesso a cui giunse la Corte, profondamente criticato da Scalia⁷⁸, ha tuttavia aperto un varco nel ragionamento sotteso a *Roe*, indicando nuovi sentieri argomentativi nell'*abortion rights adjudication* in America, che hanno ispirato la fondamentale decisione nel caso *Casey* del 1992.

5. Planned Parenthood v. Casey: la Corte "rivisita" i principi sanciti in Roe

«Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt. Yet 19 years after our holding that the Constitution protects a woman's right to terminate her pregnancy in its early stages, *Roe v. Wade*, that definition of liberty is still questioned»⁷⁹.

Diciannove anni di serrata dialettica tra Corti e legislatori non erano bastati, infatti, a definire i contorni di quella libertà, così apoditticamente

than is required by the precise facts to which it is to be applied." 297 U.S. at 297 U. S. 347. Quite simply, "[i]t is not the habit of the court to decide questions of a constitutional nature unless absolutely necessary to a decision of the case» *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 526, 1989.

La posizione di O'Connor è stata fortemente osteggiata da Scalia, che ha affermato che l'argomento della collega «cannot be taken seriously». *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 532, 1989.

⁷⁸Nella sua *opinion* Scalia afferma: «The outcome of today's case will doubtless be heralded as a triumph of judicial statesmanship. It is not that, unless it is statesmanlike needlessly to prolong this Court's self-awarded sovereignty over a field where it has little proper business, since the answers to most of the cruel questions posed are political, and not juridical – a sovereignty which therefore quite properly, but to the great damage of the Court, makes it the object of the sort of organized public pressure that political institutions in a democracy ought to receive». *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 532, 1989.

⁷⁹*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992.

definita dalla Corte, che riconosceva alla donna un diritto costituzionale ad abortire. La giurisprudenza successiva a *Roe v. Wade*, come si è visto, infatti, se ha sostanzialmente confermato la *holding* di *Roe* e ne ha applicato i principi ai casi concreti che di volta in volta sono stati sottoposti alla Corte Suprema, dall'altro è parsa incerta e attenta a riconoscere gli ambiti d'azione del potere legislativo: in alcuni casi è parsa addirittura pronta a sostanziali *overruling* di *Roe*.

L'occasione per un ripensamento, non solo dei confini costituzionali del diritto ad abortire ma anche del ruolo stesso della Corte in rapporto ad altri poteri, è stata fornita dal caso *Planned Parenthood v. Casey* (1992)⁸⁰. In esso, la Corte Suprema, pur confermando il riconoscimento del diritto della donna di abortire nel periodo in cui il feto non è ancora capace di vita autonoma (cioè prima della *viability*), ha superato la teoria dei trimestri⁸¹ – anche alla luce dell'evoluzione delle conoscenze mediche – facendo leva sul più generale concetto di *undue burden* – quale parametro per verificare la costituzionalità o meno delle legislazioni statali o federali in materia di aborto.

In *Casey* la Corte Suprema è stata chiamata a vagliare la costituzionalità di alcune norme del *Pennsylvania Abortion Control Act*⁸², in particolare:

– la previsione del consenso informato da parte della gestante: almeno 24 ore prima di praticare l'aborto il medico avrebbe dovuto informare la donna circa la natura dell'operazione, i rischi eventuali, le dimensioni del feto, la possibilità di ricorrere all'adozione e tutte le misure alternative all'aborto;

⁸⁰ Tra i primi commenti nella dottrina italiana si veda BARSOTTI V., *Sentenza 29 Giugno 1992; Pres. Rehnquist; Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, in *Foro it.*, vol. 115, 1992, p. 525 ss.

⁸¹ «A logical reading of the central holding in *Roe* itself, and a necessary reconciliation of the liberty of the woman and the interest of the State in promoting prenatal life, require, in our view, that we abandon the trimester framework as a rigid prohibition on all pre-viability regulation aimed at the protection of fetal life. The trimester framework suffers from these basic flaws: in its formulation it misconceives the nature of the pregnant woman's interest; and in practice it undervalues the State's interest in potential life, as recognized in *Roe*», *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 874, 1992.

⁸² *Pennsylvania Abortion Control Act of 1982*, modificato nel 1988 e nel 1989. 18 Pa. Cons. Stat. §§ 3203-3220, 1990.

- la consultazione del marito da parte della donna: una donna sposata non poteva accedere all'aborto se non presentava una dichiarazione in cui attestava di aver informato il marito circa la decisione di abortire. Tale requisito non era richiesto nel caso in cui la donna dichiarasse che il marito non era il padre, o che la gravidanza fosse frutto di violenza da parte del marito o che il marito non era reperibile;
- il consenso informato dei genitori nel caso di una minorenne che intendesse abortire;
- la possibilità per le cliniche di schedare e trattenere i dati relativi ad ogni singolo aborto;

Nel vagliare la costituzionalità di tali previsioni, per la prima volta, i giudici della Corte Suprema, in una decisione piuttosto travagliata (5 contro 4), utilizzarono espressamente lo standard dell'*undue burden* per determinare la validità di una norma restrittiva in materia di aborto. Alla luce di tale standard, occorre verificare se una norma statale in materia di aborto abbia lo scopo o l'effetto di imporre un "*undue burden*", che è definito come un ostacolo sostanziale all'esercizio della volontà della donna di abortire, prima che il feto abbia raggiunto la c.d. *viability*, cioè sia capace di vita autonoma al di fuori del ventre materno⁸³.

Applicando tale standard, solo la previsione che richiede alla donna di informare il marito della decisione di abortire è stata dichiarata incostituzionale, in quanto pone in essere un *undue burden*:

«the spousal notification requirement is thus likely to prevent a significant number of women from obtaining an abortion. It does not merely make abortions a little more difficult or expensive to obtain; for many women, it will impose a substantial obstacle. We must not blind ourselves to the fact that the significant number of women who fear for their safety and the safety of their children are likely to be deterred from procuring an abortion as surely as if the Commonwealth had outlawed abortion in all cases»⁸⁴.

⁸³ Come sottolinea Reva Siegel, «Casey's undue burden framework allowed government to deter abortion, but only by means that inform, rather than block, a woman's choice about whether to end a pregnancy», R. SIEGEL, *The Constitutionalization of Abortion*, cit., p. 25.

⁸⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 894, 1992.

Le altre previsioni invece sono state considerate come legittimi interventi statali in materia di regolamentazione dell'aborto⁸⁵.

È proprio su questo punto che la decisione nel caso in esame si discosta dalla rigida tripartizione operata in *Roe*. Quest'ultima, infatti, riconoscendo nell'aborto un diritto fondamentale, aveva affermato che nel primo trimestre di gravidanza lo Stato non potesse intervenire in alcun modo, nel secondo trimestre potesse intervenire solo al fine di proteggere la salute o la vita della madre, mentre nel terzo trimestre regolamentazioni all'aborto potessero essere introdotte a tutela della vita potenziale del feto.

In *Planned Parenthood v. Casey* la Corte Suprema affermava che, in linea di principio, un intervento normativo statale anche nel primo trimestre fosse legittimo purché esso non costituisse un *undue burden*⁸⁶. Inoltre, la Corte riconosceva come la teoria dei trimestri, «erected to ensure that the woman's right to choose not become so subordinate to the State's interest in promoting fetal life that her choice exists in theory but not in fact»⁸⁷, si fosse rivelata troppo rigida: «a framework of this rigidity was unnecessary and in its later interpretation sometimes contradicted the State's permissible exercise of its powers»⁸⁸.

La linea di demarcazione veniva, dunque, individuata dalla Corte nella *viability*, prima della quale la donna aveva il diritto di decidere se porre termine alla gravidanza, e lo Stato poteva comunque regolamentare l'aborto purché non introducesse un *undue burden*. Solo dopo la *viability* lo Stato poteva intervenire anche vietando l'aborto, in quanto «the concept of viability is the time at which there is a realistic possibility of maintaining and nourishing a life outside the womb, so that the independent ex-

⁸⁵ Sul punto, criticamente, R. SIEGEL, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, in *Faculty Scholarship Series*, Paper 1134, 2008.

⁸⁶ «What is at stake is the woman's right to make the ultimate decision, not a right to be insulated from all others in doing so. Regulations which do no more than create a structural mechanism by which the State, or the parent or guardian of a minor, may express profound respect for the life of the unborn are permitted, if they are not a substantial obstacle to the woman's exercise of the right to choose», *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 874, 1992.

⁸⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 873, 1992.

⁸⁸ *Ibidem*.

istence of the second life can in reason and all fairness be the object of state protection that now overrides the rights of the woman»⁸⁹.

L'approdo della Corte è stato, dunque, ancora una volta compromissorio: non giungeva all'*overruling* di *Roe*, come invece da più parte si auspicava, ma nemmeno ne riaffermava la validità. La Corte, infatti, pur superando la troppo rigida teoria dei trimestri sostituendola con un nuovo standard (che certamente apre maggiormente al ruolo del legislatore), in ultima analisi «did not do a very good job of specifying the content of the undue burden standard»⁹⁰. Il senso di non detto che si percepisce leggendo *Casey* esprime, come sottolinea ancora Tushnet, il fatto che «the joint opinion was concerned more with crafting a statesmanlike compromise than with developing a clear standard»⁹¹.

5.1. *Casey e l'utilizzo del dato scientifico*

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

Rispetto a quest'ultimo aspetto, a differenza di quanto fatto in *Roe*, la Corte ha fatto leva sull'evoluzione delle conoscenze in campo medico al fine di giustificare i limiti posti alla libertà di abortire. In riferimento al concetto della *viability*, per esempio, in *Casey* la Corte appare consapevole di maneggiare un concetto mutevole (una *shifting line*, è stata definita)⁹², alla luce del progresso della neonatologia: se al tempo di *Roe* la *viability* era fissata intorno alla ventottesima settimana, nel 1992 il termine era sceso alla ventitreesima settimana, grazie alla capacità medica di accudire e far sopravvivere feti nati prematuri⁹³.

⁸⁹ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 871, 1992.

⁹⁰ M. TUSHNET, *Abortion*, cit., p. 82.

⁹¹ *Ibidem*, p. 83.

⁹² A. AHMED, *Medical Evidence and Expertise in Abortion Jurisprudence*, *School of Law Faculty Publications*, Paper 44 2014, p. 96.

⁹³ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 860, 1992.

Come è stato osservato «the Court saw shifting viability as an outcome of advances in medical practice. The Court therefore deferred fully to medical evidence and expertise on the question of viability, insulating itself from scrutiny on this question»⁹⁴.

Anche l'impatto dell'aborto sulla salute psichica della donna è oggetto di attenzione in *Casey* che anzi, costituisce un «pivotal moment in the Court's treatment of abortion and psychological harm»⁹⁵. Se in *Roe* l'aspetto della salute psichica della donna non era estraneo al *legal reasoning* della Corte, esso veniva però in rilievo per un profilo opposto rispetto a quello trattato in *Casey*: in *Roe*, infatti, era la gravidanza indesiderata che poteva arrecare un danno alla salute mentale della donna; in *Casey*, invece è l'aborto stesso suscettibile di tale effetto, in particolare laddove la donna non sia adeguatamente informata:

«It cannot be questioned that psychological wellbeing is a facet of health. Nor can it be doubted that most women considering an abortion would deem the impact on the fetus relevant, if not dispositive, to the decision. In attempting to ensure that a woman apprehend the full consequences of her decision, the State furthers the legitimate purpose of reducing the risk that a woman may elect an abortion, only to discover later, with devastating psychological consequences, that her decision was not fully informed»⁹⁶.

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

⁹⁴ A. AHMED, *Medical Evidence and Expertise in Abortion Jurisprudence*, cit., p. 96.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 97.

⁹⁶ *Casey*, 505 U.S. 882.

care; and (iii) the child's father is liable for child support»⁹⁷.

Autorevole dottrina ha rilevato che tale formulazione del consenso informato «deviates, in some degree, from the ordinary informed consent dialogue designed to facilitate the patient's aims»⁹⁸, mirando non tanto a fornire un'analisi costi-benefici connessi all'operazione, quanto a comunicare «community's values with the aim of influencing a woman's abortion decision»⁹⁹. Si tratta di una nuova consapevolezza mostrata dalla Corte che, come si vedrà, emergerà in tutta chiarezza nella discussa sentenza *Carhart* del 2007.

In definitiva, anche leggendo *Casey* rispetto al ruolo del dato medico-scientifico si percepisce una nuova sensibilità della Corte, consapevole di muoversi nell'ambito di una problematica non risolvibile meramente in termini di diritti "negativi", sottratti cioè all'interferenza del potere pubblico, ma solo attraverso la costante interazione tra diritti individuali, scienza medica e coscienza sociale.

5.2. Rileggendo *Casey* in controluce: "l'auto-coscienza" del ruolo del giudiziario

Posta di fronte al dilemma dell'*overruling* di *Roe*, sostenuto da quattro giudici del collegio, la *majority opinion* della Corte si addentra in una ricca riflessione circa il ruolo del potere giudiziario in temi socialmente divisivi e controversi: «Where, in the performance of its judicial duties, the Court decides a case in such a way as to resolve the sort of intensely divisive controversy reflected in *Roe* and those rare, comparable cases, its decision has a dimension that the resolution of the normal case does not carry. It is the dimension present whenever the Court's interpretation of the Constitution calls the contending sides of a national controversy to end their national division by accepting a common mandate rooted in the Constitution»¹⁰⁰.

⁹⁷ *Casey*, 505 U.S. 967.

⁹⁸ R. SIEGEL, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, cit., p. 117.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Planned Parenthood v. Casey*, cit., p. 867.

In tali rare circostanze, dichiara la Corte, il superamento del precedente è particolarmente delicato e può essere finanche avventato, andando a minare la legittimità¹⁰¹ stessa del giudiziario che, a differenza degli altri poteri, è «a product of substance and perception that shows itself in the people's acceptance of the Judiciary as fit to determine what the Nation's law means and to declare what it demands».

Un *overruling* in casi così controversi, in cui è difficile identificare una netta posizione della coscienza sociale in un dato momento storico, potrebbe infatti essere letta come «a surrender to political pressure, and an unjustified repudiation of the principle on which the Court staked its authority in the first instance»¹⁰².

Come è stato notato, in *Casey* «il principio dello *stare decisis* venne riaffermato con una particolare forza e distillato nelle sue componenti fondamentali»¹⁰³. La Corte infatti definisce le condizioni in presenza della quali possa giustificarsi un *overruling*. Esso può avvenire in quattro circostanze: nel caso in cui si rilevi l'erroneità del precedente; nel caso in cui il precedente si riveli concretamente inapplicabile; nel caso in cui il mutamento del precedente non comporti conseguenze sfavorevoli per i soggetti cui esso si applicava; e nel caso in cui alla luce del mutamento delle circostanze, il precedente sia divenuto anacronistico¹⁰⁴.

Dopo un'attenta analisi del caso alla luce del test sopra enucleato e delle conseguenze di un *overruling*, la Corte giunge ad affermare, nella penna del giudice O'Connor, che «a decision to overrule *Roe's* essential holding under the existing circumstances would address error, if error

¹⁰¹ Critico rispetto a tale argomento è L. ALEXANDER, *Did Casey Strike Out? Following and Overruling Constitutional Precedents in the Supreme Court*, in C.J. PETERS (a cura di), *Precedents in the United States Supreme Court*, Springer, 2014, p. 55. L'autore invita a considerare le conseguenze di tale ragionamento: «Even if *Roe* misinterpreted the Constitution, and even if, as a consequence, millions of lives of possibly morally protectable human beings hang in the balance, the Court must not admit error for fear that doing so will diminish its authority».

¹⁰² *Planned Parenthood v. Casey*, cit., p. 869.

¹⁰³ A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, CEDAM, Padova, 2017, p. 137.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

there was, at the cost of both profound and unnecessary damage to the Court's legitimacy, and to the Nation's commitment to the rule of law»¹⁰⁵.

L'argomento della legittimità è forse il più controverso di tutta l'argomentazione della Corte a giustificazione del mancato *overruling*, potendo essere letto come «a theoretical defense of judicial activism in the discovery of textually unspecified 'substantive due process' legal rights of individuals against democratic governance»¹⁰⁶.

Una posizione che peraltro si ritrova nella stessa sentenza, nelle parole di Scalia che, nella sua opinione (in parte concorrente e in parte dissenziente), sferra una dura critica a quella che lui definisce “*imperial judiciary*”, in contrapposizione alla visione dei *Founding Fathers* circa il ruolo del giudiziario:

«When it is in the mind of a Court that believes the Constitution has an evolving meaning; that the Ninth Amendment's reference to othe[r] rights is not a disclaimer, but a charter for action, and that the function of this Court is to “speak before all others for [the people's] constitutional ideals” unrestrained by meaningful text or tradition—then the notion that the Court must adhere to a decision for as long as the decision faces ‘great opposition’ and the Court is ‘under fire’ acquires a character of almost czarist arrogance»¹⁰⁷.

La critica di Scalia è sostenuta dalla ferma convinzione che la Corte non dovrebbe addentrarsi in controversie «involving life and death, freedom and subjugation»¹⁰⁸, elevandole al rango di questioni costituzionali. Esse sono questioni da lasciare all'ambito dello spazio politico «that gives all participants, even the losers, the satisfaction of a fair hearing and an honest fight»¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Planned Parenthood v. Casey*, cit., p. 869.

¹⁰⁶ M.S. PAULSEN, *The Worst Constitutional Decision of All Time*, in *Notre Dame Law Review*, 78, 2003, p. 1004.

¹⁰⁷ *Planned Parenthood v. Casey*, cit., p. 989.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 1002.

¹⁰⁹ *Ibidem*. In definitiva, Scalia ammonisce la Corte: «We should get out of this area, where we have no right to be, and where we do neither ourselves nor the country any good by remaining».

6. *Il ruolo dei “legislatori”*

Se quella cui abbiamo assistito fino ad ora è la storia della regolamentazione dell’aborto in America raccontata dalla Corte Suprema, con le sue voci non sempre concordi, è giunto ora il momento di “ascoltare” il racconto dei legislatori statali che sebbene forse meno noto del primo, non è per questo meno rilevante. La storia della legislazione statale volta a regolamentare l’aborto testimonia il carattere pluralistico della società americana che trova espressione e voce nella vitalità degli organi rappresentativi statali.

Anzi, proprio l’incessante intervento dei legislatori nazionali, che hanno cercato di riappropriarsi degli spazi che *Roe* aveva tolto loro, ha favorito l’evoluzione della regolamentazione dell’aborto in un continuo e serrato confronto tra giudici e legislatori, conferendole un carattere di dinamicità tale da rispondere, da un lato, al mutamento delle conoscenze scientifiche (si pensi ai progressi nella cura dei nati prematuri che hanno spostato il termine della *viability*) e assicurare, dall’altro, ambiti in cui le diverse posizioni circa la vita e la libertà si possano esprimere nell’arena democratica.

Muovendo da tale prospettiva, pare interessante mostrare a quali esiti ha portato tale interventismo, nella consapevolezza di non poter esaurientemente affrontare diacronicamente tutte le regolamentazioni susseguitesi nei cinquanta Stati dal 1973 ad oggi.

Per questo ci si concentra sulle regolamentazioni dell’aborto tutt’ora vigenti a livello statale, che possono essere indicativamente sintetizzate in otto categorie:

– leggi che pongono determinati requisiti in capo ai medici o agli ospedali¹¹⁰;

¹¹⁰ 32 Stati richiedono che l’aborto sia eseguito da un medico; 19 Stati richiedono che, dopo un determinato limite temporale di gravidanza l’aborto sia eseguito in una struttura ospedaliera (il termine varia: si va dalla *viability* per la maggioranza degli Stati, a 20 settimane di gestazione, fino alla quattordicesima settimana nel caso del New Jersey); 17 Stati infine, prevedono il coinvolgimento di un secondo medico oltre un certo termini di gravidanza (di solito oltre la *viability* o la ventesima settimana), Guttmacher Institute, *An Overview on Abortion Law*, 1 dicembre 2022, disponibile al sito www.guttmacher.org.

- leggi che pongono dei limiti temporali, oltre i quali l'aborto è vietato¹¹¹;
- leggi che bandiscono la pratica del “*partial birth abortion*”¹¹²;
- leggi che regolano il finanziamento statale per i servizi abortivi¹¹³;
- leggi che pongono limiti alla copertura assicurativa per i servizi abortivi¹¹⁴;
- leggi che adottano il modello del “consulto” prima di accedere all'aborto¹¹⁵;
- leggi che prevedono il trascorrere di un lasso temporale tra la manifestazione del consenso e l'operazione¹¹⁶;
- leggi che prevedono il coinvolgimento dei genitori di una donna minore, qualora questa sia in stato di gravidanza¹¹⁷.

¹¹¹ 43 Stati hanno adottato una legislazione che proibisce l'aborto – salvo laddove necessario per salvare la vita o la salute della madre – oltre un certo termine di gestazione (17 Stati oltre la *viability*, 2 Stati nel terzo trimestre, e 24 Stati alla ventesima settimana, sulla base della possibilità che oltre tale termine il feto possa percepire dolore), *Ibidem*.

¹¹² 21 sono gli Stati che hanno bandito la Procedura del *Partial Birth Abortion*. In tre Stati il divieto si applica solo oltre la *viability*, *Ibidem*.

¹¹³ 16 Stati prevedono lo stanziamento di fondi statali per il pagamento dei servizi abortivi per coloro che partecipano nel programma *Medicaid* statale. 33 Stati proibiscono l'uso di fondi pubblici, ad eccezione nel caso in cui l'aborto sia necessario per salvare la vita della donna o se il concepimento sia frutto di violenza o incesto. Il South Dakota ammette il finanziamento pubblico solo in caso di rischio per la vita della gestante, *Ibidem*.

¹¹⁴ 12 Stati pongono restrizioni alla copertura assicurativa per i servizi correlati all'aborto, ad eccezione nel caso di aborto necessario per salvare la vita della donna, *Ibidem*.

¹¹⁵ 17 Stati richiedono che la donna prima di decidere di abortire sia sottoposta ad un servizio di *counseling*. Tra le informazioni che devono essere fornite vi sono la correlazione tra aborto e cancro al seno (5 Stati), la possibilità che il feto percepisca il dolore (12 Stati), e le conseguenze sulla salute mentale della donna a seguito di un aborto (8 Stati), *Ibidem*.

¹¹⁶ 24 Stati richiedono uno “*waiting period*” di almeno 24 ore tra il consulto e l'operazione abortiva, *Ibidem*.

¹¹⁷ 36 Stati richiedono il coinvolgimento dei genitori nel caso di minore. In 27 Stati in particolare è richiesto il consenso di almeno un genitore; nei restanti 9 è sufficiente la notifica della decisione di abortire ad almeno uno dei genitori, *Ibidem*.

Tra questi tipi di regolamentazione ve ne sono due particolarmente interessanti: la proibizione del c.d. *partial birth abortion* e il divieto di abortire oltre un certo limite temporale sulla base delle conoscenze scientifiche circa la percezione del dolore da parte del feto.

Tali interventi mostrano come la regolamentazione dell'aborto non sia in ultima analisi riconducibile ad un astratto conflitto tra libertà di scelta e vita: in esso si intrecciano valutazioni di tipo scientifico che non possono non "pesare" nel bilanciamento tra le diverse posizioni soggettive in rilievo.

Pratiche come il *partial birth abortion*, che vedono la comunità medica divisa sulla sua effettiva necessità negli aborti tardivi, possono legittimamente sollecitare il legislatore ad intervenire; altrettanto può dirsi rispetto alla percezione del dolore prenatale, intorno alla quale l'incertezza medico-scientifica può legittimamente trovare spazio in una legislazione informata al principio di cautela e precauzione.

7. *Gonzales v. Carhart: premessa per un nuovo paradigma?*

È nell'ambito della reviviscenza del movimento *pro-life* che si apre un nuovo capitolo nella storia della regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti, nel 2000 e nel 2007, con due sentenze, la *Stenberg v. Carhart* e la *Gonzales v. Carhart*, relative ad un profilo del tutto peculiare: la costituzionalità di una determinata pratica abortiva ritenuta da alcuni medici una delle poche praticabili negli aborti tardivi (durante il secondo trimestre): il *partial birth abortion* (anche definito dilatazione ed estrazione intatta, D&X).

Si tratta di una tecnica che prevede l'estrazione di una parte del feto dal grembo materno (solo una parte in quanto se tutto il corpo fosse all'esterno si tratterebbe di un parto vero e proprio e, conseguentemente, di un omicidio), al quale viene fatta un'incisione alla base del cranio al fine di estrarre il cervello, in modo tale che il cranio collasi e il feto possa essere estratto – sicuramente privo di vita – dal grembo materno. Come si può intuire da questa breve descrizione, tale pratica ha sollevato pesanti interrogativi di carattere etico e morale, proprio perché labile è il confine tra aborto e infanticidio. Per questa ragione, nel 1996 e nel 1997, era stata presentata una legge federale per bandire il *partial birth abortion*, ma in

entrambi i casi non è stata approvata a seguito del veto presidenziale apposto alla stessa e alla conseguente necessità di raggiungere maggioranze qualificate per superare il veto. Nonostante il vuoto normativo a livello federale, circa 30 Stati, verso la fine degli anni Novanta, avevano bandito tale pratica. Tra questi lo Stato del Nebraska, la cui legislazione è stata impugnata dinnanzi alla Corte Suprema da un gruppo di medici che praticavano il *partial birth abortion*.

La Corte Suprema nella decisione di merito, *Stenberg v. Carhart*, ha dichiarato incostituzionale la legge del Nebraska in quanto nel bandire tale pratica non prevedeva un'eccezione per la salute della donna e in quanto la formulazione legislativa risultava ambigua, perché non permetteva di distinguere tra *partial birth abortion* e una sua variante, la dilazione ed evacuazione (D&E), in cui vengono estratte solo parti del feto precedentemente tagliate.

La decisione in esame è risultata da subito molto controversa anche per il fatto che, come accaduto in *Roe*, era suscettibile di invalidare le legislazioni in materia approvate dai due terzi degli Stati americani, come del resto ha messo in evidenza, nella sua tonante *dissenting opinion*, il giudice Scalia. Inoltre la Corte stessa si è mostrata tutt'altro che compatta: la decisione è stata presa da cinque giudici contro quattro dissenzienti, ognuno dei quali non ha mancato di redigere la propria *dissenting opinion*¹¹⁸.

Tuttavia la sentenza *Stenberg* è stato solo il primo atto della battaglia volta a bandire il *partial birth abortion*: tre anni dopo tale decisione, nel 2003, il Congresso ha approvato il *Partial Birth Abortion Ban Act*, con il quale, anche alla luce delle indicazioni della Corte Suprema, è stata bandita la pratica D&X, ma non la D&E.

Come la legge del Nebraska, anche la legge federale è stata impugnata da alcuni medici che praticavano aborti nel secondo trimestre. Ma, contrariamente a *Stenberg*, nel caso *Gonzales v. Carhart* del 2007, la Corte suprema ha affermato la validità del *Partial Birth Abortion Ban Act*, in quanto esso risultava più preciso e meno vago della legge del Nebraska. Al di là dello storico risultato per il movimento *pro-life*¹¹⁹, è interessante

¹¹⁸ L. HEFFERMANN, *Stenberg v. Carhart: A Divided US Supreme Court*, Debates Partial Birth Abortion, in *The Modern Law Review* 64(4), 2001, p. 618.

¹¹⁹ Si veda, criticamente, S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., p. 164 ss.

ripercorrere i punti salienti dell'argomentazione della Corte. Essa, infatti, ha ripreso i principi sanciti in *Planned Parenthood v. Casey*, affermando che, pur non potendo lo Stato proibire a nessuna donna di abortire prima della *viability*, e pur non potendo introdurre un *undue burden*, fosse possibile e legittimo porre discipline che «si limitino ad introdurre dei meccanismi strutturali con i quali lo Stato, o il genitore o il tutore di un minore possano esprimere il profondo rispetto per la vita del non nato», purché esse non costituiscano un ostacolo sostanziale all'esercizio del diritto di scelta della donna. Alla luce di tale paradigma, la legge federale, secondo la Corte, non imponeva un *undue burden*, in quanto erano esperibili altre tecniche abortive cui la donna poteva ricorrere (la D&E). Non solo, ma la legge non aveva come scopo quello di porre un ostacolo alla volontà della donna: come si legge nelle dichiarazioni che precedono l'articolo della legge e che spiegano la *ratio* della stessa, il Congresso ha ritenuto che le tecniche vietate avevano una preoccupante somiglianza con l'omicidio di un bambino neonato e che pertanto il Legislatore doveva segnare una chiara linea di confine tra l'aborto e l'infanticidio. Il Congresso aveva inoltre stabilito che ci fosse un generale consenso morale, medico ed etico, sulla natura raccapricciante e inumana della D&E; per questi motivi, «Implicitly approving such a brutal and inhumane procedure by choosing not to prohibit it will further coarsen society to the humanity of not only newborns, but all vulnerable and innocent human life, making it increasingly difficult to protect such life»¹²⁰.

La Corte Suprema inoltre si è soffermata, in maniera del tutto inaspettata, e secondo alcuni ponendo le basi per un superamento di *Roe* e *Casey*¹²¹, sul tema dell'aborto in sé, affermando che «il rispetto per la vita umana trova massima espressione nel legame di amore che lega la madre al proprio bambino. Anche la legge riconosce questa realtà. La decisione di abortire richiede una scelta difficile e moralmente dolorosa [...] Seb-

¹²⁰ Public Law 108-105, Nov. 5, 2003, p. 8.

¹²¹ Come è stato rilevato, *Carhart* «costituisce un attacco frontale a questa giurisprudenza, perché non sottopone la legge al “*close scrutiny*” applicato senza eccezioni nelle precedenti decisioni relative alle scelte delle donne nella sfera riproduttiva, e legittima un intervento federale palesemente privo di un requisito fondamentale di costituzionalità (l'eccezione relativa alla salute della donna) elaborato dalla Corte Suprema», S. MANCINI, *Un affare di donne*, cit., p. 163.

bene non abbiamo a nostra disposizione dati attendibili per misurare il fenomeno, sembra ineccepibile la conclusione secondo cui alcune donne arrivano a dolersi di aver compiuto la scelta di interrompere la piccola vita che in precedenza avevano generato e sostenuto»¹²². Le conclusioni della Corte in *Gonzales v. Carhart* sembrano dunque mostrare una sensibilità diversa rispetto alle affermazioni fatte in *Roe v. Wade*, tutta incentrata sulla risoluzione del *clash of absolutes*, tra due interessi contrapposti, quello della libertà della donna di abortire nei primi due trimestri e quello della tutela della vita potenziale del nascituro nel terzo trimestre. Pur inaugurando un nuovo filone argomentativo, *Gonzales* non avrebbe portato ad un superamento immediato dei principi sanciti in *Roe* e *Casey*; e tuttavia ad essa va riconosciuto il merito di aver guardato le ragioni del legislatore federale, il quale ha legittimamente esercitato la sua discrezionalità in un'area di grande incertezza medico-scientifica, mostrando così il suo interesse per il rispetto della vita.

Rispetto che, riconosce la Corte nella sentenza è scaturito dal «the dialogue that better informs the political and legal systems, the medical profession, expectant mothers, and society as a whole of the consequences that follow from a decision to elect a late-term abortion»¹²³.

8. Whole Woman's Health v. Hellerstedt

Il 27 giugno 2016 la Corte Suprema americana ha deciso l'atteso caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*¹²⁴, dichiarando l'incostituzionalità della legge texana HB2¹²⁵ che – collocandosi nel filone di quelle che sono state definite TRAPs laws¹²⁶ – imponeva, a protezione della salute delle

¹²² *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt*, 579 U.S. ___ (2016).

¹²⁵ House Bill 2 (H. B. 2 or Act), approvato dal legislatore dello Stato del Texas nel 2013.

¹²⁶ Targeted Regulation of Abortion Providers sulle quali si veda *State Policies in Brief: Targeted Regulation of Abortion Providers*, Guttmacher Inst., 2015, www.guttmacher.org; nel report si legge: «Efforts to use clinic regulation to limit access to abortion, rather

donne, il rispetto di rigorosi requisiti di natura tecnico-sanitaria ai professionisti che offrivano servizi abortivi e alle cliniche che li praticavano nello Stato del Texas: in particolare la legislazione texana richiedeva ai medici operanti in cliniche ove si effettuavano aborti di essere afferenti ad una struttura ospedaliera distante non più di 30 miglia dalla clinica stessa (*admitting privileges*) e imponeva alle cliniche il rispetto dei requisiti sanitari previsti per gli ambulatori chirurgici (*surgical center requirement*). L'effetto di simili previsioni – su cui fa leva la Corte nella sua decisione – era quello di provocare la chiusura di un numero significativo di cliniche abortive presenti in Texas, rendendo l'accesso all'aborto per le donne residenti in zone prive di tali cliniche potenzialmente oneroso e difficoltoso¹²⁷.

Numerosi sono i profili di interesse che tale caso solleva: il primo riguarda il tema generale del rapporto tra federalismo e diritti che, sin dal caso *Roe v. Wade*, ha percorso il tema della regolamentazione dell'aborto in America; il secondo riguarda più specificatamente il ruolo che il legislatore ha nel regolamentare l'aborto e nella protezione dei diversi interessi in rilievo (protezione della vita prenatale, protezione della salute della donna, tutela della libertà di scelta della donna) e il ruolo del potere giudiziario di fronte alla discrezionalità del legislatore; il terzo, infine, attiene ad un nuovo approccio al tema dell'aborto, declinato non più solo in termini di “*rights talk*”, essendo il diritto all'aborto – seppur in diverse forme e intensità – ammesso nella quasi totalità degli ordinamenti contemporanei, ma anche e prevalentemente in termini di “*rights extension*” o “*rights effectivity*”, cioè rispetto alle modalità con cui un ordinamento interviene regolando *concretamente* l'accesso all'aborto.

Si tratta di aspetti già affrontati dalla giurisprudenza americana in materia di aborto. L'*undue burden test*, la sua applicazione ed estensione rappresentano lo standard utilizzato, sino a quel momento, dalla Corte Su-

than to make its provision safer resurfaced in the 1990s and have gained steam since 2010»; R. SIEGEL, L. GREENHOUSE, *Casey and the Clinic Closings: When 'Protecting Health' Obstructs Choice*, in *Yale Law Journal*, 125, 2016, p. 1150. Sulle TRAPs laws si veda anche D. JOHNSON, “*TRAP*”ing *Roe* in *Indiana* and a *Common-Ground Alternative*, in *Yale Law Journal*, 118, 2009, p. 1356 ss.

¹²⁷ Sugli effetti quantitativi della legge texana si rimanda a E. CHIEREGATO, *La Corte Suprema condanna la chiusura delle cliniche abortive: un commento a Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2016, p. 1 ss.

prema (e dalle altre Corti) nel vagliare la costituzionalità di leggi restrittive in tema di aborto e tuttavia sulla sua interpretazione si scontrano diverse posizioni, come testimonia il complesso iter giudiziario che ha portato il caso in esame di fronte alla Corte Suprema. Quest'ultima ha preso posizione nella diatriba circa l'interpretazione dell'*undue burden test*, e lo ha fatto in un modo tanto netto che la sentenza in commento può essere considerata «quale punto di avvio di una nuova fase di quella che potremmo definire *abortion rights adjudication* negli Stati Uniti»¹²⁸, in grado addirittura di «reshape the abortion conflict»¹²⁹.

Si proceda con ordine: nel 2013 lo Stato del Texas ha approvato una legge (HB2) che imponeva, come sopra accennato i c.d. *admitting privileges* e *surgical center requirements* rispettivamente per i medici che praticano in cliniche abortive e per queste ultime.

I ricorrenti, una serie di “*abortion providers*” texani, hanno invocato, prima ancora che la legge entrasse in vigore, l'incostituzionalità della stessa – sotto il solo profilo della previsione degli *admitting privileges*, di fronte alla Corte distrettuale federale, la quale ne accordava la sospensione dell'entrata in vigore. Tre giorni dopo, tuttavia il V Circuito si è pronunciato in maniera contraria (*Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. v. Abbott*, 2013) permettendo l'entrata in vigore della legge HB2.

Cinque giorni dopo la sentenza del V Circuito, un altro gruppo di *abortion service providers* – tra le cui fila si annoveravamo anche i ricorrenti nel caso sopra menzionato – ha sollevato un'analogha doglianza di fronte alla Corte Federale Distrettuale, chiedendo che venisse bloccata l'attuazione questa volta di entrambi i requisiti previsti dalla legge HB2, ormai in vigore. La Corte distrettuale ha accolto i ricorsi ritenendo che i requisiti posti dalla legge texana configurassero un *undue burden* rispetto al diritto di abortire delle donne in alcune aree del Texas (Rio Grande Valley, El Paso e West Texas), provocando la chiusura di molte cliniche abortiste che operavano legalmente nel 2013 in Texas. I ricorrenti hanno dunque ottenuto la sospensione delle previsioni di legge.

¹²⁸ L. BUSATTA, *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell'abortion rights adjudication negli Stati Uniti*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2016, p. 808.

¹²⁹ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman's Health*, cit., p. 150.

Tuttavia, la Corte di Appello, adita dallo Stato del Texas, nel giugno del 2015 ha sovvertito le conclusioni della Corte distrettuale, muovendo da considerazioni tanto procedurali che sostanziali.

Rispetto alle prime, la Corte d'Appello ha ritenuto che, avendo parte dei ricorrenti già agito in giudizio nel caso *Abbott* in riferimento alle medesime doglianze, essa non avrebbe potuto giudicare nel merito tali ricorsi applicandosi il principio della *res iudicata*, rilievo che sarà poi significativamente ripreso dal giudice Alito nella sua *dissenting opinion* nel caso in commento. Rispetto alle seconde, invece, la Corte d'Appello ha affermato che entrambi i requisiti richiesti dalla HB2 erano ragionevolmente correlati ad un legittimo interesse dello Stato, aumentando lo standard e la qualità dell'assistenza per le donne in procinto di abortire e proteggendo in tal modo la loro salute¹³⁰.

È dunque al termine di tale *iter* che il caso è giunto alla Corte Suprema, la quale, come anticipato, ha dichiarato non solo i ricorsi ammissibili, ma altresì l'incostituzionalità della legge texana, sovvertendo le conclusioni della Corte d'Appello alla luce di una interpretazione dell'*undue burden test* diametralmente opposta.

In riferimento all'argomento della *res iudicata*, la Corte Suprema ha ritenuto che, pur essendo le doglianze dei ricorrenti nel caso *Abbott* e nel caso in esame vertenti sullo stesso profilo della legge texana (gli *admitting privileges*), le circostanze fattuali fossero mutate nei due casi, nel primo non essendo la legge ancora entrata in vigore – e non avendo dunque spiegato effetto alcuno – nel secondo, invece, essendo la legge entrata in vigore e avendo concorso a determinare la chiusura di numerose cliniche. In definitiva, la Corte ha affermato che «the challenge brought in this case and the one in *Abbott* are not the “very same claim”, and the doctrine of claim preclusion consequently does not bar a new challenge to the constitutionality of the admitting-privileges requirement»¹³¹.

Muovendo invece al merito della questione, il ragionamento della Corte è centrato, ancora una volta, sulla verifica dell'*undue burden* standard, ovvero sulla verifica che una legge, che pure persegue «a legitimate state interest», non abbia al contempo «the effect of placing a substantial obsta-

¹³⁰ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, cit., p. 9.

¹³¹ *Ivi*, p. 14.

cle in the path of a woman's choice»¹³². Tuttavia a differenza della Corte d'Appello e del V Circuito – che avevano adottato un approccio “*rational basis*” – valutando cioè la *ratio* sottesa alle restrizioni di legge che affermava un principio vitale dell'autogoverno democratico¹³³ – la Corte Suprema si è mossa sul terreno delle evidenze fattuali, che la portano a ponderare – attraverso l'analisi di dati concreti, di prove scientifiche, di valutazioni circa l'impatto reale sulla vita delle donne – il rapporto “costi-benefici”¹³⁴ delle restrizioni introdotte dal legislatore.

Il giudice Breyer ha, infatti, affermato che la regola enunciata in *Casey* «requires that Courts consider the burdens a law imposes on abortion access together with the benefits those laws confer» e che «the Court, when determining the constitutionality of laws regulating abortion procedures, has placed considerable weight upon evidence and argument presented in judicial proceedings»¹³⁵.

In definitiva, la Corte Suprema ha introdotto una nuova interpretazione dell'*undue burden test*, che potremmo definire “*evidence based*”, in quanto la legittimità della scelta discrezionale del legislatore è stata valutata alla luce dei dati scientifici e delle conseguenze fattuali della scelta stessa, diventando dunque la «razionalità scientifica presupposto di legittimazione di una legge»¹³⁶.

¹³² *Ivi*, p. 19.

¹³³ *Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. V. Abbott*, 2014.

¹³⁴ K.C. WALSH, *The constitutional law of abortion after Whole Woman's Health – What comes next?*, in *Scotusblog.com*, 28 giugno 2016. L'Autore afferma, criticamente, che «what may appear on the surface of judicial opinions to be a cost-benefit analysis is likely to reflect either (1) decisions on other grounds (as often happens in dormant Commerce Clause analysis of non-discriminatory state legislation under *Pike v. Bruce Church*), or (2) judicial selectivity about which facts matter and why (as often happens in the effects prong of Establishment Clause analysis under *Lemon v. Kurtzman*)».

¹³⁵ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, p. 20.

¹³⁶ Si veda A. D'ALOIA, *Giudice e Legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, p. 113 e A. SPADARO, *Sulle tre forme di legittimazione (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato Costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA, (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 569 ss.

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

L'*undue burden test*, a partire da *Casey*, è il parametro di riferimento utilizzato tanto dei giudici che hanno dichiarato l'incostituzionalità delle restrizioni di legge previste, quanto da quelli che ne hanno dichiarato la conformità a Costituzione, a dimostrazione dell'incertezza interpretativa che circonda il concetto e la sua applicazione. Tuttavia, come osserva Reva Siegel, «this is not as surprising as it might at first seem. Casey was crafted by moderates responding to concerns raised both by those who wanted to overturn *Roe v. Wade*, and those who wanted to preserve constitutional protections for the abortion right»¹³⁷. È proprio in questo carattere ultimamente compromissorio di *Casey*, che va dunque rintracciata l'ambiguità sottesa al concetto di *undue burden*. Ambiguità che viene tuttavia sciolta proprio dalla Corte Suprema la quale si discosta nettamente da un'interpretazione dell'*undue burden* volta meramente ad accertare la *ratio* della scelta legislativa – esercitata nell'ambito della discrezionalità del legislatore – giungendo ad indentificare «real limits on state efforts to restrict women's access to abortion» e ancor di più indicando ai giudici «how to apply the Casey framework in evaluating the benefits and burdens of restrictions on abortion»¹³⁸.

Rispetto al requisito degli *admitting privileges*, in particolare, la Corte Suprema, riportando una serie di “*evidences*”, giunge a conclusione che la legge in questione non sia giustificata alla luce dei benefici in favore della salute della donna, ponendo al contrario «a substantial obstacle in the path of a woman's choice»¹³⁹.

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

¹³⁷ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *Casey and the Clinic Closing: When “protecting health” obstructs choice*, cit., p. 1431.

¹³⁸ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman's Health*, cit., p. 150.

¹³⁹ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, cit., p. 24.

A ciò si aggiunga l'effetto della previsione di legge censurata, ovvero la chiusura di metà delle cliniche praticanti aborti in Texas. Tale riduzione del numero delle strutture, afferma la Corte «meant fewer doctors, longer waiting times and increased crowding»¹⁴⁰, oltre che un aumento della distanza per molte pazienti dalla clinica ed esse più vicina.

In particolare, sebbene, quest'ultimo aspetto, per esplicita ammissione della Corte, non necessariamente costituisce un *undue burden*¹⁴¹, nel caso in esame viene ad aggiungersi ad altri ostacoli che, considerati cumulativamente e alla luce dell'assenza di un reale beneficio per la salute delle donne, configurano senza ombra di dubbio un *undue burden*. Degno di rilievo è che la Corte nel caso in esame non solo valuta la concreta possibilità dell'accesso all'aborto (*an*), ma anche la sua realizzazione qualitativa (*quomodo*), ponendo particolare attenzione alle condizioni in cui le donne possono portare a termine la loro scelta.

Come si può intuire, siamo di fronte ad una nuova interpretazione del concetto di *undue burden*, non più incentrato sulla *ratio* della disposizione di legge, ma sull'analisi costi-benefici della stessa, anche alla luce del dato scientifico. E quest'ultimo, anche quando incerto e dibattuto, sembra avere la meglio anche sulla discrezionalità legislativa: «the statement that legislatures, and not Courts, must resolve questions of medical uncertainty is also inconsistent with this Court's case law. Instead the Court, when determining the constitutionality of laws regulating abortion procedures, has placed considerable weight upon evidence and argument presented in judicial proceedings»¹⁴².

Nella sua *dissenting opinion*, il giudice Thomas rileva criticamente questa svolta della Corte rispetto al *framework* elaborato in *Casey*, affermando che «the majority's undue-burden test looks far less like our post-Casey precedents and far more like the strict-scrutiny standard that Casey rejected, under which only the most compelling rationales justified restrictions on abortion»¹⁴³.

Condivisa o meno la presa di posizione della Corte, essa rappresenta

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 26.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ivi*, p. 20.

¹⁴³ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, Thomas J, dissenting, p. 10.

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

8.2. *Gli scenari aperti da Whole Woman's Health v. Hellerstedt*

Come già accennato, la decisione in esame non è solo interessante per il caso in sé, ma anche per l'impatto sui i confini del dibattito costituzionalistico americano in tema di aborto, nel quale si fronteggiano posizioni contrastanti.

Autorevole dottrina ha rilevato che l'approccio *evidence-based* adottato dalla Corte e il contestuale rifiuto del *rational basis scrutiny* fornisce, in definitiva, ai giudici gli strumenti per applicare l'*undue burden test* – come ridefinito dalla Corte stessa – a tutte le leggi suscettibili di imporre restrizioni alla scelta abortiva, non solo in nome della tutela della salute della donna ma anche della protezione della vita prenatale¹⁴⁴. Come osserva Reva Siegel, «evidence based balancing of this kind should also guide courts in evaluating fetal-protective abortion restrictions that rest on the contested factual claims – for example, claims that abortion before viability inflicts fetal pain»¹⁴⁵.

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

¹⁴⁴ M. ZIEGLER, *The Court once again makes the "undue-burden" test a referendum on the facts*, in *Scotusblog*, 27 giugno 2016. L'A. afferma che «this decision is important because of what it says about how the Court should approach any abortion restriction, not just the ones analyzed by the Justices today. Breyer's opinion offers a few clues about how courts should apply the "undue burden" test going forward. First, courts have to consider not only whether a law eliminates access but also whether a regulation benefits anyone».

¹⁴⁵ L. GREENHOUSE, R. SIEGEL, *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Rights after Whole Woman's Health*, cit., p. 161.

human baby... What does, or will, our law say about the costs and benefits of a law that protects these babies, or of a constitutional regime that disables meaningful legal protection for them?»¹⁴⁶.

Al di là delle diverse letture dell'approccio *evidence-based*, siamo di fronte – come il giudice Thomas rileva nella sua *dissenting opinion* – ad una “*reconfiguration*” dello standard di scrutinio applicato alle restrizioni in materia di aborto, attraverso una sorta di «right-specific exception»¹⁴⁷.

Nonostante *Whole Woman's Health* abbia rappresentato, in quel momento, indubbiamente una sconfitta del movimento *pro-life* e delle strategie volte a stringere le maglie del diritto all'aborto attraverso l'azione legislativa, simili divergenti letture mostrano come, ben prima di *Dobbs*, sul piano costituzionale il tema del diritto all'aborto ed in particolare del rapporto tra discrezionalità legislativa e attivismo giudiziario fosse quanto mai aperto e suscettibile di mutamento anche alla luce dei possibili nuovi equilibri determinati dalla mutevole composizione della Corte nel tempo¹⁴⁸.

¹⁴⁶ K. WALSH, *The constitutional law of abortion after Whole Woman's Health – What comes next?*, cit., p. 1.

¹⁴⁷ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, Thomas J, dissenting, p. 16. In particolare, il giudice Thomas afferma, citando Scalia, che «a jurisprudence of right-specific exceptions and balancing test is a regrettable concession of defeat – an acknowledgement that we have passed the point where 'law', properly speaking, has any further application», A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review* 56, 1989, p. 1182.

¹⁴⁸ Già in *Gonzales v. Carhart* vi erano state delle avvisaglie in questo senso, dato che il caso è stato deciso, tra i primi della Corte Roberts, in seguito alla sostituzione di Justice O'Connor (nella maggioranza in *Stenberg v. Carhart*) con Samuel Alito. Peraltro, proprio in quell'occasione, la dottrina ha evidenziato l'inizio di una possibile nuova fase nella giurisprudenza di Justice Kennedy in materia di *substantive due process*. In particolare si veda S.G. CALABRESI, *Substantive Due Process After Gonzales v. Carhart*, in *Michigan Law Review*, 106, 2008, p. 1517 ss. Sulla complessità della giurisprudenza di Justice Kennedy in tema di *substantive due process* e aborto, si veda su tutti O. CARTER SNEAD, L. WOLK, *Irreconcilable Differences? Whole Woman's Health, Gonzales, and Justice Kennedy's Vision of American Abortion Jurisprudence*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 41, 2018, p. 719 ss.

9. *La Corte ritorna sull'undue burden test: June Medical Services v. Russo*

In *June Medical Services v. Russo* la Corte Suprema ritorna a giudicare una TRAP law in tutto analoga a quella oggetto della sentenza *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*. Si trattava, infatti, di una legge della Louisiana (Act 620, *Unsafe Abortion Protection Act*) che introduceva per i medici che volessero praticare aborti il requisito degli "admitting privileges" presso una struttura ospedaliera entro le 30 miglia dal luogo in cui fosse praticato l'aborto¹⁴⁹.

A differenza che in *Whole Woman's Health*, tuttavia, la composizione della Corte era cambiata, con il ritiro del giudice Kennedy e la nomina da parte del presidente Trump, del giudice Kavanaugh. In particolare, in *June Medical Services*, i quattro giudici che avevano votato in favore dell'incostituzionalità della legge texana nel caso *Whole Woman's Health*, hanno confermato la loro posizione, mentre il giudice Roberts, che aveva espresso un'opinione dissenziente in *Whole Woman's Health*, si è unito alla maggioranza in *June*, alla luce del rispetto del principio dello *stare decisis* come afferma egli stesso a chiare lettere: «The legal doctrine of *stare decisis* requires us, absent special circumstances, to treat like cases alike. The Louisiana law imposes a burden on access to abortion just as severe as that imposed by the Texas law, for the same reasons. Therefore Louisiana's law cannot stand under our precedents»¹⁵⁰.

La Corte, similmente a *Whole Woman's*, ha accertato l'impatto degli *admitting privileges* sull'esercizio del diritto di abortire per le donne, verificando se tale requisito rendesse o meno più oneroso per le donne ottenere un aborto. Muovendo da una analisi fattuale, la Corte ha ritenuto che i requisiti richiesti fossero suscettibili di porre un *substantial obstacle* per l'accesso all'aborto, alla luce del fatto che la legge della Louisiana, se applicata, avrebbe indotto alla chiusura di quasi tutte le cliniche abortive (tranne una) dello Stato. La riduzione delle cliniche che fornivano servizi abortivi avrebbe a sua volta causato inevitabilmente un aumento dei tempi

¹⁴⁹ R.B. SIEGEL, *Why Restrict Abortion? Expanding the Frame on June Medical*, in *2020 Supreme Court Review*, 2021.

¹⁵⁰ *June Medical Services L. L. C. v. Russo* (Roberts, C.J., concurring, p. 2).

di attesa per ottenere un aborto, che, in determinate circostanze, avrebbe potuto aumentare il rischio di complicazioni durante la procedura abortiva o impedire alla donna di ricorrere all'aborto farmacologico non invasivo¹⁵¹. Non solo, la chiusura delle cliniche abortive nello stato avrebbe indotto le donne a viaggiare fino a 5 ore per ottenere un aborto, un pregiudizio che si sarebbe ripercosso in maniera sproporzionata in particolare sulle donne in condizioni di povertà¹⁵². La Corte, dunque, ha ritenuto che la legge delle Louisiana imponesse un *undue burden* sul diritto di ottenere un aborto e ne ha dichiarato l'incostituzionalità.

Di diverso avviso, pur avendo contribuito all'*opinion* di maggioranza è stato il giudice Roberts, che nella sua *concurring opinion* ha apertamente messo in discussione lo standard di bilanciamento utilizzato a partire da *Whole Woman's*, basato come si è visto su una ponderazione tra costi e benefici della legislazione restrittiva in tema di aborto. Come ha affermato chiaramente Roberts, «in this context, courts applying a balancing test would be asked in essence to weigh the State's interests in "protecting the potentiality of human life" and the health of the woman, on the one hand, against the woman's liberty interest in defining her "own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life" on the other (...). There is no plausible sense in which anyone, let alone this Court, could objectively assign weight to such imponderable values and no meaningful way to compare them if there were»¹⁵³.

E ancora, secondo Roberts l'applicazione di tale tipo di scrutinio avrebbe richiesto alla Corte «to act as legislators, not judges»¹⁵⁴.

Roberts si discosta dunque dall'interpretazione dell'*undue burden* emersa in *Whole Woman's Health*, affermando che nel precedente costituito da *Casey* non si suggeriva in alcun modo che la ponderazione dei costi e i benefici di una regolamentazione sull'aborto dovesse essere lasciata ai giudici. Al contrario, riconosce Roberts, la Corte ha sempre affermato la regola per cui i legislatori statali e federali godono di ampia discrezionali-

¹⁵¹ *Ivi*, p. 35.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ivi*, p. 2.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

tà nell'approvare una regolamentazione in ambiti in cui vi è incertezza medica e scientifica¹⁵⁵.

Come osservato in dottrina «l'opinione del Presidente Roberts è suonata come un invito ai legislatori statali a reintrodurre limitazioni al diritto di abortire giustificate dall'esigenza di proteggere la salute femminile, semplicemente regolamentando la materia con maggiore attenzione rispetto al passato»¹⁵⁶.

La posizione di Roberts, anche se ha contribuito alla dichiarazione di incostituzionalità della legge della Louisiana, mostra come la giurisprudenza della Corte, già prima di *Dobbs*, fosse tutt'altro che monolitica, rispetto alla determinazione in concreto dello standard dell'*undue burden*, un concetto piuttosto ampio e suscettibile di diversissime interpretazioni.

L'inconsistenza del test dell'*undue burden* è centrale anche nelle *dissenting opinions* di Gorsuch, Kavanaugh, Alito e Thomas. A ciò si deve aggiungere una eccezione di tipo procedurale, ovvero sia il fatto che, secondo i giudici dissenzienti, le cliniche e i medici ricorrenti non avessero in realtà lo *standing* per accedere alla Corte in luogo delle loro pazienti¹⁵⁷.

In generale, pur non discostandosi dal precedente, *June Medical Services* può essere considerata, come ha rilevato attenta dottrina «una vittoria di Pirro, che ha posto le basi per la proliferazione di restrizioni statali al diritto di abortire, giustificate da false pretese di tutela della salute»¹⁵⁸. E ciò a maggior ragione alla luce del mutamento della composizione della Corte con la morte di Ruth Bader Ginsburg e la nomina di Amy Coney Barrett.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, p. 269.

¹⁵⁷ *June Medical Services L.L.C. v. Russo*, cit., Alito, dissenting, p. 1; Gorsuch, dissenting, p. 5 ss.; Kavanaugh dissenting, p. 1; Thomas, dissenting, p. 2.

¹⁵⁸ S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo*, cit., p. 269.

10. *Ruth Bader Ginsburg e la questione dell'aborto*

La morte di Ruth Bader Ginsburg il 18 settembre 2020 ha sicuramente rappresentato l'imprevisto che ha offerto al Presidente Trump l'occasione di nominare il terzo giudice del suo mandato, Amy Coney Barrett, e con questo, forse, di cambiare per sempre la storia costituzionale degli Stati Uniti in materia di aborto.

Non è questa la sede per ricostruire il contributo fondamentale di una delle menti più brillanti e influenti del costituzionalismo americano¹⁵⁹. Tuttavia si vuole mettere in luce il prezioso contributo di Ruth Bader Ginsburg rispetto al tema dell'aborto, per come emerge dalla giurisprudenza e dalle opinioni separate di cui è stata autrice. Occorre sin da subito precisare la particolare prospettiva da cui Ginsburg muove per inquadrare il fondamento costituzionale del diritto all'aborto e in generale dei diritti riproduttivi: si tratta, invero, di una prospettiva che colloca i diritti riproduttivi nell'alveo della *Equal Protection Clause* e del principio di uguaglianza di genere.

È questa una prospettiva che ha accompagnato il pensiero e l'attività di Ginsburg sin dai primi anni '70, a partire dal caso *Struck v. Secretary of Defense*¹⁶⁰, che riguardava il caso di una donna impegnata nell'esercito, la quale, rimasta incinta e non intenzionata ad abortire per convinzioni religiose personali, era stata costretta a rinunciare alla carriera militare non potendo usufruire di nessun tipo di congedo.

Questo caso, che pur non è molto noto perché la Corte Suprema ha deciso di non pronunciarsi nel merito, è fondamentale per capire le origini e la natura delle opinioni della giudice Ginsburg sulla discriminazione sessuale e sui diritti riproduttivi.

In *Struck* Ginsburg, che allora agiva quale *General Counsel for the Women's Rights Project of the American Civil Liberties Union*, ha sostenuto che, escludendo una donna incinta dall'*Air Force*, laddove per gli uomini che si trovano in situazioni di incapacità lavorativa era previsto il conge-

¹⁵⁹ Per una ampia analisi del contributo di Ruth Bader Ginsburg si rimanda a S. DODSON (a cura di) *The Legacy of Ruth Bader Ginsburg* (2nd ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

¹⁶⁰ *Struck v. Sec'y of Def.*, 409 U.S. 1071 (1972).

do per malattia, fosse un caso di discriminazione sessuale perché la distinzione «reflects arbitrary notions of woman's place wholly at odds with contemporary legislative and judicial recognition that individual potential must not be restrained, nor equal opportunity limited, by law-sanctioned stereotypical prejudgments»¹⁶¹.

Già nel 1972, Ginsburg vedeva le limitazioni circa i diritti riproduttivi delle donne come regole radicate in una concezione stereotipata del ruolo della donna¹⁶² volta a minare «the equal citizenship stature of women».

Questa stessa espressione è ripresa nella *dissenting opinion* in *Gonzales v. Carhart*, laddove Ginsburg afferma che «legal challenges to undue restrictions on abortion procedures do not seek to vindicate some generalized notion of privacy; rather, they center on a woman's autonomy to determine her life's course, and thus to enjoy equal citizenship stature»¹⁶³.

L'inquadramento del tema dell'aborto nell'alveo della «*sex equality*» ha portato il giudice Ginsburg a una visione critica della sentenza *Roe v. Wade* che, come si è già avuto modo di sottolineare, fonda il riconoscimento di un diritto all'aborto sul paradigma della *privacy* e non su quello dell'uguaglianza di genere. Per Ginsburg, infatti, le scelte abortive non riguardano precipuamente la sfera della *privacy*, ma attengono, invece, alla parità sostanziale della donna: «the Roe decision might have been less of a storm center had it both homed in more precisely on the women's equality dimension of the issue and, correspondingly, attempted nothing more bold at that time than the mode of decision-making the Court employed in the 1970s gender classification cases»¹⁶⁴.

La Corte stessa, nella sentenza *Planned Parenthood* sembra riconoscere

¹⁶¹ See Brief for the Petitioner, *Struck v. Sec'y of Def.*, 409 U.S. 1071 (1972) (No. 72-178).

¹⁶² Per un'analisi del pensiero di Ginsburg a partire dal caso *Struck* si veda il bel saggio di N.S. SIEGEL, R.B. SIEGEL, *Struck by Stereotype: Ruth Bader Ginsburg on Pregnancy Discrimination as Sex Discrimination*, in *Duke Law Journal*, 59, 2010, pp. 771-798. Come sottolineano gli Autori: «anyone seeking to understand the origins and nature of Justice Ginsburg's views on sex discrimination would be well advised to read this brief. So would anyone interested in reimagining the bounds of constitutional possibility in the realm of gender equality», p. 772.

¹⁶³ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), Dissenting Opinion.

¹⁶⁴ R. BADER GINSBURG, *Speaking in a judicial voice*, cit., p. 1185.

questa duplice connotazione del diritto all'aborto – tanto espressione di autonomia che di uguaglianza – laddove afferma da un lato che l'aborto, «involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment»¹⁶⁵ e, dall'altro, che «the ability of women to participate equally in the economic and social life of the Nation has been facilitated by their ability to control their reproductive lives»¹⁶⁶.

Come osserva acutamente Reva Siegel, tuttavia, «the Court has never done what Justice Ginsburg imagined: taken abortion, pregnancy, out-of-wedlock birth, and explicit gender-based differentials out of the separate cubbyholes in which they now rest, acknowledge[d] the practical interrelationships, and treat[ed] these matters as part and parcel of a single, large, sex equality issue»¹⁶⁷.

Questa possibilità di svolta viene offerta a Ginsburg nella *dissenting opinion* in *Gonzales v. Carhart*, laddove la giudice, riprendendo l'apertura fatta da *Casey* rispetto al tema dell'uguaglianza, cristallizza la sua visione circa l'intervento statale nella regolamentazione della scelta abortiva: «as *Casey* comprehended, at stake in cases challenging abortion restrictions is a woman's 'control over her [own] destiny.' Their ability to realize their full potential, the Court recognized, is intimately connected to 'their ability to control their reproductive lives.' Thus, legal challenges to undue restrictions on abortion procedures do not seek to vindicate some generalized notion of privacy; rather, they center on a woman's autonomy to determine her life's course, and thus to enjoy equal citizenship stature»¹⁶⁸.

¹⁶⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* cit.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ R.B. SIEGEL, *Equality and Choice: Sex Equality Perspectives on Reproductive Rights in the Work of Ruth Bader Ginsburg*, in *Columbia Journal of Gender & Law*, 25, 2013, 63, p. 73.

¹⁶⁸ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), *Dissenting Opinion*; si veda, sul tema dell'uguaglianza, R.B. SIEGEL, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in *Stanford Law Review*, 44, 1992, p. 261.

Il caso *Gonzales* offre, in particolare, alla giudice Ginsburg l'occasione per ripercorrere la storia della regolamentazione dell'aborto, riportando la controversia in esame nell'alveo dei precedenti della Corte Suprema in materia di aborto, ma soprattutto enfatizzando la visione dell'aborto come, innanzitutto, diritto fondato sull'eguaglianza di genere.

Tre sono gli aspetti dell'opinione dissenziente che meritano un approfondimento.

Il primo riguarda il rifiuto di qualsiasi connotazione morale intorno al tema dell'aborto. Qui Ginsburg afferma con decisione che «[b]y allowing such concerns the Court dishonors our precedent»¹⁶⁹.

Giocando su questa corda emotiva, afferma Ginsburg, la Corte priva le donne del diritto di fare scelte autonome, anche a costo della loro sicurezza, per poi contestare che il divieto oggetto della legge sia volto ad affermare l'interesse dello Stato di proteggere la vita del non nato. Ginsburg afferma, infatti, che la legge in questione non avrebbe salvato nessun feto perché la legge riguarda solo una particolare pratica abortiva e non la possibilità di accedere all'aborto in sé, quand'anche tardivo.

Un secondo aspetto di criticità della sentenza che emerge nell'opinione dissenziente riguarda la messa in discussione del test della *viability*, introdotto in *Casey*, quale discriminine rispetto alla legittimità di una regolamentazione statale restrittiva del diritto ad abortire. Ginsburg sottolinea che la legge in questione «does apply both pre-viability and post-viability because, 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»¹⁷⁰. La Corte si discostava, quindi, dalla giurisprudenza che aveva fatto dal concetto di *viability* la discriminante per valutare la costituzionalità della condotta dello Stato, andando invece a considerare la *ratio* della legge, ovvero l'obiettivo, esplicitato dal Congresso, di differenziare aborto e infanticidio «based not on whether a fetus can survive outside the womb, but on where a fetus is anatomically located when a particular medical procedure is performed»¹⁷¹.

Infine, la *dissenting opinion* si focalizza sulla mancanza di una eccezio-

¹⁶⁹ *Ibidem.*

¹⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹ *Ibidem.*

ne per la tutela della salute della donna. In un ambito in cui non vi è consenso all'interno della comunità scientifica circa la necessità di una determinata pratica abortiva in alcuni casi estremi, proibire tale pratica senza alcuna eccezione per la tutela della salute della donna significava porre, per quelle donne per cui il *partial birth abortion* rappresentava la pratica più sicura, un *undue burden*.

In questa *dissenting* possiamo rintracciare tutte le principali caratteristiche del pensiero di Ginsburg in materia di aborto, che ha sviluppato con assoluta coerenza a partire dagli anni '70 e in particolare il tenace rifiuto di concepire l'aborto in meri termini di *privacy* e il tentativo, invece, di inquadrarlo nell'alveo della *gender equality*. L'idea che muoveva Ginsburg, sia come avvocato che come professore e giudice, era quella di «taken abortion, pregnancy, out-of-wedlock birth, and explicit gender-based differentials out of the separate cubbyholes in which they now rest, acknowledge[d] the practical interrelationships, and treat[ed] these matters as part and parcel of a single, large, sex equality issue»¹⁷².

Questa concezione emerge chiaramente nella *dissenting* in *Gonzales*, dove Ginsburg cita ampiamente alcuni precedenti relativi alla *Equal Protection Clause* e alle discriminazioni di genere, unendo così il potere normativo delle argomentazioni in tema di uguaglianza e l'autorità testuale della *Equal Protection Clause*.

L'analisi della *dissenting opinion* nel caso *Gonzales*, se letta alla luce della visione di Ginsburg dei diritti riproduttivi e dell'uguaglianza di genere, mostra il pensiero di una giurista coerente, lucida e coraggiosa, tanto sul contenuto, quanto sul metodo.

Su questo ultimo aspetto, sembra rilevante ricordare ancora l'appassionata conversazione sul ruolo dei giudici e della Corte Suprema, riproposta nel saggio *Speaking in a judicial voice*, in *New York Law Review*, che l'ha portata anche a una visione critica rispetto alla direzione intrapresa dalla Corte in materia di regolamentazione dell'aborto.

Se in molti casi relativi alle questioni di "genere" nel corso degli anni Ottanta la Corte «approved the direction of change through a temperate brand of decision making, one that was not extravagant or divisive», in

¹⁷²R. BADER GINSBURG, *Sex Equality and the Constitution: The State of the Art*, in *Women's Rts. L. Rep.*, 4, 1978, p. 143.

tema di aborto la Corte «halted a political process that was moving in a reform direction and thereby (...) prolonged divisiveness and deferred stable settlement of the issue»¹⁷³.

Una posizione, quella di Ruth Bader Ginsburg, che sembra riecheggiare anche oggi, quasi a farsi monito, nella mai sopita lotta per la regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti, alla luce della nomina (controversa) della giudice Barrett e dell'inizio di un nuovo corso per la storia dell'aborto in America.

11. *Il Texas Heartbeat Act come “anticipazione normativa” di Dobbs (e non solo)*

Il 1° settembre 2021 lo Stato del Texas ha ufficialmente iniziato ad applicare il cd. *Texas Heartbeat Act* (promulgato dal Governatore repubblicano Abbott il 19 maggio 2021)¹⁷⁴, in forza del quale sono stati introdotti – essendo ancora vigente *Roe v. Wade* in tutto il territorio federale – limiti oltremodo stringenti al diritto all'aborto ed alla responsabilità giuridica degli interessati.

In particolare, tale legge prevedeva in primo luogo che, salvo eccezionali casi di emergenza che rendessero assolutamente necessario l'aborto, «a physician may not knowingly perform or induce an abortion on a pregnant woman if the physician detected a fetal heartbeat for the unborn child»¹⁷⁵. Sul punto, è stato osservato che, in concreto, tale normativa impediva in modo quasi totale la praticabilità dell'interruzione volontaria di gravidanza in Texas¹⁷⁶, poiché fissava il “limite ultimo” dell'aborto legale in un momento (la rilevabilità del battito cardiaco, identificabile intorno alla sesta settimana ca. di vita del feto e, quindi, ben prima del re-

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ 87 (R) SB 8, *An Act relating to abortion, including abortions after detection of an unborn child's heartbeat; authorizing a private civil right of action.*

¹⁷⁵ Section 171.205.

¹⁷⁶ Leggi analoghe sono state adottate (e sono entrate in vigore, all'indomani dell'*overruling* di *Roe v. Wade* da parte della Corte Suprema in *Dobbs*) in Tennessee, South Carolina, Oklahoma e Ohio.

quisito della *viability* fissato da *Roe*) nel quale la donna solitamente non è nemmeno a conoscenza del fatto di essere incinta¹⁷⁷. In secondo luogo, la legge texana introduceva un'anomala responsabilità civile in materia¹⁷⁸. Da un lato, essa stabiliva che qualsiasi privato cittadino aveva il diritto di citare in giudizio chiunque praticava un aborto o contribuiva in qualsiasi modo alla sua realizzazione (anche attraverso il finanziamento o rimborso delle corrispondenti spese sanitarie)¹⁷⁹; dall'altro, era previsto che il ricor-

¹⁷⁷ L'implementazione di tale disciplina era stata in origine "sospesa" da una pronuncia della Corte Distrettuale per il *Western District* (Giudice Pitman, W.D. Tex. Oct. 6, 2021 – Case 1:21-cv-00796-RP), tuttavia riformata dalla Corte d'Appello per il Quinto Circuito. La Corte Suprema si è poi pronunciata in *United States v. Texas*, 595 U.S. ___ (2021), rifiutando di sospendere la pronuncia della Corte d'Appello e rigettando la richiesta di *certiorari* del Governo degli Stati Uniti (formalmente già concessa e «limited to the following question: May the United States bring suit in federal court and obtain injunctive or declaratory relief against the State, state court judges, state court clerks, other state officials, or all private parties to prohibit S.B. 8 from being enforced») in quanto «improvidently granted».

¹⁷⁸ La legge texana si fondava su una particolare dottrina costituzionale, la "*writ-of-erasure fallacy*". Si tratta di una tesi elaborata dal costituzionalista Jonathan F. Mitchell. Si veda sul punto J.F. MITCHELL, *The Writ-of-Erasure Fallacy*, in *Vanderbilt Law Review*, 104, 2018, p. 933 ss. In buona sostanza, secondo Mitchell: a) dichiarando incostituzionale una legge, la Corte Suprema non renderebbe "nulla" quest'ultima, ma si limiterebbe a impedirne, in forma di ingiunzione, l'esecuzione, almeno finché non sia il legislatore stesso ad abrogarla. Ciò avrebbe l'effetto, in caso di mutamento dell'orientamento giurisprudenziale in seguito ad *overruling*, di riportare in vita la legge precedentemente dichiarata incostituzionale. A risultare critico non sarebbe tanto quest'ultimo aspetto della teoria, quanto invece il suo postulato: dal momento che la legge dichiarata incostituzionale sarebbe ancora "on the books", benché non passibile di esecuzione, ciò non potrebbe porre al riparo un eventuale *lawbreaker* da una causa civile intentata da una terza parte privata. È precisamente questo il *legal reasoning* sotteso dalla legge texana e contro il quale si scaglia, nel suo *dissent*, soprattutto Roberts. Il *Chief Justice*, infatti, mette chiaramente in guardia contro una tesi che, se dovesse divenire maggioritaria, finirebbe per esautorare il ruolo della Corte Suprema nell'ordinamento: «The nature of the federal right infringed does not matter; it is the role of the Supreme Court in our constitutional system that is at stake». *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, et al.*, 595 U. S. (2021), December 10, 2021 (Opinion of Roberts, C.J., p. 4).

¹⁷⁹ Sec. 171.208. *Civil liability for violation or aiding or abetting violation*. «(a) Any person, other than an officer or employee of a state or local governmental entity in this state, may bring a civil action against any person who: (1) performs or induces an abor-

rente vittorioso in sede giudiziaria avesse diritto al pagamento di una somma pari ad almeno \$10.000 per ogni aborto “denunciato” con successo ed al rimborso delle spese processuali e di assistenza legale¹⁸⁰.

Con riferimento a quest’ultimo profilo, la Corte Suprema ha avuto modo di esprimersi con due distinte pronunce, tra loro collegate¹⁸¹. Nella prima – in sede di richiesta di sospensione cautelare della legge¹⁸² – essa ha confermato (per cinque voti a quattro) l’applicabilità della stessa¹⁸³: in particolare, la Corte ha ritenuto che l’*injunctive relief* non poteva essere

tion in violation of this chapter; (2) knowingly engages in conduct that aids or abets the performance or inducement of an abortion, including paying for or reimbursing the costs of an abortion through insurance or otherwise, if the abortion is performed or induced in violation of his chapter, regardless of whether the person knew or should have known that the abortion would be performed or induced in violation of this chapter; or (3) intends to engage in the conduct described by Subdivision (1) or (2)». Da una lettura *a contrario*, si ricava che la disposizione riserva il diritto di ricorrere unicamente ai privati, escludendo espressamente tutte le autorità pubbliche statali e/o locali: come si vedrà *infra*, tale scelta innovativa (e, sotto certi aspetti, anomala) rispondeva all’obiettivo di rendere quanto più difficile possibile un controllo di costituzionalità da parte degli organi giurisdizionali.

¹⁸⁰ Sec. 171.208, cit.: «(b) If a claimant prevails in an action brought under this section, the court shall award: (1) injunctive relief sufficient to prevent the defendant from violating this chapter or engaging in acts that aid or abet violations of this chapter; (2) statutory damages in an amount of not less than \$10,000 for each abortion that the defendant performed or induced in violation of this chapter, and for each abortion performed or induced in violation of this chapter that the defendant aided or abetted; and (3) costs and attorney’s fees». Per un commento, H.M. WASSERMAN, C.W. RHODES, *Solving the Procedural Puzzles of the Texas Heartbeat Act and Its Imitators: The Potential for Defensive Litigation*, in *American University Law Review*, 71, 2022, p. 1029 ss.

¹⁸¹ La questione trovava origine nella richiesta di *injunctive relief* promossa da alcune cliniche abortiste nei confronti dei pubblici ufficiali texani (presuntamente) chiamati a dare applicazione alla legge. A seguito di una pronuncia della Corte Distrettuale per il *Western District* (Giudice Pitman, W.D. Tex. Aug. 27, 2021) favorevole alla prosecuzione del giudizio contro i citati convenuti, la Corte d’Appello per il Quinto Circuito “sospendeva” il procedimento, in attesa di risolvere la controversia “incidentale” relativa alla legittimazione passiva, alla luce della *sovereign immunity*. I ricorrenti si rivolgevano, quindi, alla Corte Suprema.

¹⁸² *Whole Woman’s Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, et al.*, 594 U. S. (2021), September 1, 2021.

¹⁸³ Hanno dissentito il *Chief Justice* Roberts e i Giudici Breyer, Sotomayor e Kagan.

concesso, non essendo chiaro se le parti convenute in giudizio avrebbero potuto chiedere l'applicazione della legge nei confronti del ricorrente, in tal modo arrecandogli un pregiudizio irreparabile. Al contrario, le opinioni dissenzienti del *Chief Justice* Roberts e di *Justice* Breyer facevano rispettivamente leva soprattutto sulla dimensione procedurale del caso, evidenziando come la disciplina relativa alla "giustiziabilità" della legge «appears to be to insulate the State from responsibility for implementing and enforcing the regulatory regime»¹⁸⁴ ed il fatto che, in circostanze nelle quali la potenziale lesione di diritti costituzionali era meno evidente ed intensa, la stessa Corte aveva sì concesso la sospensione cautelare¹⁸⁵. Nel merito, secondo *Justice* Sotomayor il presente provvedimento della Corte legittimava una legislazione palesemente incostituzionale (alla luce di tutti i precedenti della stessa in tema di aborto), impedendo l'effettiva applicabilità di *Roe* e *Casey* in Texas¹⁸⁶ e confermando altresì la bontà della "strategia" processuale texana di rimettere furbescamente l'*enforcement* della legge in capo ai privati¹⁸⁷. Nella seconda pronuncia, la Corte Suprema ha ritenuto ammissibili, sul piano procedurale, i ricorsi promossi dalle cliniche abortive contro alcuni soggetti, escludendone invece altri¹⁸⁸: in sintesi, essa ha considerato – all'unanimità – *unenforceable* l'azione nei con-

¹⁸⁴ 594 U. S. (2021), Roberts, C.J., dissenting, p. 2 (slip op.).

¹⁸⁵ Cfr. 594 U. S. (2021), Breyer, J., dissenting, p. 2 (slip op.).

¹⁸⁶ In dottrina, M. TUSHNET, *Has the U.S. Supreme Court Effectively Overruled Roe v. Wade?*, in *Verfassungsblog.de*, 3 September 2021. Come anche ricordato da D. PARIS, *Overruling Roe. v. Wade?*, in *Verfassungsblog.de*, 5 July 2019, «upholding these laws would not necessarily require an overruling of *Roe* for they are to be examined in light of the "undue burden test". But they might provide the Court with a different path – eroding the right instead of directly challenging it – to limit *de facto* the right to have an abortion without a formal overruling of *Roe*'s core holding».

¹⁸⁷ Infatti, «the Legislature fashioned this scheme because federal constitutional challenges to state laws ordinarily are brought against state officers who are in charge of enforcing the law. See, e.g., *Virginia Office for Protection and Advocacy v. Stewart*, 563 U. S. 247, 254 (2011) (citing *Ex parte Young*, 209 U. S. 123 (1908)). By prohibiting state officers from enforcing the Act directly and relying instead on citizen bounty hunters, the Legislature sought to make it more complicated for federal courts to enjoin the Act on a statewide basis» (594 U. S. __ (2021), Sotomayor, J., dissenting, pp. 2-3).

¹⁸⁸ *Whole Woman's Health, et al., Petitioners v. Austin Reeve Jackson, Judge, District Court Of Texas, 114th District, et al.*, 595 U.S. __ (2021), 10 December 2021.

fronti dei giudici statali¹⁸⁹ e dell'unico privato cittadino citato in giudizio (avendo questi dichiarato, nel giudizio di merito, di non avere più intenzione di proporre ricorso ai sensi del *Texas Heartbeat Bill*); analoga conclusione è stata raggiunta (a maggioranza) in relazione agli *state-court clerks* e all'*Attorney General* texano¹⁹⁰. È stato ritenuto ammissibile (in termini formali) unicamente il ricorso nei confronti degli *executive licensing officials* medici interessati (rispettivamente direttori esecutivi del *Texas Medical Board*, del *Texas Board of Nursing*, del *Texas Board of Pharmacy* e della *Texas Health and Human Services Commission*)¹⁹¹. Anche in questo secondo caso, tuttavia, è doveroso evidenziare che «the ultimate merits question – whether S.B. 8 is consistent with the Federal Constitution – is not before the Court. Nor is the wisdom of S. B. 8 as a matter of public policy»¹⁹². Da ultimo, a fronte della richiesta di un *writ of mandamus* vol-

¹⁸⁹In applicazione della sentenza *Ex parte Young*, 209 U.S 123 (1908), p. 125, secondo cui «the Federal court may enjoin an individual or a state officer from enforcing a state statute on account of its unconstitutionality, but it may not restrain the state court from acting in any case brought before it either of a civil or criminal nature, or prevent any investigation or action by a grand jury. An injunction by a Federal court against a State court would violate the whole scheme of this Government, and it does not follow that, because an individual may be enjoined from doing certain things, a court may be similarly enjoined».

¹⁹⁰*Contra*, il *Chief Justice* Roberts – «under Texas law, then, the Attorney General maintains authority to “take enforcement actions” based on violations of S. B. 8 [...] He accordingly also falls within the scope of Young’s exception to sovereign immunity [...]. The same goes for [...] a court clerk. Court clerks, of course, do not “usually” enforce a State’s laws [...] But by design, the mere threat of even unsuccessful suits brought under S. B. 8 chills constitutionally protected conduct, given the peculiar rules that the State has imposed. Under these circumstances, the court clerks who issue citations and docket S. B. 8 cases are unavoidably enlisted in the scheme to enforce S. B. 8’s unconstitutional provisions» (Opinion of Roberts, C.J., p. 3) – e Sotomayor, Breyer e Kagan, secondo cui «by foreclosing suit against state-court officials and the State Attorney General, the Court effectively invites other States to refine S. B. 8’s model for nullifying federal rights. The Court thus betrays not only the citizens of Texas, but also our constitutional system of government» (Opinion of Sotomayor, J., p. 2).

¹⁹¹*Contra*, Opinion of Thomas, J., p. 4: «respondent licensing officials, like any other governmental officials, “hav[e] no duty at all with regard to the act,” and therefore cannot “be properly made parties to the suit.” *Ex parte Young*, 209 U. S., at 158».

¹⁹²595 U.S. ____ (2021), p. 4.

to ad ordinare alla Corte d'Appello per il Quinto Circuito di rinviare il caso presso la Corte distrettuale corrispondente (rigettata dalla Corte Suprema per sei voti a tre)¹⁹³, merita attenzione la *dissenting opinion* di Justice Sotomayor. Essa ribadiva le sue feroci critiche nei confronti del meccanismo di responsabilità civile del Texas – considerato un vero e proprio sistema di “cacciatori di taglie” («*private bounty-hunter scheme*»)¹⁹⁴, insistendo altresì sulla grave limitazione del diritto “sostanziale” all’aborto, di fatto pretermesso in spregio alla giurisprudenza ancora vigente della Corte Suprema: «This case is a disaster for the rule of law and a grave disservice to women in Texas, who have a right to control their own bodies. I will not stand by silently as a State continues to nullify this constitutional guarantee»¹⁹⁵. In conclusione, quanto sin qui descritto a proposito del controverso *Texas Heartbeat Act* ha rappresentato solo la premessa dell’importante mutamento “sostanziale” determinato di lì a poco dalla stessa Corte Suprema con la sentenza *Dobbs*.

12. *Il caso Dobbs: una nuova fase per la regolamentazione dell’aborto negli Stati Uniti*

Se non fosse per l’esito dirompente – ovvero sia l’*overruling* di *Roe v. Wade* definita dall’opinione di maggioranza come una decisione «*egregiously wrong from the start*», *Dobbs* non sarebbe altro che l’ennesima sentenza della Corte Suprema avente ad oggetto una legislazione statale che introduce termini restrittivi, rispetto allo standard giurisprudenziale, in materia di esercizio del diritto all’aborto¹⁹⁶.

¹⁹³ *In Re Whole Woman’s Health, et al.*, 595 U.S. ____ (2022).

¹⁹⁴ Ivi, Sotomayor, J., dissenting, p. 1.

¹⁹⁵ Ivi, Sotomayor, J., dissenting, p. 7.

¹⁹⁶ 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 p. 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, p. 1609 ss. e A. CANEPA, *Con-*

Nel caso di specie, si trattava di una legge dello stato del Mississippi¹⁹⁷ 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. Chiamata a giudicare la costituzionalità di tale previsione di legge, la Corte Suprema, in una composizione di giudici di nomina a prevalenza conservatrice, 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 la *Due Process of Law Clause* del XIV Emendamento. In definitiva 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 avrà su altri diritti riconosciuti dalla giurisprudenza senza alcun riferimento testuale in Costituzione, come al matrimonio tra persone dello stesso sesso¹⁹⁸, altri di-

siderazioni 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, p. 393 ss.

¹⁹⁷ *Mississippi Gestational Age Act*, 2018.

¹⁹⁸ 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

ritti riproduttivi e la contraccezione; infine per l'impatto che avrà sulla tutela effettiva di un diritto goduto dalle donne americane a partire dagli anni '70 e ora soggetto a sicure restrizioni, finanche draconiane, da parte di alcuni Stati.

Si tratta, dunque, sul piano della tutela costituzionale, di uno sconvolgimento epocale che, in modo uguale e contrario a *Roe*¹⁹⁹, 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.

12.1. *Il legal reasoning di Dobbs*

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.

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).

¹⁹⁹ 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 politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).

Innanzitutto, rispetto alla natura dell'aborto – e qui traspare l'impronta originalista della sentenza – 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»²⁰⁰.

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»²⁰¹ così come la Corte aveva già avuto modo di affermare in tema di suicidio assistito nel caso *Washington v. Glucksberg* del 1997²⁰².

Tuttavia, secondo la Corte il diritto all'aborto non potrebbe essere fatto rientrare 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. “*quickening*”.

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»²⁰³ e come tale non può essere ricon-

²⁰⁰ 597 U. S. ____ (2022), p. 5.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² 521 U. S. 702, 721 (1997). Per una critica a tale impostazione, cfr. E. CHEREMINSKY, *Washington v. Glucksberg Was Tragically Wrong*, in *Michigan Law Review*, 106(8), 2008, p. 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 personhood as to be worthy of being deemed a fundamental right».

²⁰³ 597 U. S. ____ (2022), p. 25.

dotto nell'alveo dei diritti innominati coperti dalla clausola del XIV Emendamento.

Oltre all'argomento storico, vi è anche 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 abortiva²⁰⁴. 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»²⁰⁵.

In questo passaggio la Corte rassicura sul fatto che l'*overruling* di *Roe* è 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 Suprema²⁰⁶.

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»²⁰⁷ e che dunque 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

²⁰⁴ «Abortion is different because it destroys what Roe termed "potential life" and what the law challenged in this case calls an "unborn human being". 597 U. S. ____ (2022), p. 4.

²⁰⁵ 597 U. S. ____ (2022), p. 35.

²⁰⁶ 597 U. S. ____ (2022), Thomas, J., concurring opinion, p. 3.

²⁰⁷ 597 U. S. ____ (2022), p. 43.

aree del diritto ed, 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»²⁰⁸. In particolare, *Roe* 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*»²⁰⁹.

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»²¹⁰.

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

²⁰⁸ 597 U. S. ____ (2022), p. 44.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ivi*, p. 45.

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?»²¹¹.

La debolezza del termine della *viability* del resto era già stata ammessa da *Casey*, laddove, come si è visto, 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*. Abbiamo già avuto modo di vedere come anche l'*undue burden test* ponga alcune incertezze circa la sua concreta declinazione, come emerso nell'analisi di *Whole Woman's Health* 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»²¹². 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»²¹³ e come tale la sua applicazione «would undermine, not advance “the evenhanded predictable, and consistent development of legal principles”»²¹⁴.

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 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*)²¹⁵, la Corte afferma che nel caso dell'aborto non sia possibile ap-

²¹¹ *Ivi*, p. 53.

²¹² *Ivi*, p. 56.

²¹³ *Ivi*, p. 61.

²¹⁴ *Ivi*, p. 62 (cit. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 (1991), p. 827).

²¹⁵ Si veda sul punto N. VARSAVA, *Reliance*, in *Harvard Law Review*, Vol. 136, 2023

plicare 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»²¹⁶ 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»²¹⁷. 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 sociale²¹⁸. Quest'ultimo, in particolare, «ha[s] played a role in major constitutional cases»²¹⁹, 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»²²⁰. Anche in *Casey* tuttavia, la Corte ha ri-

(Forthcoming), Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1754 (July 1, 2022).

²¹⁶ *Hubbard v. US*, 514 US 695 (1995), p. 716 (Scalia J., concurring).

²¹⁷ R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 116-117.

²¹⁸ Ivi, p. 117: «*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». 7.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Planned Parenthood v. Casey*, cit., p. 856.

conosciuto 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)²²¹.

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 democratica²²².

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 aborto²²³, concetto che si potrebbe logicamente estendere rispetto a tutti quei temi etici non contemplati al momento dell'adozione e della ratifica del testo costituzionale. Afferma, infatti, Kavanaugh: «on the question of abortion, the

²²¹ R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, cit., pp. 47-49 e 112-113. Il punto è particolarmente rilevante soprattutto se si confrontano *Roel 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*.

²²² 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, forthcoming 2023.

²²³ N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).

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'aborto²²⁴.

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»²²⁵.

12.2. *Il principio dello stare decisis*

Il superamento del precedente operato da *Dobbs* ci induce ad una più ampia riflessione del principio dello *stare decisis* nel contesto della giurisprudenza di rango costituzionale negli Stati Uniti²²⁶.

Se da un lato, infatti, l'opinione di maggioranza adduce una serie di criteri che giustificherebbero la correttezza e anche la necessità di superare un precedente che è ritenuto “egregiamente” sbagliato, come *Roe*, dall'al-

²²⁴ «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» (Kavanaugh, J., concurring, 597 U. S. ____ (2022), p. 3).

²²⁵ 597 U. S. ____ (2022), p. 69.

²²⁶ Cfr. L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE online*, 3, 2020, p. 4453 ss.

tro ci si può chiedere che peso possa avere il fatto che, per effetto di *Roe*, il diritto all'aborto sia diventato un diritto consolidato da quasi cinquanta anni nell'ordinamento americano.

Se i canoni dell'originalismo – che tende a leggere le norme della Costituzione nel loro significato testuale e/o storico – potrebbero forse giustificare una “miopia” in tal senso, alla luce delle teorie “progressiste” dell'interpretazione e ancor più del diritto comparato, ciò non può passare sottotraccia. Come afferma Caruso, riprendendo Barbera, «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 tempo»²²⁷. È questa la lettura ackermaniana dei momenti costituzionali, ovvero di quei mutamenti taciti della Costituzione che vengono intercettati e fatti propri dalla Corte Suprema, cristallizzandoli in via giurisprudenziale. Secondo questa visione, *Roe*, lungi dal costituire una usurpazione dei poteri dei legislatori nazionali, non sarebbe altro che il riconoscimento per via giurisprudenziale di un mutamento costituzionale informale promosso da un cambiamento della coscienza sociale.

Se si aderisce a questa lettura, allora non può che condividersi la posizione dei giudici dissenzienti, quando affermano che «the majority has no good reason for the upheaval in law and society it sets off. *Roe* and *Casey* have been the law of the land for decades, shaping women's expectations of their choices when an unplanned pregnancy occurs. Women have relied on the availability of abortion both in structuring their relationships and in planning their lives»²²⁸.

Se invece, come affermano gli originalisti, occorre guardare al dato costituzionale – tanto testuale che nel suo significato originario – il quale in linea di principio deve avere preminenza, pare evidente che il superamento del precedente si renda necessario ogniqualvolta si ha a che fare con decisioni creative, che si discostano dal testo costituzionale e che sono storicamente infondate. Come ricorda Graziella Romeo a proposito degli studiosi orientati ad applicare il canone dell'*original understanding*, «l'in-

²²⁷ C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, cit.

²²⁸ 597 U. S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting, p. 5.

terpretazione della Costituzione, realizzata secondo queste modalità, deve sempre prevalere sui precedenti, o almeno, su quelli che costituiscono “cattive decisioni” (o, per meglio dire, *bad laws*) per il fatto di essere esempi di attivismo giudiziale e di assenza di radicamento della soluzione nel testo costituzionale (*non-originalist precedents*)»²²⁹.

Tuttavia, il rapporto tra originalismo e *stare decisis* è un tema tutt'altro che risolto, ed anzi foriero di continue tensioni. Come afferma Lash, «although all theories of constitutional interpretation must confront the issue of *stare decisis*, originalism has generated particular attention given the potential for radical discontinuity between original meaning and current constitutional jurisprudence. This potential discontinuity creates a crisis of legitimacy for originalists, for it forces them to choose between interpretive (original meaning) and formalist (rule of law) legitimacy»²³⁰.

È anche per questa intrinseca tensione e discrasia che tra gli originalisti stessi vi sono sfumature²³¹ diverse per quanto riguarda la valenza dello *stare decisis*²³². Come ricorda Vanoni, se per Scalia esso deve «comunque trovare spazio nelle argomentazioni giuridiche originaliste»²³³, poiché l'originalismo «cannot remake the world anew»²³⁴, secondo Thomas, invece, in presenza di un precedente di cui si dimostri l'erroneità, è legittimo

²²⁹ G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 207.

²³⁰ K.T. LASH, *Originalism, Popular Sovereignty and Reverse Stare Decisis*, in *Virginia Law Review*, 93, 2007, p. 1439.

²³¹ Oltre a queste sfumature nelle teorie giustificative di carattere normativo del rispetto dello *stare decisis* ancorate nell'originalismo, vi sono autori che sostengono che l'aderenza allo *stare decisis* sarebbe richiesta dall'Articolo III della Costituzione (J. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, in *Northwestern University Law Review*, 103(2), 2009,) o potrebbe essere fatta derivare dal combinato disposto di diverse disposizioni costituzionali (cfr. R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent* cit. e *Ramos v. Louisiana*, 590 U. S. ____ (2020), Kavanaugh, J., concurring in part).

²³² Sul rapporto tra principio dello *stare decisis* e *overruling* negli Stati Uniti, cfr. A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., p. 86 ss.

²³³ L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *www.associazionedei costituzionalisti.it* (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).

²³⁴ A. SCALIA, *A matter of interpretation. Federal Courts and the Laws*, cit., p. 139.

non tenerlo in considerazione e procedere al suo *overruling*²³⁵.

In *Dobbs* la Corte si muove sul ripido crinale tra diverse letture dell'interpretazione costituzionale e giunge al noto esito tenendo in considerazione diversi profili della dottrina dello *stare decisis*.

Il primo riguarda l'erroneità di *Roe* e *Casey* quale presupposto per il loro superamento, che sembra prevalere su considerazioni di carattere "sistemico", circa l'impatto dell'*overruling* sulla tutela di un diritto che «the Court itself has justified as important to a group's equal participation 'in the economic and social life of the Nation'»²³⁶.

In ciò sicuramente ha influito un secondo fattore, ovvero la difficile configurazione dei *reliance interests* materiali ed attuali nel caso dell'aborto, di cui si è già dato conto.

Un terzo elemento da considerare per una valutazione complessiva della portata dell'*overruling* in *Dobbs* è il tema della c.d. *workability* del precedente, cui Alito fa frequente riferimento nell'opinione di maggioranza. Come ricorda Kozel, «the rationale for paying attention to workability is intuitive. Precedents that have created 'uncertainty and arbitrariness of adjudication' warrant reconsideration»²³⁷. In *Dobbs*, la Corte mette in luce le problematiche applicative dell'*undue burden test* e l'incertezza giurisprudenziale che ne è derivata, tanto in seno alla Corte Suprema che nelle Corti inferiori: «the ambiguity of the "undue burden" test also produced disagreement in later cases. In *Whole Woman's Health*, the Court adopted the cost-benefit interpretation of the test [...]. But five years later, a majority of the Justices rejected that interpretation»²³⁸. E ancora, rispetto alle Corti inferiori: «the experience of the Courts of Appeals provides further evidence that *Casey's* "line between" permissible and unconstitutional restrictions 'has proved to be impossi-

²³⁵ Si vedano *Gamble v. United States*, 587 U. S. ____ (2019) (Thomas, J., concurring, p. 16); *June Medical Services L.L.C. v. Russo*, 591 U.S. ____ (2020), Thomas, J., dissenting, e *Dobbs v. Jackson*, cit. (Thomas, J., concurring).

²³⁶ R. SIEGEL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism – and Some Pathways for Resistance*, in *Texas Law Review*, 101, 2023 (forthcoming), p. 4.

²³⁷ R.J. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, cit., p. 109.

²³⁸ 597 U. S. ____ (2022) p. 59.

ble to draw with precision' (*Janus*, 585 U. S., at ___ (slip op., at 38)»²³⁹.

Vi è infine un ultimo aspetto da porre in rilievo: la Corte, contrariamente a quanto ci potesse aspettare da una sentenza originalista, non rigetta *in toto* la *Substantive Due Process*, ma ne accoglie una versione “mitigata” basata proprio su un precedente, *Glucksberg*, appunto. Questa scelta della Corte mostra la consapevolezza circa il rischio di *legal disruption* che coinvolgerebbe l'ordinamento costituzionale nel caso del completo abbandono della dottrina della *Substantive Due Process*, che non si estende esclusivamente al *legal reasoning* con il quale sono stati riconosciuti diritti rientranti nel campo della *privacy*, ma anche molte altre aree dell'ordinamento, con particolare riguardo a diritti di natura procedurale.

Alla luce di queste considerazioni, ci si può ora chiedere se e sotto quali profili l'originalismo abbia orientato la decisione della Corte.

12.3. *Dobbs: una sentenza originalista?*

Sin dai primi commenti a *Dobbs*²⁴⁰, si è evidenziato come l'argomentazione dell'opinione di maggioranza e il superamento di *Roe* fossero improntati al canone originalista, ovvero sia a quella corrente interpretativa, molto variegata al suo interno, che identifica nella fedeltà al testo costituzionale il «criterio più sicuro di legittimazione del *judicial review*, sicché sarebbe escluso che i giudici (costituzionali e comuni) possano cimentarsi nella formulazione di giudizi morali distinti e alternativi rispetto a quelli del legislatore»²⁴¹.

Reva Siegel, per esempio, rilegge *Dobbs* alla luce dell'originalismo, inteso sia come tecnica interpretativa sia come pratica politica «whose long-term goal has been the overturning of *Roe*»²⁴², anche se giunge alla conclusione che l'originalismo di *Dobbs*, per le sue conseguenze sui diritti

²³⁹ 597 U. S. ___ (2022) p. 60.

²⁴⁰ Si è parlato per esempio di «Originalist Triumph» D.J. GARROW, *Justice Alito's Originalist Triumph*, in *The Wall Street Journal*, 4 maggio 2022.

²⁴¹ O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *www.dirittoestoria.it*, 12, 2014.

²⁴² R. SIEGEL, *Memory Games*, cit., p. 1.

delle donne sia, in realtà espressione di un «living constitutionalism that makes our constitutional order less democratic»²⁴³.

Il ricco scambio dottrinale italiano si è prevalentemente focalizzato proprio sul ruolo dell'originalismo nella sentenza *Dobbs*, a partire dal dibattito apertosi sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti²⁴⁴. Si è sostenuto che *Dobbs* è stata segnata dall'ampio «ricorso al canone originalista»²⁴⁵, che «elide l'elasticità della Costituzione, 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»²⁴⁶. Similmente Chiara Bologna afferma che nei criteri utilizzati dalla Corte per determinare se l'aborto potesse avere garanzia costituzionale nell'ambito del XIV Emendamento, «emerge l'approccio fortemente originalista della maggioranza della Corte, che ritiene di doverli verificare ripercorrendo secoli di storia giuridica non solo degli Stati Uniti ma più in generale della *common law* per dimostrare l'eventuale presenza (o meglio l'inevitabile assenza) del diritto all'interruzione di gravidanza»²⁴⁷.

Pur non negando il riflesso originalista nell'opinione di maggioranza, la lettura puramente originalista di *Dobbs*, ad una attenta disamina del *legal reasoning*, non sembra essere unanimemente supportata in dottrina. Già Solum, all'indomani della pubblicazione del *draft* della decisione aveva sostenuto che non si trattasse di una *opinion* originalista, affermazione fatta poi propria da altri commentatori del caso²⁴⁸. Tra questi Cass

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Oltre a C. CARUSO e L.P. VANONI (cfr. *supra*), si vedano N. ZANON, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*; Q. CAMERLENGO, *Originalism e "living constitutionalism"*, tra domanda di Costituzione e principi supremi; O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*; M. D'AMICO, *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*; G. RAZZANO, *Un'analisi costituzionale può essere fuori dai confini di ogni ragionevole interpretazione delle varie disposizioni costituzionali?*; F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*; C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo* e C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la «terza via»*.

²⁴⁵ C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, cit.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la «terza via»*, cit.

²⁴⁸ N. FELDMAN, *Supreme Court 'Originalists' Are Flying a False Flag*, in *Asharq AL-awsat | International and Arab News (aawsat.com)*, 24 July 2022, ha parlato di un *new*

Sunstein²⁴⁹, che ritiene che l'*opinion* sia espressione di un “*due process traditionalism*”, ovvero di una lettura sostanziale della *Due Process Clause*, il cui contenuto viene definito alla luce della tradizione e della storia della Nazione. Questo passaggio è chiaro quando la Corte afferma che alla luce della *Due Process Clause* è possibile ricavare la garanzia di diritti innominati, a condizione che essi siano previsti nei primi otto emendamenti alla Costituzione oppure, al di fuori del *Bill of Rights*, se essi siano «deeply rooted in this Nation’s history and tradition» e «implicit in the concept of ordered liberty»²⁵⁰.

Entrambe queste categorie di diritti protetti dalla *Substantive Due Process Clause* trovano il loro fondamento nel rinvio alla tradizione. Non vi è alcun riferimento esplicito all'*original public meaning* del XIV Emendamento, né, tanto meno, l’interpretazione della *ordered liberty* viene ancorata al testo costituzionale. Il piano lungo cui si sviluppa *Dobbs* è quello della tradizione di *Common Law* e della storia, non quello del significato originario del XIV Emendamento.

Più che al testo della Costituzione la Corte guarda a *Washington v. Glucksberg*, che, in materia di suicidio assistito, aveva ripreso il test del radicamento nella storia della nazione di una determinata pratica e della sua aderenza al principio dell'*ordered liberty* al fine di determinarne la copertura costituzionale. Anche con *Glucksberg* siamo nell’ambito di una *Due Process Clause* sostanziale, che potrebbe rappresentare il grimaldello per l’introduzione di nuovi diritti: posizione, questa, avversata da quegli originalisti che si attestano su una lettura meramente procedurale del XIV emendamento. Come afferma Steven Calabresi: «A true originalist ruling overturning *Roe v. Wade* (1973) would say that abortion is not a

historicism – contrapposto alla prospettiva originalista – il quale «makes judges into historians. The historicist tests devised and applied by the conservative majority require, first, sifting through conflicting and complex historical material dating back centuries before constitutional ratification and, sometimes, centuries after. Then, from these materials, the judges are supposed to derive conclusions about abstractions like “tradition,” “practices and understandings,” and the application of analogy to “unimaginable” present realities».

²⁴⁹ C.R. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism* (June 24, 2022), Harvard Public Law Working Paper No. 22-14.

²⁵⁰ 597 U. S. ____ (2022), p. 5 (cit. *Washington v. Glucksberg*, cit., p. 721).

privilege or immunity of citizenship because it is not deeply rooted in American tradition or in the concept of ordered liberty, as is required by *Corfield v. Coryell* (1823), the case that the framers of the 14th Amendment said interpreted its most important clause: the Privileges or Immunities Clause. Justice Alito should conserve Reconstruction, not the New Deal. This means taking the Privileges or Immunities Clause seriously and stopping the charade of tilting at the Due Process Clause, which protects only procedural rights»²⁵¹.

Proprio questa apertura alla dimensione sostanziale della *Due Process Clause*, ancorché interpretata alla luce della storia e della tradizione, sembrerebbe a prima lettura precludere una lettura di *Dobbs* in termini puramente originalisti.

Tuttavia, tale conclusione non tiene conto della pluralità di posizioni dottrinali e delle conseguenti sfumature che si possono ricondurre alla teoria interpretativa dell'originalismo. Alcune delle più influenti correnti originaliste, come la teoria del *consequentialist originalism* di McGinnis e Rappaport²⁵², la teoria neoclassica del diritto naturale formulata da Finnis²⁵³ ed elaborata da Pojanowski e Walsh²⁵⁴, o il “*rule of law originalism*” di Scalia²⁵⁵, si caratterizzano per un approccio cauto rispetto al superamento del precedente che difficilmente potrebbe portare ad un radicale e repentino abbandono del *Ssubstantive Due Process*.

Nota è la posizione espressa da Scalia circa il contemperamento tra originalismo e rispetto del precedente, posizione che ha attirato non poche critiche da parte della dottrina²⁵⁶, sia originalista che non. In sostanza

²⁵¹ S. CALABRESI, *The true originalist answer to Roe v. Wade*, in *The Wall Street Journal*, 8 maggio 2022.

²⁵² J. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, cit.

²⁵³ J. FINNIS, *Natural Law & Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011 (2nd ed.).

²⁵⁴ J. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Enduring Originalism*, in *Georgia Law Journal*, 105, 2016, p. 97 ss.

²⁵⁵ See A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review* 56, cit., pp. 1179-1180.

²⁵⁶ Secondo R.E. BARNETT, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, in *University of Cincinnati Law Review*, 75, 2006, p. 18, Scalia sarebbe «not really an originalist at all” for reasons including his view of precedent».

secondo Scalia, al fine di proteggere il valore della *rule of law*, si potrebbero ammettere deroghe rispetto al criterio interpretativo dell'*original meaning* della Costituzione. Come ricorda Kozel a commento della posizione di Scalia «one might understand originalism as demanding adherence to the Constitution's original meaning *unless* the competing rule of law costs of deviating from precedent exceed some threshold. Rather than a pragmatic exception to originalism, deference to precedent becomes an outgrowth of the same devotion to the rule of law that justifies originalism in the first place»²⁵⁷.

D'altro canto la stessa natura sostanziale del *due process of law* rappresenta un tema controverso tra gli originalisti. Vi sono autori come Barnett e Bernick che avanzano una lettura non meramente procedurale del *Due Process*, enucleandone anche una valenza sostanziale²⁵⁸; altri riconoscono, nello sviluppo che il concetto di *Due Process* ha avuto nella giurisprudenza, una dimensione sostanziale, volta a garantire protezione non solo avverso «conduct that 'shocks the conscience'», ma anche protezione contro interferenze «with rights 'implicit in the concept of ordered liberty'»²⁵⁹. Altri ancora, individuano elementi sostanziali del *Due Process* attinenti alla separazione dei poteri²⁶⁰.

A questo proposito sembra utile segnalare anche il dibattito sorto in seno alle varie correnti originaliste circa l'interpretazione della *Privilege and Immunities Clause* e la sua rilevanza in tema di aborto, in particolare

²⁵⁷ R. J. KOZEL, *Original Meaning and the Precedent Fallback*, in *Vanderbilt Law Review*, 68, 2015, p. 123.

²⁵⁸ R.E. BARNETT, E.D. BERNICK, *The Original Meaning of the 14th Amendment. Its Letter and Spirit*, Belknap Press, 2021, p. 262: «Our approach is purely procedural insofar as it concerns solely the judicial process that is required before someone may be deprived of his or her life, liberty, or property. But the scope of this judicial inquiry necessarily includes an examination of the *substance* of a statute to ensure that it is a product of a proper exercise of legislative power. So, while both conceptions of "the due process of law" have a "substantive" component, identifying substantive rights deserving of heightened judicial protection is a very different enterprise than examining the substance of statutes to see whether they were enacted pursuant to the just powers of a legislature».

²⁵⁹ T. TYMKOVICH, J. DOS PASSOS, J. CRADDOCK, *A Workable Substantive Due Process*, in *Notre Dame Law Review*, 95, 2020, p. 1989.

²⁶⁰ N.S. CHAPMAN, M.W. MCCONNELL, *Due Process As Separation of Powers*, in *Yale Law Review*, 121, 2012, p. 1672 ss.

laddove si consideri la *Privilege and Immunities Clause* come fondamento per il riconoscimento di “*unenumerated rights*”. Si tratta di una tesi già avanzata in dottrina²⁶¹ e recentemente riportata alla luce da Randy Barnett e Evan Bernick²⁶². Sebbene gli autori non si riferiscano esplicitamente all’aborto, si potrebbe facilmente estendere il loro ragionamento fino a ricondurre l’aborto nel novero degli *unenumerated rights* in virtù di *reliance interests* e del radicamento dei precedenti nella coscienza giuridica: come affermano gli autori, «if individual citizens have for at least a generation – that is, thirty years or more – been entitled to enjoy a right as a consequence of the constitutional, statutory, or common law of a supermajority of the states, it is presumptively a privilege” protected under the Clause»²⁶³.

Posizione, questa, piuttosto controversa, che ha suscitato un vivace dibattito in dottrina²⁶⁴ circa l’interpretazione della *Privilege and Immunities Clause*.

In definitiva, la scelta della Corte di seguire il filone inaugurato da *Glucksberg*²⁶⁵ si colloca in una posizione mediana, al crocevia delle tensioni espresse dalle diverse varianti del pensiero originalista, ma non incompatibile con alcune espressioni dello stesso, che riconoscono in determinate declinazioni del *substantive due process* anche una garanzia per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Infine, concludere che *Dobbs* non sia una sentenza informata all’originalismo potrebbe rivelarsi impreciso anche laddove si guardi all’originalismo come teoria che sostiene la definizione dei limiti dell’intervento del giudiziario e soprattutto la necessità di valorizzare l’istanza democratica rap-

²⁶¹ M.W. MCCONNELL, *The Right to Die and the Jurisprudence of Tradition*, in *Utah Law Review*, 1997, p. 665 ss.

²⁶² R.E. BARNETT, E.D. BERNICK, *The Original Meaning of the 14th Amendment*, cit.

²⁶³ Cfr. in particolare R.E. BARNETT, E.D. BERNICK, *The Original Meaning of the 14th Amendment*, cit., p. 239. Contro la tesi di Barnett e Bernick, cfr. K.T. LASH, *The Enumerated-Rights Reading of the Privileges or Immunities Clause: A Response to Barnett and Bernick*, in *Notre Dame Law Review*, 95, 2019, p. 591 ss.

²⁶⁴ K.T. LASH, *The Enumerated-Rights Reading of the Privileges or Immunities Clause: A Response to Barnett and Bernick*, 95 *Notre Dame L. Rev.* 591, 2020.

²⁶⁵ 521 U. S. 702.

presentativa²⁶⁶ in ambiti così divisivi. Da questa seconda prospettiva, dunque, *Dobbs* «is 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»²⁶⁷.

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. Reversing *Roe*, on the other hand, would return the issue of abortion regulation to state and federal majorities. *Roe* thus stands as a prime example of a precedent which, if erroneous, triggers the doctrine of reverse stare decisis»²⁶⁸.

Le centralità che riveste l'argomento democratico in *Dobbs* si fonda dunque su uno dei principali canoni dell'originalismo, e anche in questo senso *Dobbs* può essere considerata una sentenza espressione di questa particolare teoria dell'interpretazione costituzionale²⁶⁹.

12.4. *L'aborto negli Stati Uniti dopo Dobbs. Alcune suggestioni de jure condendo*

Giovanni Bognetti, parlando del mutamento costituzionale, evocava l'immagine di un ghiacciaio: «l'ordinamento giuridico è come un grande ghiacciaio, composto di milioni di particole, che mai cessa dall'aspettarsi e muoversi. Ma il suo movimento è di solito lento, ordinato e non pericoloso (anche se talvolta si danno invece accelerazioni improvvise, che producono grandi crepe e fratture)»²⁷⁰.

²⁶⁶ K.T. LASH, *Originalism, Popular Sovereignty and Reverse Stare Decisis*, cit.

²⁶⁷ D. WEISBERG, *Is Dobbs an Instance of Originalism? Yes and No*, in *The Originalism Blog*, 10 agosto 2022.

²⁶⁸ K.T. LASH, *Originalism, Popular Sovereignty and Reverse Stare Decisis*, cit., p. 1470.

²⁶⁹ D. WEISBERG, *Is Dobbs an Instance of Originalism? Yes and No*, cit.

²⁷⁰ G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, p. 22.

Il caso *Dobbs* può essere paragonato ad un'accelerazione improvvisa (anche se non del tutto inattesa) dall'effetto dirompente sull'ordinamento.

Quale sia la reale portata di *Dobbs* dipenderà molto dall'atteggiamento dei legislatori statali, ovverosia 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.

Intanto, il 3 agosto 2022 il Presidente Biden²⁷¹ ha emesso un *Executive Order* con il quale ha spronato l'Amministrazione ad adottare tutte le misure necessarie per proteggere l'accesso ai servizi relativi alla salute riproduttiva e in generale per affrontare la sfida posta alla salute delle donne dalla sentenza in oggetto, alla luce anche della previsione dell'introduzione di leggi fortemente restrittive in alcuni Stati²⁷².

Si potrebbe, invero, prospettare una via alternativa all'intervento legislativo del Congresso, una via solitamente percorsa dal livello federale per perseguire determinati obiettivi in ambiti in cui non ha competenza legislativa: si tratta dell'utilizzo di finanziamenti federali condizionati al sostegno delle pratiche abortive. E tuttavia questa possibilità, che opera già rispetto a diversi ambiti di intervento, come la salute e la tutela dell'ambiente, non è praticabile per via del c.d. *Hyde Amendment*. Tale emendamento, come già si è accennato, è stato introdotto a partire dal 1977 e prevede restrizioni sui finanziamenti annuali che il Congresso stanziava annualmente per il Dipartimento del Lavoro, della Salute, dell'Istruzione e per le agenzie correlate (si tratta dei c.d. finanziamenti "L-HHS-ED"). L'*Hyde Amendment*, in particolare, nella versione approvata nel 2022 vieta l'utilizzo di fondi federali da parte degli Stati per finanziare pratiche

²⁷¹ Executive Order on Securing Access to Reproductive and Other Healthcare Services.

²⁷² L. DEAL, CRS Legal Sidebar LSB10779, State Laws Restricting or Prohibiting Abortion, 17 novembre 2022.

abortive o per fornire copertura sanitaria che includa l'aborto tra le prestazioni. Questa restrizione, tuttavia, non si applica in alcune circostanze esimenti, ovvero sia in caso di aborti di gravidanze che sono il risultato di uno stupro o incesto, o in caso di pericolo per la vita della donna ("eccezione salvavita"). L'applicazione dell'emendamento Hyde fa sì che l'aborto non possa essere finanziato dal governo federale nell'ambito di programmi sanitari, come il *Medicaid* e il *Medicare*. Questi due programmi sono coperti dall'emendamento Hyde per via del fatto che vengono finanziati dalla legge annuale che stanziava i fondi L-HHSED, la stessa linea di finanziamento che riguarda proprio l'emendamento Hyde.

Tuttavia, se l'*Hyde Amendment* limita l'utilizzo dei fondi L-HHSED, esso non si applica, invece, ad altre fonti di finanziamento che possono dunque rientrare nella disponibilità del livello federale per finanziare pratiche abortive negli Stati. Gli Stati, infine, potrebbero anche decidere di coprire con proprie risorse il sostegno alle donne che intendono abortire.

Le de-costituzionalizzazione della questione dell'aborto operata da *Dobbs* apre 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 avanzare la tutela dei diritti fondamentali e offrire soluzioni in grado di gestire la complessità di società sempre più polarizzate.

CAPITOLO III

LA REGOLAMENTAZIONE DELL'ABORTO IN IRLANDA

SOMMARIO: 1. L'aborto in Irlanda. – 2. L'introduzione dell'VIII emendamento: “a symbolic expression of certain cultural ideals”. – 3. Il caso “Open Door” dalla *Supreme Court* alla Corte EDU. – 4. “Don't take the 1983 amendment too seriously”: il caso *Attorney General v. X*. – 5. La disciplina dell'aborto tra riforme costituzionali e lacune legislative. – 6. Il caso *A. B. and C. v. Ireland*. – 7. La decisione della Corte EDU nel caso *A. B. and C. v. Ireland*. – 8. Il *Protection of Life during Pregnancy Act*. – 9. I limiti della proceduralizzazione dell'aborto. – 10. Il caso *Mellet* e la condanna dell'Irlanda da parte dello *Human Rights Committee* dell'ONU. – 11. *Repeal the 8th*: una nuova era per l'*abortion right* in Irlanda? – 12. Il caso nord-irlandese: la sentenza della *UK Supreme Court* del 7 giugno 2018. – 12.1. Il rapporto giudice-legislatore nella sentenza della Corte: due visioni a confronto. – 12.2. Dalle corti al legislatore. Ma quale legislatore? – 13. Aborto, democrazia rappresentativa e partecipativa: la lezione dei casi irlandesi.

1. *L'aborto in Irlanda*

Anche in Irlanda, come negli Stati Uniti, il seme che ha fatto “fiorire” la questione dell'aborto nell'alveo del diritto giurisprudenziale è stato quello del diritto alla *privacy*.

Già si è accennato al caso *Mc Gee v. Attorney General* del 1974 – sentenza “gemella” rispetto al caso americano *Griswold v. Connecticut*¹ ed emessa a solo un anno di distanza da *Roe* – con la quale la *Irish Supreme*

¹ Come osservato, «these cases were the highpoints of progressive judicial activism both in the United States and in Ireland» (C. GEARTY, *The Politics of Abortion*, in *Journal of Law and Society*, 19(4), 1992, p. 444).

Court ha rinvenuto, nella penombra dell'*Irish Bill of Rights* del 1937, un diritto alla *privacy*, alla luce del quale il divieto di vendere, pubblicizzare o importare contraccettivi, contenuto nella *Section 17* del *Criminal Law Amendment Act* del 1935², venne dichiarato incostituzionale³. Nel 1965, la *Irish Supreme Court*, nel caso *Ryan v. Attorney General*⁴, aveva affermato l'esistenza di diritti innominati, non esplicitamente riconosciuti dal testo costituzionale, ma antecedenti ad esso (per esempio i diritti naturali) o ricavabili dallo 'spirito' della costituzione e, come tali, meritevoli di tutela. Questi casi, «demonstrated the 'activist' capacities of Irish judges; or what others might call their willingness to recognize, embrace, and act upon their role in shaping a developing constitutional order»⁵.

Il susseguirsi di tali eventi fu fondamentale⁶ per innescare la riflessione circa una revisione costituzionale che mettesse al riparo l'ordinamento irlandese dall'aver anch'esso una *Roe v. Wade*.

Tale timore non pareva infondato, anche alla luce della concezione del giudice che emerge proprio dall'*opinion* della sentenza *Mc Gee*: «In a pluralist society such as ours, the Courts cannot as a matter of constitutional law be asked to choose between the differing views, where they exist, of experts on the interpretation by the different religious denominations of

² «The effect of the statutory provision in question is to make it a criminal offence for any person to sell or expose, offer, advertise, or keep for sale or to import or to attempt to import into the State any contraceptive».

³ Mary McGee era una giovane donna sposata che viveva ai limiti della sussistenza in una roulotte con il marito e quattro figli. Nel corso della seconda gravidanza era stata colpita da una grave patologia e nel caso fosse di nuovo rimasta incinta si sarebbe trovata in una situazione di concreto rischio per la propria vita. Alla luce del dato fattuale la Corte ha ritenuto che il diritto alla *privacy* della signora McGee era stato violato dalla condotta dello Stato che aveva sequestrato i mezzi di contraccezione che la ricorrente aveva ordinato in Inghilterra, su indicazione medica.

⁴ *Ryan v. Attorney General*, 1 IR 264, 1964.

⁵ F. DE LONDRAS, *Fatal Foetal Abnormality, Irish Constitutional Law, and Mellet v. Ireland*, in *Medical Law Review*, 24(4), 2016, p. 592.

⁶ «The concept of *privacy* espoused by that decision is a time bomb which, with changing attitude, may yet explode in a manner which most of our citizens... would deeply regret», W. BINCHY, *Marital Privacy and family Law: A Reply to Mr. O'Reilly*, in *Studies: An Irish Quarterly Review*, 66, 1977, pp. 330-335.

either the nature or extent of these natural rights as they are to be found in the natural law.... In this country it falls finally upon the judges to interpret the Constitution and in doing so to determine, where necessary, the rights which are superior or antecedent to positive law or which are imprescriptible or inalienable. In the performance of this difficult duty there are certain guidelines laid down in the Constitution for the judge. The very structure and content of the Articles dealing with fundamental rights clearly indicate that justice is not subordinate to the law. In particular, the terms of s. 3 of Article 40 expressly subordinate the law to justice»⁷.

Come si può intuire dalle parole del giudice Walsh, la *Irish Supreme Court* si poneva come *final arbiter* delle controversie che avrebbero potuto sorgere tra diritti fondamentali ricavabili per via interpretativa dal dato costituzionale. Non solo: la *Irish Supreme Court* nel caso *McGee* cita ripetutamente il caso *Griswold v. Connecticut* deciso dalla *US Supreme Court*⁸. Ciò non deve stupire: la giurisprudenza della Corte Suprema americana è spesso citata dai giudici irlandesi. Ma in questo caso, che toccava corde così sensibili dell'evoluzione sociale irlandese, «those references alerted Irish antiabortion groups to what they thought might be a real threat, even though the Irish Supreme Court rather clearly implied that the contraceptive case implicated different interests from abortion. Antiabortion groups feared that, just as the US Supreme Court had extended the right to privacy announced in *Griswold* to cover the right to choose in *Roe v.*

⁷ *Mc Gee v. Attorney General*.

⁸ Tra i tanti passaggi: «it has been argued that *Griswold's Case* ((1965) 381 US 479) it is to apply the sanction of the criminal law in order to prevent the use of contraceptives. What the American Supreme Court found in *Griswold's Case* ((1965) 381 US 479) to be constitutionally objectionable was that the sweep of the statute was so wide that proof of an offence would involve physical intrusion into the intimacy of the marriage relationship, which the court held to be an area of constitutionally protected privacy. If the plaintiff were prosecuted for an offence arising under or by virtue of s17 of the Act of 1935, while there might not be the same degree of physical intrusion, there would necessarily be a violation of intimate aspects of her marital life which, in deference to her standing as a wife and mother, ought not to be brought out and condemned as criminal under a glare of publicity in a courtroom. Furthermore, if she were found guilty of such an offence, in order to have the penalty mitigated to fit the circumstances of her case, she would have to disclose particulars of her marital dilemma which she ought not to have to reveal». *McGee v. Attorney General*, cit.

Wade, so too the Irish supreme court might extend *its* decision»⁹.

Proprio per questo, il “precedente” americano di *Roe*, veniva visto, dai sostenitori *pro-choice* come un pericoloso modello a cui i giudici irlandesi avrebbero potuto ispirarsi, adottando interpretazioni estensive del dato costituzionale e dell’*Act* del 1861, al fine di allargare le maglie della pratica abortiva in Irlanda. È sullo sfondo di questi eventi che si incominciò a discutere della possibilità di introdurre in Costituzione una previsione che affermasse il diritto alla vita del feto.

2. *L’introduzione dell’VIII emendamento: “a symbolic expression of certain cultural ideals”*

L’VIII Emendamento alla Costituzione irlandese fu approvato nel 1983 dal 66% dei votanti (solo il 53% degli aventi diritto partecipò alla consultazione)¹⁰.

Esso afferma:

«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».

Tale formulazione è l’esito di un acceso dibattito circa la natura del diritto alla vita riconosciuto al nascituro e il momento dal quale tale protezione avrebbe dovuto avere inizio.

L’originaria proposta dei sostenitori del referendum era formulata nel senso di garantire il diritto assoluto alla vita del feto fin dal concepimento¹¹. Questa proposta, che poneva l’accento sul carattere assoluto del di-

⁹ M. TUSHNET, *Abortion*, cit., p. 86.

¹⁰ B. GIRVIN, *Social Change and Moral Politics: The Irish Constitutional Referendum 1983*, in *Political Studies*, 34, 1986, p. 61 ss.

¹¹ «The Pro-Life Amendment Campaign (PLAC) held its founding conference on 24 January 1981 in Dublin. A glance at the list of organizations represented at the meeting indicates the dominance of a Roman Catholic ethos in the campaign. On 27 April 1981, PLAC was officially launched and a draft amendment was unveiled at the press conference. The draft constitutional amendment read: “The State recognizes the abso-

ritto al feto risultava tuttavia inaccettabile anche alla luce della dottrina della Chiesa cattolica¹², che pur era tra le principali componenti a sostegno dell'emendamento. Anche la formulazione esplicita del concepimento come momento in cui il diritto alla vita del feto doveva essere garantito¹³ alla fine non trovò accoglimento nella versione definitiva dell'emendamento, perché avrebbe pregiudicato la legittimità di alcuni mezzi contraccettivi in uso (es. la c.d. "pillola del giorno dopo"), ulteriormente restringendo la libertà nell'uso di contraccettivi già piuttosto limitata – soprattutto in prospettiva comparata – delle donne irlandesi.

La versione finale, dunque, non definiva né l'assolutezza né tantomeno il momento di inizio della protezione accordata alla vita del feto, con la conseguenza che tale formulazione era carica di ambiguità; essa poteva sembrare «innocuous or merely aspirational»¹⁴ oppure, come rileva Kommers, essa «could be constructed to ban abortion altogether, or like the policies of most other countries, to permit abortion in the presence of specified conditions or to provide for term solutions by allowing elective abortions early on but punishing them after a specified period»¹⁵.

lute right to life of every unborn child from conception and accordingly guarantees to respect and protect such right by law"» (R. FLETCHER, 'Pro-Life Absolutes', *Feminist Challenges: The Fundamentalist Narrative of Irish Abortion Law 1986-1992*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 36(1), 1998, p. 29).

¹²L'affermare la natura "assoluta" del diritto alla vita del feto si sarebbe posto in contrasto con la posizione cattolica che ammette, nel caso di gravidanza ectopica oppure nel caso di necessaria rimozione dell'utero affetto da tumore di una donna in stato di gravidanza (isterectomia), di sacrificare la vita del feto per salvare la vita della madre (il c.d. "doppio effetto"). Nel caso dell'isterectomia non si sarebbe, infatti, trattato di aborto, ma dell'effetto indiretto di una operazione volta a salvare la madre (e non direttamente ad uccidere il feto). D. CLARKE, *Abortion and the principle of double effect*, in *Irish Medical times*, 2 aprile 1982.

¹³Solo nel 2009, nel caso *Roche v. Roche* (2009) IESC 82, la Corte Suprema, chiamata a stabilire se un embrione congelato costituisca un "unborn life" ai sensi dell'art. 40.3.3 della Costituzione Irlandese, dichiarò che la protezione accordata all'*unborn life* riguarda solo gli embrioni che si sviluppano in utero e che in ogni caso spetta al legislatore stabilire quando la vita abbia inizio.

¹⁴F. DE LONDRAS, M. ENRIGHT, *Repealing the 8th: Reforming Irish Abortion Law*, Policy Press, 2018, p. 54.

¹⁵D.P. KOMMERS, *Autonomy, dignity and abortion*, cit., p. 443.

In una prima fase, il concetto di vita ai sensi dell'art. 40.3.3 è stato interpretato in maniera piuttosto restrittiva: «rather than recognize the 8th Amendment as protecting life in all its richness and depth, successive courts and governments have been content to assume that it only protects the bare condition of being alive»¹⁶. Conseguenza di tale interpretazione è stata che «those other rights that confer dignity and meaning on life – rights to privacy, equality, bodily autonomy and so on – have been excised from the law on abortion by prevailing interpretations of the 8th Amendment»¹⁷.

La prevalente concezione “biologica” del diritto alla vita del feto ha influito sul *legal reasoning* della Corte: essendo in gioco la mera esistenza dei soggetti coinvolti, il giudizio di proporzionalità non poteva trovare spazio nel ragionamento delle Corti: «the Supreme Court has held that when a pregnant person proposed to terminate a pregnancy, the risk of loss of the foetus' life is 100%. So, in order to be entitled to an abortion, the pregnant person must show that the risk that she will die, unless she obtains the abortion, is substantively as great»¹⁸.

Con il tempo, tuttavia, questa ultima interpretazione restrittiva dei diritti in gioco ha lasciato spazio all'interpretazione giudiziale, che ha ricavato eccezioni e condizioni nelle quali un bilanciamento tra le diverse posizioni giuridiche era possibile.

Come ha osservato Tushnet, e come si cercherà di mostrare nelle pagine seguenti, «even in a country with a population as committed to Roman Catholicism as Ireland, some facets of the abortion issue can be deeply divisive. Looked at from some distance, both in time and space, it seems almost as if inserting a “right to life” amendment in the Irish Constitution made it easier to obtain abortions in Ireland»¹⁹.

¹⁶ F. DE LONDRAS, M. ENRIGHT, *Repealing the 8th*, cit. p. 59.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ivi*, p. 75.

¹⁹ M. TUSHNET, *Abortion*, cit., p. 91.

3. Il caso "Open Door" dalla Supreme Court alla Corte EDU

Il primo banco di prova relativo all'applicazione dell'VIII Emendamento è stato il ricorso presentato nel 1985 da una associazione antiabortista, la *Society for the Protection of Unborn Children* (SPUC), contro due cliniche, la *Open Door Counselling* e la *Dublin Well Woman Centre*, che fornivano consulenza in merito alle possibilità abortive praticabili all'estero. La SPUC sosteneva che tale attività violasse l'VIII Emendamento nella parte in cui sanciva la protezione da parte dell'ordinamento della vita del nascituro. La *High Court*, investita del ricorso, accolse i rilievi della SPUC, ritenendo il diritto alla vita del nascituro un diritto fondamentale, la cui tutela non poteva essere affievolita in nome del diritto alla *privacy*, della libertà di informazione o di associazione²⁰ ed emise una ingiunzione che proibiva l'attività delle cliniche in giudizio. Nel ricorso di appello, la *Supreme Court* confermò, all'unanimità, la sentenza di primo grado, ritenendo che non si potesse far discendere dalla Costituzione un diritto implicito ad essere informati circa i servizi abortivi disponibili all'estero – come invece sostenevano le due cliniche – in quanto «if availed of, would have the direct consequence of destroying the expressly guaranteed constitutional right to life of the unborn». La Corte Suprema, inoltre, riconobbe la natura *self-executing* dell'art. 40.3.3 Cost., affermando che «the vindication of fundamental rights was not dependent on existence of legislation».

Il caso venne successivamente sottoposto all'attenzione della Corte EDU nel 1992²¹, la quale affermò (15 giudici contro 8) che le restrizioni circa la possibilità di diffondere informazioni perseguivano uno scopo legittimo, individuato nella protezione della morale, di cui la tutela del diritto alla vita del nascituro costituisce una delle declinazioni²². Tuttavia,

²⁰ Si legge nella sentenza del caso *S.P.U.C. v. Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Center*, che «no right could constitutionally arise to obtain information the purpose of the obtaining of which was to defeat the constitutional right to life of the unborn child».

²¹ *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Women Centre Ltd and others v. Ireland, Application n. 14234/88*.

²² Non sono mancate in dottrina voci che hanno criticato l'argomentazione della

la Corte ha anche riconosciuto che le restrizioni fossero “*over broad and disproportionate*” in relazione al fine da esse perseguito e ha condannato per tanto l’Irlanda per violazione dell’art. 10 CEDU.

Controversi erano gli effetti della pronuncia della Corte EDU: l’Irlanda, infatti, aveva adottato un modello dualista nei rapporti con il sistema CEDU e non aveva ancora provveduto ad incorporare nel diritto interno la Convenzione – incorporazione avvenuta nel 2003 con l’*ECHR Act*²³ – con la conseguenza che la sentenza in esame non costituiva un superamento della giurisprudenza della *Supreme Court*. La Convenzione vincolava lo Stato solo sul piano internazionale e, pertanto, gli imponeva di adeguare la propria legislazione agli standard fissati dalla Convenzione.

Anche a questo fine, meno di un mese dopo la sentenza *Open Door*, venne introdotto il XIV Emendamento della Costituzione irlandese, che rendeva legale l’attività di fornire informazioni in Irlanda circa le possibilità abortive esperibili all’estero, del quale ci occuperemo più diffusamente nel prosieguo del presente contributo.

4. “*Don’t take the 1983 amendment too seriously*”²⁴: il caso *Attorney General v. X*

Contestualmente all’*Open Door case*, il dibattito sull’aborto in Irlanda si era incentrato sul caso *Attorney General v. X*, che è considerato «the most controversial case ever to come before an Irish court»²⁵. Si trattava del caso di una quattordicenne che, rimasta incinta dopo aver subito una violenza, intendeva abortire in Inghilterra. Tuttavia, l’*Attorney General*

Corte, basata sul rispetto della morale e non invece direttamente sulla protezione della vita del nascituro. Sul punto R. BYRNE, W. BINCHY, *Annual Review of Irish Law*, Dublin, 1992, p. 189.

²³ Per una attuale disamina del tema dell’incorporazione della Convenzione, si veda F. DE LONDRAS, C. KELLY, *European Convention on Human Rights Act*, Dublin, 2010. Interessante pare rilevare che nel sistema delle fonti irlandesi la Convenzione rimane subordinata alla Costituzione (ed in particolare alle previsioni a tutela dei diritti individuali ex art. 40.3 Cost.).

²⁴ C. GEARTY, *The Politics of Abortion*, cit., p. 442.

²⁵ J.M KELLY, *The Irish Constitution*, cit., p. 1503.

mediante una *injunction* diffidò la ragazza (e i suoi genitori) dal lasciare l'Irlanda al fine di abortire. La Corte Suprema, adita in appello, venne così investita del compito di trovare il concreto bilanciamento, in assenza di una legislazione attuativa del dettato costituzionale, tra il diritto costituzionale alla vita della madre e quello del nascituro, bilanciamento che, oltretutto, per il profilo che riguardava la libertà di circolazione veniva ad intrecciarsi con gli obblighi comunitari assunti dall'Irlanda.

La *holding* della Corte Suprema nel caso in esame costituisce ancora oggi l'unica interpretazione consolidata del dettato costituzionale: essa ha affermato che in Irlanda è ammessa la possibilità di ricorrere all'aborto in maniera legale solo se «there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother, which can only be avoided by termination of her pregnancy». E tra le condizioni che consentono di ricorrere all'aborto la Corte ha annoverato anche il caso in cui la donna manifesti il rischio di commettere suicidio, considerato, questo, un *real and substantial risk* per la vita della stessa.

Quello identificato dalla Corte suprema nel 1992 rappresenta il risultato del bilanciamento tra due diritti costituzionali, il diritto alla vita del nascituro e della madre²⁶, e costituisce il test per poter considerare legale un aborto praticato in Irlanda. Sia solo concesso accennare come il risultato di tale contemperamento, avvenuto ad opera della giurisprudenza,

²⁶ In dottrina si è *a contrario* sostenuto che la Corte abbia evitato di interpretare il diritto alla vita del feto in armonia con il testo costituzionale: «Thus, the fact that the fetus has a right to life does not in itself justify interpreting that right as imposing positive obligations on others Without explanation. As a matter of constitutional law, the courts should have interpreted the fetal right to life not as an isolated legal rule but in relation to the whole Constitution of which it is a part. Constitutionally endorsed interests, such as women's constitutional rights, should have informed the interpretation of Article 40(3)(3). The courts normally apply the doctrine of harmonious interpretation, a kind of principle of constitutional coherence, when construing constitutional provisions (...). This degree of prioritization of fetal life over other constitutionally endorsed values indicates a tendency towards absolutism. The fact that the judges understood the issues as requiring the prioritization of the value of fetal life to this extent, without feeling that they had to provide an explanation, suggests that the relevant issues were framed through a fundamentalist abortion narrative», R. FLETCHER, 'Pro-Life Absolutes', *Feminist Challenges: The Fundamentalist Narrative of Irish Abortion Law 1986-1992*, cit., p. 45 ss.

confermi il timore manifestato sin dagli anni Settanta dalla dottrina, ovvero che «the failure by the Oireachtas to consider any legislation has passed the power to appointed judges»²⁷.

Anzi, come acutamente sottolinea Gearty, «the 1983 amendment, trumpeted at the time as Ireland's gilded guarantee against abortion, has effectively legalized that which it was designed to prevent. The campaigners for a 'yes' vote could be seen, with retrospective wisdom, to have been (in their terms) misguided facilitators of at least *limites foeticide*»²⁸.

Con la sentenza in esame, ciononostante, la Corte non si è addentrata nel profilo relativo alla sussistenza o meno della libertà di circolazione al fine di usufruire di servizi abortivi in uno Stato estero, ritenendo che ciò non fosse necessario per risolvere il caso concreto, e anzi tre dei giudici della Corte affermarono che in ogni caso il diritto di circolazione della donna si sarebbe dovuto ritenere subordinato al diritto alla vita del nascituro. Questa affermazione, insieme alla mancanza di una chiara indicazione della Corte sul tema, ha gettato seri dubbi tanto sul piano giuridico che politico intorno alla portata e all'interpretazione del Protocollo n. 17 allegato al trattato di Maastricht, introdotto al fine di preservare la disciplina in materia di aborto da possibili influenze e modifiche da parte della normativa comunitaria. Questa previsione, alla luce delle incertezze giurisprudenziali sul tema, avrebbe potuto infatti portare ad una limitazione della libertà di circolazione laddove non sussistesse un concreto rischio per la salute della donna. Per fugare tali dubbi, il Governo irlandese ha provveduto a far sottoscrivere agli Stati membri una dichiarazione solenne che forniva l'autentica interpretazione del Protocollo, affermando che «that it was and is their intention that the Protocol shall not limit freedom either to travel between member States or, in accordance with conditions which may be laid down in conformity with Community law, by Irish legislation, to obtain or make available in Ireland information relating to services lawfully available in member States».

Tuttavia, se ciò ha contribuito a gettar luce su un profilo complesso e

²⁷ P. CHARLETON, *Judicial discretion in abortion: the Irish perspective*, in *International Journal of Law and the Family*, 6, 1992, p. 374.

²⁸ C. GEARTY, *The Politics of Abortion*, cit., p. 443.

problematico inerente il rapporto tra l'ordinamento interno e quello comunitario, non è bastato a sopire il dibattito che si era sviluppato tanto in dottrina che in giurisprudenza sin dall'introduzione del VIII Emendamento, circa la necessità o meno di una legge di dettaglio che specificasse le condizioni e le modalità procedurali per poter accertare ed ottenere un *lawful abortion* nell'ordinamento irlandese²⁹.

5. *La disciplina dell'aborto tra riforme costituzionali e lacune legislative*

Gli esiti dei casi sottoposti alle Corti nazionali e sovranazionali hanno dato un ulteriore impulso all'evoluzione della regolamentazione dell'aborto in Irlanda.

Infatti, come già si è accennato, al fine di rimuovere qualsiasi potenziale conflitto tra la previsione costituzionale e gli obblighi internazionali assunti dall'Irlanda, potenzialità che l'*Open Door Case* aveva messo in luce, sono stati introdotti due nuovi emendamenti (XIII e XIV) all'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese, con i quali, da un lato si è prevista esplicitamente la possibilità per una donna di recarsi all'estero per abortire anche ove non sussistano le condizioni per un aborto legale in Irlanda, e dall'altro, la libertà di fornire informazioni sul territorio irlandese circa le possibilità e i servizi abortivi presenti altrove³⁰. Un terzo emendamento,

²⁹ Emblematiche sono le parole del giudice McCarthy nella sentenza relativa all'*X Case*: «In the context of the eight years that have passed since the amendment was adopted and the two years since *Grogan's case*, the failure by the legislature to enact the appropriate legislation is no longer just unfortunate; it is inexcusable. What are pregnant women to do? What are the parents of a pregnant girl under age to do? What are the medical profession to do? They have no guidelines save what may be gleaned from the judgments in this case. What additional considerations are there? Is the victim of rape, statutory or otherwise, or the victim of incest, finding herself pregnant, to be assessed in a manner different from others? The amendment, born of public disquiet, historically divisive of our people, guaranteeing in its laws to respect and by its laws to defend the right to life of the unborn, remains bare of legislative direction».

³⁰ Art. 40.3.3: «This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another State. This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such condition relating to services lawfully available in another State».

invece, volto a costituzionalizzare quanto la giurisprudenza aveva precisato nell'*X case*, ovverosia estendere il concetto di rischio sostanziale per la vita della madre anche al caso di rischio di suicidio della stessa, non è stato approvato³¹.

Se si guarda ai successivi interventi attuativi del dato costituzionale, emerge che solo alla previsione che riconosce la libertà di diffondere informazioni in materia di aborto è stata data attuazione con il *Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies)*³² del 1995, mentre nessun intervento legislativo ha contribuito a specificare i termini e il contenuto dell'art. 40.3.3 Cost. come modificato dall'VIII Emendamento.

Si tratta di un punto problematico, messo in rilievo sia dalla giurisprudenza, sia dalla dottrina e sollevato anche a livello politico, come emerge dagli atti del *Constitution Review Group*³³ del 1996, dove si legge che «the only practical possibility» sarebbe l'introduzione di una legislazione riguardante «definitions, protection for appropriate medical treatment, certification for real and substantial risk to the life of the mother and a time-limit on lawful termination of pregnancy», e dal *Green Paper Re-*

³¹ Si veda G. HOGAN, *Law, Liberty and the Abortion Controversy*, in A. WHELAN (a cura di), *Law and Liberty in Ireland*, Dublin, 1993.

³² Questa legge prevede in quali casi e a quali condizioni le informazioni relative ai servizi e agli strumenti abortivi ammessi in altri Stati possano essere messe a disposizione delle singole donne o del pubblico irlandese. Per una dettagliata ricostruzione di tale legislazione, si rimanda a J.A. WHELAN I. BACIK, *Abortion and the Law*, cit., p. 195 ss.

³³ Il *Constitution Review Group* era un comitato, istituito dal Governo irlandese nel 1995, composto da 15 membri, in prevalenza giuristi, ma anche, in misura minoritaria economisti, sociologi, esperti di pubblica amministrazione e di istruzione. La sua *mission* era quella di «review the Constitution, and in the light of this review, to establish those areas where constitutional change may be desirable or necessary», al fine di assistere il neo istituito *All-Party Oireachtas Committee on the Constitution* (un comitato parlamentare preposto all'esame e alla formulazione di proposte circa la revisione costituzionale). Il *Constitution Review Group* ha redatto un *report*, nel 1996, nel quale veniva esaminata la necessità di provvedere alla revisione di diverse disposizioni della Costituzione, dal preambolo, a quelle relative al ruolo della *Supreme Court* e ai rapporti tra legislativo e giudiziario, fino a quelle inerenti i diritti fondamentali, come nel caso che qui rileva. Per il testo si rimanda al sito dell'*All-Party Oireachtas Committee on the Constitution*, www.constitution.ie/reports/crg.pdf.

*port*³⁴ del 1999, che ha individuato ben sette possibili interventi di riforma³⁵.

Nessuno di questi documenti ha tuttavia contribuito a dare impulso per colmare le lacune che essi stessi rilevavano. L'unico tentativo di ridefinire i presupposti per ottenere un aborto legale in Irlanda si è realizzato nel 2002, quando è stata avanzata la proposta di escludere, tra le condizioni legittimanti l'aborto, il rischio attuale di suicidio per la donna, mediante un espresso riferimento in Costituzione, che era stato introdotto dalla giurisprudenza del caso X. Questa proposta è stata però rigettata, sebbene di misura (629.041 voti contro 618.485) dal popolo irlandese, confermando la vigenza dello *status quo ante* in materia di regolamentazione dell'aborto: ossia un bilanciamento in cui alla donna è consentito abortire solo in caso di rischio sostanziale e reale alla propria vita e alla quale è riconosciuta la libertà di circolazione e di informazione al fine di abortire all'estero.

6. *Il caso A. B. and C. v. Ireland*

Come già testimoniano i casi *Open Door* e *Grogan*, l'influenza del livello sovranazionale sull'evoluzione della disciplina irlandese in materia di aborto è stata decisiva.

Ciò trova conferma anche nel caso *A.B.C. v. Ireland* deciso dalla Corte EDU, di cui già si è accennato nel capitolo I del presente lavoro.

Il 16 dicembre 2010 la Grande Camera della Corte EDU ha emesso la

³⁴ Si tratta di un documento redatto dal Governo irlandese, il cui obiettivo, stante la diffusa necessità di provvedere ad una revisione della disciplina sull'aborto, era quello di «to set out the issues, to provide a brief analysis of them and to consider possible options for the resolution of the problem». Per il testo si rimanda a www.taoiseach.gov.ie.

³⁵ Le possibili linee di riforma individuate sono: 1. prevedere un divieto assoluto di abortire; 2. introdurre un emendamento in Costituzione al fine di ammettere l'aborto a condizioni più restrittive di quelle stabilite dall'*X case*; 3. riaffermare lo *status quo*; 4. mantenere lo *status quo*, ma con un intervento legislativo che affermi il divieto di abortire; 5. introdurre una legislazione che ammetta l'aborto nelle circostanze stabilite dall'*X case*; 6. ritornare alla situazione precedente all'introduzione dell'VIII Emendamento; 7. permettere l'aborto sulla base dei requisiti stabiliti dall'*X case*.

decisione sul caso noto come *A. B. and C. v. Ireland*, in materia di aborto. Nella sentenza in esame la Corte ha affrontato in punta di penna il delicato compito, che le è proprio, della valutazione della conformità di discipline normative nazionali, espressive di un bilanciamento operato dagli Stati membri tra diritti costituzionalmente garantiti, con i diritti affermati dalla Convenzione, necessitanti essi stessi di un bilanciamento.

Siamo di fronte, in altri termini, ad un bilanciamento che si realizza tra diritti i cui contorni non sono sempre cristallini e che anzi avviene in un terreno segnato dall'inestricabile intreccio tra la vita del nascituro e quella della donna che, come riconosce la Corte stessa, «becomes closely connected with the developing foetus»³⁶ [§ 213].

La decisione prende le mosse dal ricorso promosso da tre donne che lamentano la violazione da parte dell'Irlanda degli artt. 2, 3, 8, 13 e 14 della CEDU. Differenti sono le posizioni e le doglianze delle prime due donne rispetto a quella della terza.

Per le prime due ricorrenti, infatti, la decisione di abortire è stata determinata non da reali condizioni di rischio per la loro vita, ma da ragioni inerenti un più generale concetto di salute e di benessere psico-fisico (la prima aveva problemi di alcolismo, era già madre di tre figli, affidati ad assistenti sociali) ed economico (la seconda non poteva prendersi cura di un figlio). Non ricorrendo i presupposti per un aborto legale in Irlanda, entrambe hanno deciso di praticare l'aborto in Inghilterra, come per altro consentito dallo stesso ordinamento irlandese. Per entrambe la proibizione di abortire per ragioni di salute e di generale benessere avrebbe costituito una violazione della sfera relativa alla loro vita privata e, quindi, una violazione dell'art. 8 CEDU. Per quanto riguarda l'ammissibilità dei ricorsi, subordinata al previo esaurimento delle vie di ricorso interne, la Corte respinge le eccezioni sollevate dal Governo irlandese, secondo il quale le ricorrenti avrebbero potuto sollevare questione di costituzionalità degli artt. 58 e 59 del *1861 Act* presso le Corti nazionali o, alternativamente, adire in giudizio per una dichiarazione di incompatibilità della

³⁶ Si tratta di una consapevolezza che si rintraccia costantemente nella (non copiosa) giurisprudenza della Corte in tema di aborto, a partire dal caso *Brüggeman and Scheuten v. Federal Republic of Germany* del 1977 (deciso dalla Commissione dei diritti umani), al caso *Paton v. UK* del 1980, fino ai più recenti, *Tysiak v. Poland* del 2007 e quello qui in esame.

legislazione irlandese alla luce della Convenzione (possibilità introdotta a seguito dell'ECHR Act del 2003). La Corte riafferma innanzitutto ciò che già aveva detto nel caso *D. v. Ireland*³⁷, e cioè che in un sistema di *Common Law* è particolarmente importante «to allow the courts to develop constitutional protection for fundamental rights by way of interpretation», e che pertanto il ricorso giurisdizionale alla *High Court* ed eventualmente in appello alla *Supreme Court* «constitutes the most appropriate method under Irish law of seeking to assert and vindicate constitutional rights». Tuttavia, la Corte precisa che essa è chiamata ad accertare che l'esistenza di tali rimedi interni non sia solo teoricamente prevista, ma che sia anche concretamente praticabile. Alla luce di ciò, in riferimento al primo rimedio indicato dal Governo irlandese, la Corte «does not consider that it has been demonstrated that such action would have had any prospect of success, going against, as it would, the history, text and judicial interpretation of Article 40.3.3 of the Constitution» [§147]. Parimenti, in riferimento alla seconda eccezione, la Corte ritiene che non possa essere considerato un rimedio effettivo, in quanto «the rights guaranteed by the 2003 Act would not prevail over the provision of the Constitution» e, inoltre, «a declaration of incompatibility would place no legal obligation on the State to amend domestic law and [...] it could not form the basis of an obligatory award of monetary compensation» [§150].

Diversa è la posizione della terza ricorrente, malata di una rara forma di cancro che lamentava di aver avuto informazioni insufficienti dai medici cui si era rivolta circa l'impatto della gravidanza sulla sua vita e sulla

³⁷ La Corte EDU si è espressa sul caso *D. v. Ireland* nel 2006. Il caso riguardava una donna incinta di due gemelli, alla quale era stato diagnosticato che uno dei feti era morto e che l'altro presentava una grave anomalia cromosomica, che avrebbe condotto il bambino in breve termine (sei giorni) alla morte. La donna si era quindi recata in Inghilterra per abortire. La ricorrente ha presentato ricorso di fronte alla Corte EDU, sostenendo che la mancanza di una legislazione che regolamentasse e ammettesse l'aborto in caso di grave malformazione del feto, avesse violato gli artt. 1, 3, 8, 10, 13 e 14 della Convenzione. La Corte EDU si è pronunciata per l'inammissibilità del ricorso, accogliendo i rilievi del Governo irlandese, che sosteneva il mancato esaurimento dei ricorsi interni. La Corte nel caso di specie ha infatti affermato di non ritenere, vista la novità del caso e anche il diffuso consenso circa l'opportunità di un intervento legislativo in materia, «that the remedy was not accessible to the applicant or that she would not have been able to obtain legal representation in what would have been a landmark case».

sua salute (in merito per esempio al rischio di recidiva della malattia) e anche sulle possibili conseguenze delle sue terapie sulla vita del feto (infatti, all'insaputa del suo stato di gravidanza si era sottoposta ad accertamenti che avrebbero potuto determinare conseguenze negative per il feto). Anch'essa è ricorsa alla possibilità di abortire all'estero, lamentando l'assenza di una legge attuativa del dettato costituzionale volta a definire una procedura mediante la quale avrebbe potuto accertare la presenza delle condizioni per praticare un aborto legale in Irlanda.

In riferimento al giudizio sull'esaurimento dei ricorsi interni, la Corte ha ritenuto che, stante l'oggetto della doglianza, esso fosse inestricabilmente connesso al merito della questione e quindi dovesse essere valutato contestualmente all'esame di merito circa la violazione dell'art. 8 CEDU.

7. La decisione della Corte EDU nel caso A. B. and C. v. Ireland

Verificato il previo esaurimento dei rimedi interni e avendo la Corte dichiarato inammissibili le doglianze relative alla violazione degli artt. 2 e 3³⁸ CEDU, il giudizio di merito si concentra sulla compatibilità della legislazione irlandese in materia di aborto con l'art. 8 CEDU, il quale, come precisa la Corte, «cannot, accordingly, be interpreted as conferring a right to abortion» e «cannot be interpreted 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» [§ 213].

In riferimento alle prime due ricorrenti, la Corte è stata chiamata a verificare se le restrizioni imposte dalla legislazione irlandese, che esclude-

³⁸ Le tre ricorrenti hanno invocato una violazione dell'art. 3 CEDU – che prevede il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti – in quanto gli effetti delle restrizioni presenti in Irlanda, ovvero la necessità di recarsi all'estero per abortire oppure portare avanti la gravidanza, sono considerati degradanti e lesivi della dignità della donna, nonché frutto di stereotipi e pregiudizi nei confronti delle stesse. La Corte non accoglie tali rilievi, confermando una consolidata giurisprudenza secondo la quale, affinché si possa parlare di violazione dell'art. 3 CEDU, è necessario riscontrare nei trattamenti incriminati un minimo livello di gravità, che non è invece presente nel caso in esame.

vano ragioni di salute e di benessere al fine di poter ricorrere legalmente all'aborto, costituissero una illegittima interferenza rispetto al concetto di *private life* (che comprende il diritto all'autonomia e all'integrità fisica e psicologica) delle ricorrenti stesse. Per accertare la sussistenza della violazione la Corte ha proceduto nel verificare innanzitutto se le restrizioni al diritto di abortire fossero previste per legge; in secondo luogo, se l'interferenza consumata nell'ambito della vita privata delle ricorrenti avesse perseguito uno scopo legittimo e, in terzo luogo, se fosse necessaria in un sistema democratico.

Quanto al primo aspetto, la Corte ha ritenuto sufficientemente chiara e precisa la formulazione dell'art. 40.3.3, che valeva ad escludere la possibilità di ricorrere legalmente all'aborto in Irlanda nel caso delle prime due ricorrenti.

Nell'applicare il secondo test, la Corte, *in primis*, si è mossa dal riconoscimento che la protezione accordata al nascituro da parte dell'ordinamento irlandese affonda le proprie origini in profondi valori morali riguardanti la natura della vita, riflettendo per altro le convinzioni della maggioranza del popolo irlandese che si è in tal senso espresso nel referendum del 1983, convinzioni che non sembravano essere significativamente mutate nel momento del giudizio. A questo proposito, la Corte ha considerato emblematico il rapporto tra Irlanda e Unione Europea, portando a riferimento la vicenda relativa alla faticosa ratifica del Trattato di Lisbona, che sembrava confermare la volontà del popolo irlandese di mantenere il livello di protezione del nascituro assicurato dall'art. 40.3.3 Cost. Infatti, il voto contrario alla ratifica del trattato nel 2008, sebbene non in via esclusiva, è stato ampiamente influenzato dal timore che la legislazione irlandese in materia di aborto potesse subire cambiamenti. E solo dopo l'aggiunta di un Protocollo (come già era avvenuto per la ratifica del Trattato di Maastricht), che garantiva l'intangibilità delle previsioni in materia di aborto da parte dell'Unione, il Trattato è stato approvato dal popolo irlandese, nel 2009.

Alla luce di queste considerazioni, in quanto lo Stato si trovava in «direct and continuous contact with the vital forces» del proprio Paese, esso poteva legittimamente, ed anzi era nella posizione migliore per scegliere il livello di protezione da accordare al nascituro.

In questo senso, la protezione del diritto alla vita del nascituro costi-

tuiva secondo la Corte un aspetto attinente alla protezione della morale e, di conseguenza, le restrizioni a tal fine introdotte rappresentavano una legittima interferenza nella vita privata, ai sensi dell'art. 8 CEDU.

Per quanto riguarda infine il terzo test, la Corte è stata chiamata ad esaminare la presenza di un bisogno sociale imperativo che giustificasse le misure introdotte e la proporzionalità della restrizione rispetto al fine perseguito. È qui che la Corte ha verificato se la disciplina impugnata realizzasse o meno il giusto bilanciamento tra il diritto al rispetto della vita privata, invocato dalle ricorrenti e i valori morali profondi del popolo irlandese circa la natura della vita e la protezione da accordare al nascituro. Infatti, l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto all'Irlanda non equivaleva a riconoscerne un'estensione assoluta ed incondizionata. La Corte ha osservato che l'ampiezza del margine apprezzamento è inversamente proporzionale all'ampiezza del consenso tra i Paesi del Consiglio d'Europa circa una determinata materia: se non è possibile individuare una comunanza di vedute tanto in riferimento agli interessi coinvolti quanto ai mezzi di tutela, a maggior ragione laddove vengano in rilievo questioni morali o eticamente sensibili, il margine di apprezzamento deve essere il più ampio possibile.

Sembra indubbio poter rintracciare nelle legislazioni degli Stati membri una sostanziale convergenza nell'accordare ampi margini di accesso all'aborto, sicuramente molto più ampi rispetto a quelli concessi dalla legislazione irlandese, che invece proibiva l'aborto con la sola eccezione per la tutela della vita della madre. E, tuttavia, la Corte ha ritenuto che questo consenso non fosse sufficiente per restringere il margine di apprezzamento nazionale, venendo in rilievo, nel caso di specie, anche la valutazione a riguardo della definizione giuridica e scientifica dell'inizio della vita, sulla quale invece, come rilevato nel caso *Vo v. France*, non era possibile identificare un consenso diffuso tra gli Stati membri. Questa assenza di un comune sentire tra gli Stati membri, per di più su un tema così moralmente ed eticamente controverso, ha consentito alla Corte di riconoscere un amplissimo margine di apprezzamento all'Irlanda nella materia in oggetto.

Alcuni giudici dissenzienti³⁹, per la verità, hanno ritenuto problemati-

³⁹ Si veda la *Joint Partly Dissenting opinion* dei giudici Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni e Poalelungi.

co l'accostamento tra l'assenza di un consenso intorno al momento a partire dal quale il feto può definirsi "persona" e il problema del bilanciamento del diritto alla vita del nascituro e del diritto alla vita della donna (sul quale vi sarebbe invece, a livello di Stati membri, una evidente convergenza).

Sebbene si tratti di due profili concettualmente distinti, non vi è dubbio che essi siano profondamente irrelati, come per altro la stessa Corte ha riconosciuto, affermando che «the margin of appreciation accorded to a State's protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State to how it balance the conflicting rights of the mother» [§ 237].

Ciò posto, la Corte ha riconosciuto anche che il margine d'apprezzamento, sebbene nella sua forma più estesa, non fosse da considerarsi illimitato, dovendo comunque essere le scelte operate a livello nazionale compatibili con i diritti riconosciuti dalla Convenzione.

A questo proposito, il bilanciamento emerso nell'ordinamento irlandese era chiaro: l'aborto era proibito in caso di rischio per la salute ed il benessere della donna, ma la stessa ha la possibilità di rivolgersi all'estero per abortire e di ricevere informazioni in merito. Un bilanciamento che secondo la Corte, essendo espressione di profondi valori morali e conseguenza della protezione del diritto alla vita del nascituro costituzionalmente prevista, non eccedeva il margine di apprezzamento riconosciuto all'Irlanda sul tema, ma anzi «struck[s] a fair balance between the right of the first and second applicants to respect for their private lives and the rights invoked on behalf of the unborn» [§241].

Diverse, invece, sono state le conclusioni per la terza ricorrente. Essa lamentava che la mancanza di una legislazione attuativa delle previsioni di legge avesse comportato una violazione dell'art. 8 CEDU, laddove esso stabilisce l'obbligo degli Stati di adottare misure al fine di rendere effettivo il diritto sancito dall'articolo stesso, che nel caso di specie si configuravano come misure volte a consentire alla ricorrente di poter stabilire se la sua situazione presentasse i requisiti per poter accedere ad un aborto legale in Irlanda.

La Corte ha ritenuto che, sotto questo profilo, in Irlanda mancasse un intervento del legislatore volto a dare attuazione alle scelte (legittime) operate dal Costituente e tale, soprattutto, da chiarire i termini che defi-

nissero la fattispecie di *lawful abortion* (e quindi anche i casi in cui l'aborto non rientrasse nella fattispecie di reato prevista dal *1861 Act*).

Non sarebbero a tal fine state sufficienti le ordinarie procedure di consultazione medico-paziente, come invece sosteneva il governo irlandese, perché non permettevano alcuna individuazione concreta dei criteri legittimanti l'aborto. Anche la seconda soluzione avanzata dal governo irlandese, ovvero il ricorso in via giudiziaria e in particolare alla Corte costituzionale al fine da affidare alla stessa l'accertamento dei requisiti per ottenere un aborto legale, non è stata accolta dalla Corte, in quanto essa non considera che «the constitutional courts are the appropriate fora for the primary determination as to whether a woman qualifies for an abortion which is lawfully available in a State» [§258].

Questi essendo i rilievi della Corte, essa è giunta a sanzionare la lacuna legislativa che diffusamente era stata rilevata in dottrina (a partire dall'*X Case*) e a cui si è costantemente cercato di porre rimedio, fino ad allora senza successo. Già il *Constitution Review Group* del 1995 e il *Green Paper on Abortion* del 1999, come accennato, avevano infatti sostenuto, tra le diverse alternative, l'opportunità di dare attuazione mediante un intervento legislativo all'art. 40.3.3 Cost, rilevando che «the main advantage of this approach is that it would provide a frame work within which the need for an abortion could be assessed, rather than resolving the question on a case by case basis before the Courts»⁴⁰, anche se tuttavia era chiara la delicatezza di un simile compito a fronte del fatto che «there is a limit to what legislation can achieve by way of definitions as ultimately the interpretation of Article 40.3.3 is a matter for the Courts»⁴¹.

La decisione della Corte nel caso in esame è parsa, in definitiva, rispettosa di quanto previsto nell'ordinamento irlandese, e anzi, nel sollecitare l'intervento del legislatore, sembrava avallare non solo una soluzione inscritta nella stessa evoluzione della legislazione in materia, sviluppatasi al fine di evitare che i casi in materia di aborto fossero affidati in via esclusiva alle valutazioni *case by case* del potere giudiziario, ma soprattutto che appariva, per l'Irlanda, come quella costituzionalmente necessaria.

Sembrirebbe che la Corte abbia rinunciato ad addentrarsi nel terreno

⁴⁰ *Report of the Constitution Review Group*, Dublin, Stationery Office, 1996.

⁴¹ *Ibidem*.

scivoloso dell'art. 2, che richiederebbe forse una presa di posizione circa la titolarità del diritto alla vita da esso tutelato⁴², sulla quale fino ad ora la stessa ha evitato di esporsi⁴³.

Si tratta di una ritrosia comprensibilmente consolidata⁴⁴ di fronte ad una materia, quella dell'inizio della vita, che corre lungo profonde divergenze e fratture che si manifestano non solo *tra* gli Stati, ma anche, e sempre più spesso, all'interno dei loro stessi ordinamenti e delle loro società.

Proprio questa ultima incertezza potrebbe rivelarsi un fattore decisivo per permettere alla Corte di interpretare al meglio il compito di «custodire la meravigliosa ricchezza della diversità o se non altro di non logorarla con rigide soluzioni uniformi e valide indistintamente per tutti gli Stati aderenti»⁴⁵, a maggior ragione in un ambito come l'aborto in cui «any new consensus [...] will emerge from common reflection about uncertainties, rather than from shared certitude»⁴⁶.

⁴² Come ha osservato autorevole dottrina infatti, diversamente dall'art. 4 della *American Convention on Human Rights*, che afferma che il diritto alla vita deve essere protetto «in general, from the moment of conception», l'art. 2 della CEDU non si esprime intorno alle limitazioni temporali al fine di identificare il soggetto titolare del diritto e in particolare non definisce il concetto di “everyone”, cui viene riconosciuto tale diritto. Sul punto si veda G. JACOBS, R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006, p. 69.

⁴³ La titolarità o meno del diritto alla vita *ex art. 2 CEDU* è tutt'oggi un punto aperto. Nei casi in cui la Corte ha avuto a che fare con l'art. 2 in materia di aborto si è sempre ben guardata da considerare il feto soggetto del *right to life* dell'art. 2. Si vedano in particolare *Paton v. Uk*, (1980), *H. v. Norway* (1985) e *Vo v. France* (2005).

⁴⁴ *Brüggeeman and Scheuten v. Federal Republic of Germany*, 1977, application n. 6959/75, Sent. *H. v. Norway*, 1992, application n. 17004/90, *Vo v. France*, 2005, application n. 53924/00. In generale, si veda G. HOGAN, *The Right to life and the Abortion Question under the European Convention on Human Rights*, in L. HEFFERNAN (a cura di), *Human Rights: A European Perspective*, Dublin, 1994.

⁴⁵ P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 146.

⁴⁶ B. BERGER, P.L. BERGER, *The War over the Family: Capturing the Middle Ground*, Anchor Press, New York, 1993, p. 81.

8. *II Protection of Life During Pregnancy Act*

Il monito della Corte EDU non è passato inascoltato: il governo irlandese ha, infatti, nominato un comitato di esperti (tanto medici che giuristi) al fine di proporre soluzioni che implementassero le indicazioni fornite dai giudici di Strasburgo⁴⁷. I lavori non erano ancora conclusi quando un altro drammatico evento ha scosso l'opinione pubblica: la morte di Savita Halappanavar⁴⁸ a seguito del rifiuto dei medici di eseguire un intervento abortivo, pur in presenza di un'infezione che avrebbe compromesso la vita della donna.

Questo episodio è stato letto come un'ulteriore conferma della necessità di definire in quali casi i medici irlandesi potessero praticare aborti senza timore di essere perseguiti penalmente. Di lì a qualche settimana il Governo irlandese ha pubblicato i risultati del gruppo di esperti⁴⁹ e anche la *Irish Human Rights Commission*⁵⁰ ha avviato una consultazione sul report con il coinvolgimento della società civile.

Il 30 luglio 2013, il Parlamento irlandese ha approvato il *Protection of Life during Pregnancy Act (PLDPA)* che, pur lasciando impregiudicata la punibilità dell'aborto, individuava alcune circostanze che costituivano un'eccezione al divieto penale e trasponeva in legge le indicazioni della *Irish Supreme Court* nel caso X. La legge in oggetto è giunta, dunque, a colmare le lacune legislative circa il bilanciamento tra il diritto alla vita del nascituro e della donna, in particolare nei casi in cui quest'ultima fosse a rischio concreto ed effettivo della vita⁵¹.

⁴⁷ C O'SULLIVAN, J. SCHWEPPE, E. SPAIN, *Article 40.3.3 and the Protection of Life During Pregnancy Bill 2013: The Impetus for, and Process of, Legislative Change*, in *International Journal of Law and Social Sciences*, 3, 2013, p. 1.

⁴⁸ C. MURRAY, *The Protection of Life During Pregnancy Act, Suicide, Dignity and the Irish Discourse on Abortion*, in *Socio-Legal Studies*, 25(6), 2016, p. 667 ss.; R. LENTIN, *A Woman Died: Abortion and the Politics of Birth in Ireland*, in *Feminist Review*, 105, 2016, p. 130 ss.

⁴⁹ Department of Health and Children, Ryan S et al Report of the Expert Group on the Judgment in A, B and C v. Ireland, November 2012, www.dohc.ie.

⁵⁰ Irish Human Rights Commission, Observations on the Protection of Life During Pregnancy Bill, July 2013, www.ihrc.ie.

⁵¹ Criticamente sul bilanciamento operato dalla legge F. DE LONDRAS, *Constitution-*

La legge, che innanzitutto abrogava le Sezioni 58 e 59 dell'*Offence Against the Person Act* del 1861, che rendevano l'aborto penalmente perseguibile, individuava tre grandi eccezioni che rendevano legale la procedura medica che conduce all'aborto.

Il primo è il caso in cui due medici⁵², dopo aver esaminato le condizioni della donna, certificassero entrambi in buona fede la sussistenza un rischio reale e sostanziale per la vita della donna dovuta alle sue condizioni fisiche e che lo stesso si potesse evitare solo praticando la procedura abortiva. Tale valutazione doveva avvenire in buona fede, tenendo cioè in considerazione la necessità di preservare la vita del nascituro per quanto possibile.

La seconda eccezione che rendeva l'aborto legalmente praticabile riguardava il caso in cui i medici ritenessero che vi fosse un rischio immediato per la vita della donna e che la procedura abortiva dovesse essere praticata in via d'urgenza. In questo caso, era necessaria la dichiarazione di un medico che accertasse la natura di assoluta urgenza dell'intervento abortivo.

Infine, la terza eccezione riguardava il caso in cui tre medici (di cui un ostetrico e due psichiatri)⁵³, accertassero che vi fosse un rischio reale e sostanziale che la donna commettesse suicidio e che tale rischio potesse essere evitato solo attraverso la procedura abortiva.

Se i medici cui era richiesto di certificare il rischio reale e sostanziale di vita per la donna non avessero fornito il parere necessario o avessero dato parere contrario alla procedura, la donna avrebbe potuto appellarsi e richiedere un'ulteriore valutazione da parte di altri due (o nel caso di rischio di suicidio tre) medici, scelti all'interno di una commissione di revisione i cui membri (almeno 10) erano nominati dall'Esecutivo (*Health Service Executive*, HSE). Entro tre giorni dal ricevimento della richiesta di riesame,

alizing Fetal Rights: A Salutory Tale from Ireland, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 22, 2015, pp. 249-52.

⁵² «Of the two medical practitioners (...) a) one shall be an obstetrician who practices as such at an appropriate institution, and b) the other shall be a medical practitioner of a relevant speciality» – Sec. 7.2, Protection of Life During Pregnancy Act.

⁵³ «Of the 2 psychiatrists (...), at least one shall be a psychiatrist who provides, or who has provided, mental health services to women in respect of pregnancy, childbirth or post-partum care». Sec. 9.3 of the Protection of Life During Pregnancy Act.

il panel di riesame doveva essere costituito, doveva decidere entro sette giorni dalla sua costituzione e notificare la decisione alla donna ricorrente.

Inoltre, a norma di legge, l'HSE doveva redigere ogni anno un rapporto da inviare al Ministro della Salute e successivamente all'*Oireachtas*, contenente il numero di richieste di riesame ricevute, le motivazioni del riesame e l'esito⁵⁴.

Come accennato, la legge in esame è giunta ad abrogare le fattispecie penali delle sezioni 58 e 59 dell'*Offence Against Person Act* del 1861. Tuttavia l'aborto non risultava ancora depenalizzato: la legge del 2013, infatti introduceva il reato di «destruction of unborn human life»⁵⁵, punibile fino a quattordici anni di reclusione⁵⁶. Inoltre, la legge non conteneva alcuna previsione circa la liceità dell'aborto nel caso in cui il concepimento fosse stato l'esito di violenza o nel caso in cui il feto soffrisse di patologie incompatibili con la vita⁵⁷: in questi casi l'aborto in Irlanda rimaneva vietato⁵⁸.

⁵⁴ Il *report* relativo al 2015, ha rilevato solo una richiesta di riesame che è stata accolta: «the application did meet the criteria for a lawful termination of pregnancy under the provisions of the act». Inoltre nel rapporto del HSE all'*Oireachtas*, circa il numero di aborti eseguiti nel 2015 si legge che in totale sono stati eseguiti 26 aborti: 14 rientravano nel caso di «real and substantial risk to the life of the woman due to physical illness»; 9 sono stati fatti in casi di emergenza; e altri 3 sono stati praticati perché vi era un «real and substantial risk to the life of the woman arising from suicide intent».

⁵⁵ Section 22: «(1) It shall be an offence to intentionally destroy unborn human life. (2) A person who is guilty of an offence under this section shall be liable on indictment to a fine or imprisonment for a term not exceeding 14 years, or both. (3) A prosecution for an offence under this section may be brought only by or with the consent of the Director of Public Prosecutions».

⁵⁶ Come è stato osservato, «the severity of this offence underlines that this Act, despite the element of clarity it offers, still provides for a very restrictive abortion regime which is unlikely to entirely stem the criticism that this most divisive of issues has generated for Ireland from human rights bodies», F. O'REGAN, *Human Rights in Ireland 2013*, in *Irish Yearbook of International Law*, 2013, p. 75.

⁵⁷ Sebbene non mancassero argomenti che avrebbero reso legittimo l'aborto in tali casi anche nel quadro dell'art. 40.3.3, tale eccezione non venne introdotta, si veda sul punto *D v Ireland*, App. No. 26499/02, par. 69, in cui l'Avvocato Generale ha sostenuto in astratto possibile che un feto con una anomalia incompatibile con la vita non rientrerebbe nella protezione accordata dall'art. 40.3.3.

⁵⁸ «Abortions in circumstances where the health of the woman is at risk, where the

Quest'ultima notazione, insieme al complesso normativo definito dalla legge in esame, rivela un impianto ancora fortemente orientato alla tutela della vita prenatale, che rifuggiva dal considerare l'aborto come un diritto di libertà⁵⁹. Si tratta, infatti, di un evento necessitato da fatti di estrema gravità (rischio reale e sostanziale per la vita della donna) o di estrema urgenza.

Veniva invece confermata la possibilità di recarsi all'estero per abortire: «(1) Nothing in this Act shall operate to limit the freedom – (a) to travel between the State and another State, or (b) to obtain or make available in the State, in accordance with conditions for the time being laid down by law, information relating to services lawfully available in another state. (2) Nothing in this Act shall operate to restrict any person from travelling to another state on the ground that his or her intended conduct there would, if it occurred in the State, constitute an offence under section 22».

Il *Protection of Life During Pregnancy Act* è giunto, dunque, a codificare gli sviluppi indicati dalla giurisprudenza sia nazionale sia sovranazionale, che avevano esortato il legislatore ad intervenire per delineare i confini entro cui in Irlanda l'aborto potesse essere ammesso. Il legislatore è finalmente intervenuto, ma lo ha fatto con prudenza, muovendosi nell'alveo tracciato dall'art. 40.3.3 e aderendo ad una concezione "procedurale" della regolamentazione dell'aborto che, tuttavia, non è esente da criticità⁶⁰.

foetus suffers from a fatal foetal abnormality incompatible with life outside the womb, or where the pregnancy results from rape, all remain unlawful in Ireland following the introduction of the 2013 Act and so many women will continue to travel abroad for abortions», C. MURRAY, *The Protection of Life During Pregnancy Act 2013: Suicide, Dignity and the Irish Discourse on Abortion*, cit., p. 668.

⁵⁹ *Ibidem*, «for those observing from outside of Ireland it no doubt seems unusual that within the dominant public discourse on abortion there are very limited references to concepts such as choice, dignity or reproductive rights, and instead the debate appears to revolve predominantly around the issue of suicidality. This can be explained, in part, by the unique history of abortion law in Ireland», p. 668.

⁶⁰ Esamina la concezione procedurale dell'aborto J.N. ERDMAN, *The Procedural Turn: Abortion at the European Court of Human Rights*, cit., p. 121 ss.

9. I limiti della proceduralizzazione dell'aborto

Mark Tushnet nella sua opera "Abortion", indica tra gli aspetti caratterizzanti lo sviluppo della regolamentazione dell'aborto in Irlanda «the power of dramatic facts»⁶¹. Benché Tushnet si riferisse al caso X, tale affermazione può essere estesa anche all'indomani dell'entrata in vigore del *Protection of Life during Pregnancy Act*, la cui tenuta è stata subito messa alla prova dal caso di Miss Y⁶².

Miss Y era una giovane donna giunta in Irlanda come rifugiata in cerca di asilo. Giunta sul suolo irlandese, nel corso di un esame di routine, la donna ha scoperto di essere in stato di gravidanza (di otto settimane) a seguito di una violenza subita al suo Paese d'origine. Immediatamente, la donna affermava di non voler portare a termine la gravidanza, al punto che a fronte del diniego dell'interruzione avrebbe preferito morire.

Venne attivata dunque la procedura prevista della sezione 9 del *Protection of Life During Pregnancy Act*. Nonostante il parere positivo di tre medici che autorizzavano la donna ad abortire per rischio reale ed effettivo di suicidio, ella non poté però accedere alla pratica abortiva: la procedura si era protratta a tal punto che il feto ormai aveva superato il termine della *viability*, e dunque la procedura esulava dall'ambito di applicazione del PLDPA, il quale era per altro silente circa i limiti temporali di applicazione delle sue previsioni.

Miss Y, che intanto aveva iniziato uno sciopero della fame e della sete, venne sottoposta a trattamento di idratazione per ordine giudiziario. Infine, alla venticinquesima settimana di gestazione, con il consenso della donna, la gravidanza è terminata con un taglio cesareo, poiché il feto aveva superato la *viability*⁶³. Questo esito appare pienamente coerente con

⁶¹ «There seems little doubt that the dramatic circumstances of X's case made the argument for a right to choice in such circumstances quite powerful. And the Irish public seems to have believed that attempting to keep X in Ireland until her baby was born was an egregious example of overreaching», M. TUSHNET, *Abortion*, cit., p. 91.

⁶² M. ENRIGHT, F. DE LONDRAS, "Empty without and empty within": the Unworkability of the Eighth Amendment after Savita Halappanavar and Miss Y, reperibile al sito www.independent.ie.

⁶³ Sul tema della *viability* come limite implicito all'applicazione del PLDPA si veda

l'impianto costituzionale irlandese in materia di aborto. Come rilevato in dottrina, la pratica conseguenza della previsione costituzionale che protegge la vita del feto al pari di quella della donna è che «where a foetus is viable or on the cusp of viability a woman may have a constitutional right to have her pregnancy brought to an end, but that does not mean that she has a right to an abortion understood as a procedure done with the intention of bringing foetal life to an end. Instead, an early delivery would be the means by which we would attempt to give effect to the rights to life of the pregnant woman and of the foetus»⁶⁴.

Tale (consolidata) interpretazione della *viability* come discriminazione per la possibilità di abortire anche nei casi in cui il prosieguo della gravidanza metta a rischio la vita della donna è stata codificata nelle linee guida per i medici circa l'applicazione della legge del 2013: il documento afferma che l'età gestazionale è un dato da valutare nella determinazione della procedura più adatta per porre termine alla gravidanza⁶⁵. Nelle linee guida si legge che «once certification has taken place, a pregnant woman has a right to a termination of pregnancy as soon as it can be arranged. The clinicians responsible for her care will need to use their clinical judgment as to the most appropriate procedure to be carried out, in cognisance of the constitutional protection afforded to the unborn, i.e. a medical or surgical termination or an early delivery by induction or Caesarean section»⁶⁶; in particolare, «if the pregnancy is approaching viability, it is

F. DE LONDRAS, L. GRAHAM, *Impossible Floodgates and Unworkable Analogies in the Irish Abortion Debate*, in *Irish Journal of Legal Studies* 3(3), 2013, pp. 60-62.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 61-62.

⁶⁵ Relativamente all'età gestazionale si legge: «There is no time limit imposed by the Act in carrying out the medical procedure. However, the Act legally requires doctors to preserve unborn human life as far as practicable without compromising the woman's right to life. Therefore, there is no specific stage of pregnancy below which the certifying doctor will not have to consider the possibility of preserving the life and the dignity of the unborn where practicable without compromising the life of the mother». Implementation of the Protection of Life During Pregnancy Act 2013, Guidance Document for Health Professionals, 2014, reperibile al sito <http://health.gov.ie/wp-content/uploads/2014/09/Guidance-Document-Final-September-2014.pdf>, p. 31.

⁶⁶ Implementation of the Protection of Life During Pregnancy Act 2013, Guidance Document for Health Professionals, 2014 reperibile al sito <http://health.gov.ie/wp-content/uploads/2014/09/Guidance-Document-Final-September-2014.pdf>, p. 31.

recommended that a multidisciplinary discussion takes place to ascertain the most appropriate clinical management of the case»⁶⁷.

L'esito del caso Miss Y, per quanto dibattuto e criticato e per quanto il caso sia ancora oscuro nei suoi sviluppi fattuali, era dunque "scritto" nella maglie dell'ordinamento e coerente con le premesse del PLDPA e delle linee guida per la sua implementazione: «When read with the accompanying guidelines for the medical profession, published some months after the Act, the PLDPA appears to regulate both abortion and early delivery (including induction and Caesarean section), with abortion being permitted where the foetus is not yet 'viable' (not defined in the legislation) and early delivery being the means of termination where the foetus is deemed viable»⁶⁸.

Se questa "medicalizzazione"⁶⁹ delle procedure abortive poteva sembrare la soluzione per chiarire una volta per tutta i confini dell'accesso all'aborto in Irlanda, tale impressione si è presto infranta contro la complessità e le molteplici sfumature che assumono i casi concreti. Lungi, dunque, dall'essere una panacea, «enacting legislation can give the false impression that the issue has been dealt with, whereas, in fact, it has only been submerged in the vagaries of the statutory language»⁷⁰.

In definitiva, la via della proceduralizzazione indicata dalla Corte EDU si è dimostrata insoddisfacente ed inefficace nel contesto irlandese: «by forcing the hand of the State to make its criminal abortion law work, to make it respectful of women and fair in its treatment, procedural rights show the law to be fundamentally unworkable»⁷¹.

È anche a fronte di tale consapevolezza sui limiti del PLDPA, insieme

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ M. ENRIGHT, V. CONWAY, F. DE LONDRAS, M. DONNELLY, R. FLETCHER, N. MCDONNELL, S. MCGUINNESS, C. MURRAY, S. RING, S. UÍ CHONNACHTAIGH, *Abortion Law Reform in Ireland: A Model for Change*, in *Feminists Law*, 5(1), 2015, p. 6.

⁶⁹ Come è stato osservato, la legge in esame «structures abortion very clearly as a matter of medical decision-making rather than of a woman's bodily integrity, self-determination and autonomy in medical matters» (*Ibidem*).

⁷⁰ M. FOX, T. MURPHY, *Irish Abortion: Seeking Refuge in a Jurisprudence of Doubt and Delegation*, *Journal of Law and Society*, 19(4), 1992, p. 459.

⁷¹ J.N. ERDMAN, *Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, cit., p. 29.

ai moniti che proprio nel 2016 e 2017 sono provenuti dall'ordinamento internazionale (di cui si parlerà a breve), che ha preso vigore il movimento che ha ricondotto la questione della costituzionalizzazione dell'aborto in Irlanda nell'agone politico e ha portato all'indizione del referendum sulla revisione o abrogazione dell'VIII Emendamento.

10. *Il caso Mellet e la condanna dell'Irlanda da parte dello Human Rights Committee dell'ONU*

L'ultima, decisiva, spinta verso la proposta di modifica dell'art. 40.3.3 è avvenuta ad opera dello *Human Rights Committee* dell'ONU, chiamato a vigilare il rispetto dell'*International Covenant on Civil and Political Rights* da parte degli Stati aderenti allo stesso, che nel 2016 ha condannato l'Irlanda proprio a causa delle conseguenze della sua disciplina in materia di aborto sui diritti convenzionali.

Non era, per la verità, la prima volta che l'ordinamento internazionale si pronunciava sulla disciplina irlandese in materia di aborto. Nel tempo si erano, infatti, susseguite decisioni e moniti al governo irlandese provenienti dallo *Human Rights Committee*⁷², dal Comitato sui diritti Economici, Culturali e Sociali⁷³, dal Comitato sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW)⁷⁴, dal Comitato sui diritti del Fanciullo⁷⁵ e dal Comitato dell'ONU Contro la Tortura⁷⁶.

A tali moniti, tuttavia, il governo irlandese aveva sempre opposto il

⁷² Human Rights Committee, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Ireland, CCPR/C/IRL/CO/4, 19 August 2014, para 9.

⁷³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations on the Third Periodic Report of Ireland, E/C.12/IRL/CO/3, 8 July 2015, para 30.

⁷⁴ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding Comments: Ireland, CEDAW/C/IRL/CO/4-5, 22 July 2005, paras 38-39.

⁷⁵ Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations on the Combined Third and Fourth Period Reports of Ireland, CRC/C/IRL/CO/3-4, 1 March 2016, paras 57-58.

⁷⁶ Committee Against Torture, Concluding Observations of the Committee Against Torture: Ireland, CAT/C/IRL/CO/1, 17 June 2011, para 26.

fatto che il quadro normativo in materia di aborto rispecchiava profonde convinzioni morali ed era espressione della volontà del popolo irlandese.

In questo quadro, l'intervento dello *Human Rights Committee* ha assunto però un rilievo del tutto inedito: in esso è emersa, ancora una volta, la potenzialità del caso concreto nel sollecitare cambiamenti costituzionali. In tutti i casi precedenti, infatti, si era trattato di moniti in astratto, frutto dell'attività di monitoraggio comune a tali organismi di diritti internazionale; nel caso *Mellet*⁷⁷ del 2016, invece, si è trattato di un caso concreto di violazione dei diritti della ricorrente, alla luce del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

La ricorrente, Amanda Mellet, aveva scoperto, alla ventunesima settimana di gravidanza, che il feto che portava in grembo era affetto da una malattia congenita del cuore che avrebbe potuto rivelarsi mortale. In seguito, gli accertamenti sul feto avevano rivelato anche la presenza di una trisomia (trisomia 18), alla luce della quale il feto era destinato a morire in utero o subito dopo il parto. In casi come questi, in cui viene diagnosticata una "*foetal fatal abnormality*", l'ordinamento irlandese non prevedeva la possibilità di abortire, se non recandosi all'estero. Così ha deciso di fare la ricorrente, che si è recata a Liverpool per abortire. Alla luce di questo quadro fattuale, la donna si è appellata successivamente allo *Human Rights Committee*, lamentando la violazione da parte della legislazione irlandese dei suoi diritti alla luce dell'art. 7 del ICCPR (divieto di tortura e trattamenti crudeli, inumani o degradanti), dell'art. 17 (tutela dell'individuo da interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata o nella sua famiglia), dell'art. 19 (libertà di espressione, che include il diritto a ricevere informazioni), degli artt. 2.(1), 3 e 26 (divieto di discriminazione sulla base del sesso o del genere).

Alle doglianze della ricorrente, il governo irlandese ha opposto il fatto che la legislazione irlandese era frutto di una deliberazione democratica del popolo irlandese e che «the nuanced and proportionate approach to the considered views of the Irish Electorate on the profound moral question of the extent to which the right to life of the foetus should be protected and balanced against the rights of the woman»⁷⁸.

⁷⁷ Human Rights Committee, CCPR/c/116/D/2324/2013, deciso il 31 marzo 2016.

⁷⁸ *Mellet v. Ireland*, par. 4.2.

La decisione del Comitato, che, è bene ricordarlo, non ha carattere vincolante⁷⁹, ha ravvisato, invece, la violazione tanto dell'art. 7 che degli artt. 17 e 26. In riferimento al primo, in particolare, il Comitato ha ritenuto che la ricorrente fosse stata sottoposta a trattamenti crudeli, inumani e degradanti, dal momento che il sistema irlandese non le aveva garantito cure adeguate, l'aveva costretta a portare in grembo un feto destinato alla morte, l'aveva costretta a recarsi all'estero per abortire ed era stata oggetto di intensa riprovazione sociale. Con riguardo all'art. 17, è stata accertata anche la violazione del diritto alla *privacy*, all'autonomia riproduttiva e all'integrità fisica della ricorrente: «The Committee considers that the balance that the State party has chosen to strike between protection of the fetus and the rights of the woman in the present case cannot be justified»⁸⁰.

Infine è stata accertata la violazione dell'art. 26 (discriminazione). Il Comitato, infatti, ha accolto la doglianza della donna che ravvisava una discriminazione tra le donne che, pur in presenza di un feto con gravi anomalie, decidessero di portare a termine la gravidanza (sottoposte a cure mediche da parte delle strutture irlandesi) ed invece quelle che decidessero di abortire (cui non veniva prestata assistenza). Il Comitato ha dunque ravvisato anche la violazione dell'art. 26, affermando che «the Committee considers that the differential treatment to which the author was subjected in relation to other similarly situated women failed to adequately take into account her medical needs and socio-economic circumstances and did not meet the requirements of reasonableness, objectivity and legitimacy of purpose»⁸¹.

Il caso *Mellet*, la cui portata era tale da mettere in discussione l'intera normativa irlandese (non solo in caso di anomalie fetali fatali)⁸², è stato l'ultimo atto di un processo, guidato tanto da spinte endogene che esogene, volto a mutare profondamente l'approccio peculiare irlandese al tema dell'aborto.

⁷⁹ S. MULLALLY, *Mellet v Ireland: Legal Status of the UN Human Rights Committee's "Views"*, CCJHR Blog, 16 June 2016.

⁸⁰ *Mellet v. Ireland*, par. 7.7.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² F. DE LONDRAS, *Fatal Foetal Abnormality, Irish Constitutional Law, and Mellet v. Ireland*, cit., p. 607.

11. Repeal the 8th: *una nuova era per l'abortion right in Irlanda?*

Di fronte alle problematiche generate dall'applicazione del PLDPA a fronte dei limiti costituzionali posti dell'art. 40.3.3, sotto la pressione dei moniti dell'ordinamento internazionale e sovranazionale e non da ultimo, dal dato riguardante le migliaia di donne irlandesi che ogni anni accedono all'aborto, o clandestinamente o viaggiando nel Regno Unito, è tornato in primo piano il tema dell'abrogazione o quantomeno della modifica dell'VIII Emendamento. Ai sensi dell'art. 46.2 della Costituzione irlandese, una modifica costituzionale può avvenire solo su proposta del Parlamento (ed in particolare su esclusiva iniziativa del *Dáil Éireann*, la Camera Bassa), previo parere del Senato e deve essere approvata mediante un referendum popolare⁸³.

Nel 2016 è stato dato mandato ad una Assemblea di cittadini di discutere le prospettive di riforma dell'art. 40.3.3. L'assemblea, che ha iniziato i suoi lavori nel 2016, ha inviato nel giugno 2017 un rapporto contenente una serie di raccomandazioni all'*Oireachtas*, che mostravano la necessità di modificare lo *status quo* della regolamentazione dell'aborto attraverso una revisione costituzionale. Tale revisione avrebbe dovuto, nella raccomandazione dell'Assemblea, abrogare l'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese con «a constitutional provision that explicitly authorises the Oireachtas to legislate to address termination of pregnancy, any rights of the unborn and any rights of the pregnant woman»⁸⁴.

⁸³ F. RYAN, *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective. Il referendum sul matrimonio in Irlanda: una prospettiva costituzionale*, in *DPCE on-line*, 2, 2015: «No change (however small) may be made to the Constitution otherwise than by popular referendum (obtaining a majority of the votes actually cast is sufficient for the referendum to pass). Correspondingly, there are no restrictions on the types of changes that the people may be invited to make. As sovereign power, the people may approve any amendment they wish (subject to the caveat that it must be proposed by Parliament)», p. 3. Sull'utilizzo dello strumento del referendum quale «formal constitutional change as a means to amend intricate, judicially created doctrine rather than to make foundational constitutional decisions», O. DOYLE, D. KENNY, *Constitutional Change and Interest Group Politics: Ireland's Children's Rights Referendum*, in R. ALBERT, X. CONTIADES, A. FOTIADOU, *The Foundations and Traditions of constitutional amendment*, Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 199-200.

⁸⁴ The Citizens' Assembly, *Recommendations on the Eighth Amendment of the Consti-*

La proposta dell'Assemblea mirava non ad una abrogazione (*repealing*) delle previsioni dell'art. 40.3.3, ma ad una loro sostituzione (*replacing*) con una nuova previsione costituzionale che sanciva l'esclusiva competenza del Parlamento nella regolamentazione dell'aborto, sottraendo per di più la disciplina legislativa al giudizio di costituzionalità⁸⁵.

Il *Joint Oireachtas Committee*, istituito al fine di proporre al *plenum* dell'assemblea parlamentare le ipotesi di riforma della regolamentazione dell'aborto, tanto di rango costituzionale che legislativo, pur tenendo in considerazione le raccomandazioni dell'assemblea dei cittadini, è giunto ad esiti non sempre concordi con le raccomandazioni da essa proposte.

In particolare il *Joint Committee*, alla luce di valutazioni circa la necessità di certezza e flessibilità del diritto da un lato e il rispetto degli obblighi internazionali dall'altro, si è espresso in favore dell'abrogazione *sic et simpliciter* dell'art. 40.3.3, senza l'introduzione di alcuna nuova previsione di rango costituzionale e lasciando la disciplina ad una norma di carattere legislativo.

Tra le caratteristiche che, auspicabilmente, la legislazione successiva all'eventuale abrogazione avrebbe dovuto avere vi era la previsione della liceità dell'aborto nel caso di rischio per la vita e la salute della madre (senza distinzione tra salute fisica o psichica), entro un termine fissato dalla legge alla luce delle conoscenze medico-scientifiche più avanzate del momento.

In generale la proposta mirava ad estendere l'accesso all'aborto entro

tution, 2017, <https://2016-2018.citizensassembly.ie/en/The-Eighth-Amendment-of-the-Constitution/Recommendations/>.

⁸⁵ Eventualità, questa, possibile ai sensi dell'ordinamento irlandese. Come afferma Kenny, «rather than allow judicial intervention in this controversial area, this approach prefers that the legal position on abortion would be set by a democratically accountable legislature; that this legal position would be certain and not open to invalidation or restriction by the courts; and that the legal position could be changed using the ordinary process for amending laws if views and outlooks shifted. (...) It should also be noted that there is nothing *per se* improper about denying the judiciary power to intervene in certain areas. The Constitution excludes judicial consideration of several major matters, including emergency legislation; various matters related to the operation of the Houses of the Oireachtas (such as parliamentary privilege); and Article 45's directive principles of social policy, D. KENNY, *Opening Statement to the Oireachtas Joint Committee on the Eight Amendment to the Constitution*, www.oireachtas.it, 27 settembre 2017, p. 5.

la dodicesima settimana senza alcuna necessità di motivazione: in questo caso il *Committee* intendeva ammettere l'aborto nel caso di violenza o incesto e anche laddove la richiesta fosse motivata dalle condizioni socio-economiche della donna.

Infine, particolarmente interessante è la posizione del *Committee* rispetto all'aborto in caso di anomalie fetali: solo qualora queste ultime fossero tali rendere l'esistenza del feto incompatibile con la vita era ammesso l'aborto a qualsiasi stadio della gravidanza. Nel caso in cui, invece, tali anomalie non si risolvessero in una patologia incompatibile con la vita, l'aborto, affermava il *Committee*, doveva essere vietato⁸⁶.

La soluzione proposta dal *Joint Committee*, che mirava ad allineare la normativa irlandese a quella della maggior parte degli Stati e agli standard internazionali, dal punto di vista costituzionale aveva sicuramente il pregio di "decostituzionalizzare" il bilanciamento tra i diritti in gioco contenuto nell'art. 40.3.3, rimandando tale compito all'organo parlamentare.

Tuttavia la "decostituzionalizzazione" della protezione del diritto alla vita del feto non escludeva in via di principio che ad esso non si potesse riconoscere la titolarità di diritti costituzionali innominati. Si è imposto dunque come necessario, prima di dar corso alla modifica costituzionale, sciogliere il nodo interpretativo circa la posizione giuridica del feto e la sua titolarità di altri diritti costituzionali, che, se riconosciuta, avrebbe costituito un limite alla legislazione sulla regolamentazione dell'aborto.

L'occasione per chiarire questo delicato punto dell'interpretazione costituzionale è stata offerta da un caso giunto alla *Supreme Court* circa i diritti dell'*unborn* rispetto ad un ordine espulsione che aveva investito il padre, immigrato irregolare in territorio irlandese. L'esito del caso era percepito come decisivo rispetto alla formulazione del quesito referendario e agli effetti dell'eventuale abrogazione dell'art. 40.3.3, a tal punto che la pubblicazione del "*Thirty-six Amendment of the Constitution Bill*" venne posticipata in attesa della decisione della Corte, avvenuta il 7 marzo 2018.

⁸⁶ Interessante è la posizione del *Committee* che rifiutava la proposta fatta dall'Assemblea, per la quale l'accesso all'aborto avrebbe dovuto essere ammesso in casi di patologia fetale (anche con esito non mortale), entro la ventiduesima settimana di gestazione: «the *Committee*, while noting the burden placed on the woman and the family in such situations, does not accept that these are sufficient grounds for termination».

Nella sentenza *M. v. Minister for Justice*⁸⁷, la *Irish Supreme Court* ha chiarito che la protezione accordata all'*unborn* dall'art. 40.3.3 si riferiva esclusivamente al diritto alla vita e non si estendeva agli *altri* diritti costituzionalmente riconosciuti o ricavabili in via interpretativa dal testo costituzionale.

L'attesa sentenza della Corte Suprema ha dunque chiarito i dubbi interpretativi circa lo *status* del non nato, aprendo definitivamente le porte al referendum costituzionale tenutosi nel maggio del 2018.

A seguito del referendum del 25 maggio 2018, che ha confermato la volontà popolare di abrogare l'art. 40.3.3, il 5 dicembre 2018 il Parlamento ha emanato l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act*, recante la disciplina per l'interruzione volontaria di gravidanza. Ai sensi della nuova disciplina, in Irlanda l'aborto è ammesso, previa una certificazione proveniente da due medici, entro le 12 settimane di gestazione, oppure se vi sia un ragionevole pericolo per la vita o il rischio di danni permanenti per la salute della donna incinta, o il feto non abbia raggiunto un livello di sviluppo tale da permettergli la sopravvivenza extrauterina; in una situazione di emergenza e in caso di rischio attuale della morte del feto, l'interruzione di gravidanza è possibile prima o entro 28 giorni dalla nascita.

Appare evidente che l'Irlanda, con la nuova disciplina, si colloca nel solco del modello europeo di regolamentazione dell'aborto, un modello dignitario (contrapposto a quello "libertario") che cerca di trovare un temperamento tra le istanze della tutela della libertà della donna, della sua salute e della protezione della vita prenatale.

12. *Il caso nord-irlandese: la sentenza della UK Supreme Court del 7 giugno 2018*

Analizzata la parabola della regolamentazione dell'aborto in Irlanda, pare a questo punto interessante volgere lo sguardo alle vicende che, sempre in tema di aborto, hanno interessato l'Irlanda del Nord, nell'ambito dei rapporti con Westminster.

Pochi giorni dopo il referendum irlandese, la *UK Supreme Court* si è,

⁸⁷ *M. v. Minister for Justice*, 2018, IESC 14.

infatti, espressa circa la compatibilità della disciplina nord-irlandese in materia di aborto, ed in particolare del fatto che l'aborto non fosse ammesso in casi di violenza e incesto e in caso di malformazioni del feto, anche incompatibili con la vita, con le norme della CEDU, in particolare con gli artt. 8 e 3 CEDU⁸⁸.

La *Northern Ireland Human Rights Commission*, in particolare, affermava che la disciplina nord-irlandese, nel non prevedere tali eccezioni al divieto di abortire, configurava una violazione delle norme convenzionali, incorporate nell'ordinamento dell'Irlanda del Nord con lo *Human Rights Act* del 1998 ed in particolare con la protezione della vita privata e con il divieto di trattamenti disumani e degradanti.

Sul caso si era già espressa, accogliendo la posizione della *Human Rights Commission*, la *Irish High Court* nel 2013 ed invocando l'intervento del legislatore nord-irlandese al fine di sanare tale incompatibilità. Tale decisione era stata tuttavia impugnata in appello dinnanzi alla *Northern Ireland Court of Appeal*, che nel giugno del 2016 aveva invece negato qualsiasi incompatibilità della regolamentazione nord-irlandese con la protezione dei diritti della Convenzione invocati in giudizio.

La *Human Rights Commission* ha impugnato a sua volta il giudizio d'appello dinnanzi alla *UK Supreme Court*, la quale, come si legge in apertura della sentenza, si è trovata a giudicare «an unusually difficult case to resolve»⁸⁹, tanto per la delicatezza delle questioni di merito in gioco, quanto per alcuni aspetti procedurali sollevati dall'*Attorney General* nord-irlandese, che contestava la legittimazione ad agire della *Human Rights Commission*.

L'esito della decisione e anche le divisioni all'interno della Corte, tanto sugli aspetti procedurali che sostanziali, rispecchiano fedelmente la particolare difficoltà del caso.

Dal punto di vista procedurale, la maggioranza (Lord Mance, Lord Reed, Lady Black e Lord Lloyd-Jones) ha affermato che la *Human Rights Commission* non era legittimata (non aveva lo “*standing*”) per sollevare in astratto il caso di incompatibilità della normativa nazionale rispetto alle norme convenzionali.

Tale affermazione si ricava tanto dal *Northern Ireland Act* (che ha isti-

⁸⁸ UKSC 27, 7 giugno 2018, cit.

⁸⁹ UKSC 27, 7 giugno 2018, cit., p. 3, par. 1.

tuito la *Human Rights Commission*, definendone i compiti), quanto dalla *Human Rights Act* del 1998 che definisce i rapporti tra l'ordinamento interno e il sistema convenzionale. In particolare, le *Sections* 69 e 71 del *Northern Ireland Act* circoscrivono le competenze della *Human rights Commission*, affermando che «the Commission may give assistance to individuals; and bring proceedings involving law or practice relating to the protection of human rights». Ma, come si legge nella *Section* 71, simili *proceedings* non possono essere condotti in astratto, richiedendo invece che il ricorrente agisca a fronte di una concreta violazione dei suoi diritti protetti della Convenzione.

Alla luce di tale combinato disposto, come sostiene Lord Mance, «it follows that the Commission's powers under sections 69 and 71 of the NI Act 1998 do not include either instituting or intervening in proceedings where the only complaint is that primary legislation, such as the 1861 Act, is incompatible with the Convention Rights. Neither the Westminster Parliament's enactment of, nor its or the Northern Irish legislature's failure to repeal or amend, the 1861 Act can constitute an "unlawful act" under sections 6 and 7 of the HRA: see the preceding paragraphs of this judgment. Such proceedings would not therefore involve any suggestion of an unlawful act within the meaning of section 7 of the HRA or, therefore, of section 71 of the NI Act»⁹⁰.

Nonostante l'aspetto procedurale che ha precluso alla Corte di decidere il caso nel merito, pare estremamente significativo il fatto che i giudici della *UK Supreme Court* si siano comunque spinti a ragionare circa la compatibilità del regime nord-irlandese con i diritti della Convenzione, giungendo a riconoscere (con una maggioranza di 4 a 3) la violazione dell'art. 8 CEDU laddove in Irlanda del Nord non era concesso l'aborto in caso di violenza, incesto, anomalie fetali e anomalie fetali incompatibili con la vita⁹¹.

Solo due giudici (Lord Kerr e Lord Wilson) hanno rinvenuto anche una violazione dell'art. 3 CEDU in materia di trattamenti inumani e degradanti; mentre Lord Reed e Lord Lloyd Jones non hanno rinvenuto

⁹⁰ UKSC 27, 7 giugno 2018, cit., par. 58.

⁹¹ *Lady Black* aderisce alla *opinion* di maggioranza solo nel caso di anomalie fetali incompatibili con la vita (*fatal foetal abnormalities*).

alcuna incompatibilità, tanto sotto il profilo dell'art. 8 che dell'art. 3 CEDU.

Nonostante gli argomenti espressi dalla maggioranza dei giudici, la Corte, per i motivi procedurali summenzionati, non ha potuto precedere ad una dichiarazione di incompatibilità. Certamente, la deliberata volontà di non entrare nel merito della controversia non era priva di effetti: essa suonava, infatti, come un monito al legislatore, seppur non vincolante, affinché la situazione di incompatibilità venisse sanata.

È proprio da questo punto di vista – quello cioè del rapporto tra Corte e legislatore – che il caso in esame offre gli spunti più interessanti e che per altro emergono nella varietà di *opinions* nelle quali si articola la decisione.

12.1. *Il rapporto giudice-legislatore nella sentenza della Corte: due visioni a confronto*

Leggendo la corposa sentenza (143 pagine) composta – in maniera del tutto insolita – dalle singole *opinions* dei giudici⁹², emerge, tra i numerosissimi spunti problematici – la diversa sensibilità dei giudici rispetto al ruolo della Corte e al rapporto con il legislatore, tanto più con il legislatore devoluto.

Si sono considerate a questo fine le riflessioni condotte da Lord Reed, da un lato e da Lady Hale, dall'altro.

Nella riflessione condotta da Lord Reed emerge una spiccata sensibilità verso gli equilibri e le prerogative costituzionali dei diversi poteri: il giudice sottolinea innanzitutto che nel caso in esame la Corte sarebbe chiamata a operare «an abstract exercise, to define categories of pregnancy in respect of which a termination must be legally available if the legislation is to be compatible with article 8»⁹³, esercitando quasi una attività

⁹² Come del resto rileva in apertura Lady Hale: «In these unusual circumstances, it is not possible to follow our usual practice and identify a single lead judgment which represents the majority view on all issues. We have therefore decided to revert to the previous practice of the appellate committee of the House of Lords and print the judgments in order of seniority. It is for that reason only that my judgment comes first. Far more substantial judgments on all issues follow from Lord Mance and Lord Kerr».

⁹³ «That approach requires the court to address a number of difficult issues: for example, whether to treat some categories of pregnancy differently from other pregnancies

di tipo legislativo. Simili determinazioni, che riguardano un ambito estremamente sensibile che attiene alla sfera etica e morale sarebbero, secondo Lord Reed, «pre-eminently matters to be settled by democratically elected and accountable institutions, albeit, in the case of the devolved institutions, within limits which are set by the Convention rights as given effect in our domestic law»⁹⁴.

Il processo di revisione della legislazione nord-irlandese era per altro stato avviato ma si era arrestato all'indomani della crisi che ha lasciato il paese privo del governo devoluto nel gennaio 2017. In tali circostanze, e nell'attesa che il tema ritornasse nell'arena democratica del Parlamento di Stormont, ha affermato Lord Reed, «the courts will have to deal with any individual cases which may come before them. But, in the present proceedings, there is no need for this court to pre-empt democratic debate on changes to the law or to the arrangements for the provision of health services, or, by determining the requirements of the Convention in advance of that debate, to take the matter out of the hands of democratically accountable institutions»⁹⁵.

Sensibilmente diversa è invece la prospettiva dalla quale muovono Lady Hale e Lord Kerr. Secondo Lady Hale, «this is not a matter on which the democratic legislature enjoys a unique competence. It is a matter of fundamental human rights on which, difficult though it is, the courts are as well qualified to judge as is the legislature. In fact, in some ways, the courts may be thought better qualified, because they are able to weigh the evidence, the legal materials, and the arguments in a dispassionate manner, without the external pressures to which legislators may be subject»⁹⁶.

Non solo le corti sarebbero talvolta meglio posizionate rispetto al le-

at all; whether, if so, to draw the line at foetuses with fatal abnormalities which will prevent their surviving until birth or for more than a short time after birth, or to include foetuses with serious but non-fatal abnormalities; whether to differentiate between healthy foetuses conceived as the result of sexual offences and other healthy foetuses; and whether, if so, to draw the line at foetuses conceived as the result of offences which were non-consensual, or to include those conceived as the result of consensual offences». UKSC 27, 7 giugno 2018, cit., par. 362.

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ *Ibidem.*

gislatore nella valutazione di violazioni dei diritti da parte della legislazione, ma anzi anche laddove il parlamento non si sia ancora chiaramente espresso non devono avere timore di intervenire: «On the question of the usurpation of the function of the decision-maker, in the circumstances of the present case, this simply does not arise. The Northern Ireland Assembly has not made a decision. Its largest party, at the time of the debate in February 2016, declared that further consultation and consideration were required. Likewise, the “evidential value of... judgments of the executive” holds no sway here because none has been made. The courts should feel no sense of inhibition in relation to the question of whether the current law offends article 8 of the Convention, in the light of the absence of any firmly expressed view of the democratic institutions of Northern Ireland»⁹⁷.

Di fronte a tale argomento, tuttavia occorre chiedersi se sia sufficiente l'inerzia del legislatore per legittimare l'intervento del giudiziario volto ad innovare radicalmente la disciplina in materia di aborto; e ancora, se il silenzio del legislatore non sia da interpretarsi esso stesso come scelta di conservazione del regime vigente. In altri termini, come rileva Zanon, «si dimentica la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nell'espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento. Inoltre, quel che non si decide in sede parlamentare, non perciò solo va deciso in altre sedi, perché bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare»⁹⁸.

Certamente non sfugge il fatto che l'assemblea nord-irlandese si trovasse in una posizione del tutto anomala: dal gennaio 2017 (e fino al 2020) essa infatti non era stata convocata, dopo il mancato accordo tra gli Unionisti del DUP e gli indipendentisti del *Sinn Féin* per la formazione del governo, ed era dunque tecnicamente impossibilitata a prendere qualsiasi deliberazione.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, cit., p. 10.

Di fronte a questa *impasse*, un ulteriore interrogativo si è imposto: potrebbe Westminster intervenire nella regolamentazione dell'aborto in Nord-Irlanda?

12.2. *Dalle corti al legislatore. Ma quale legislatore?*

A seguito dell'esito del referendum irlandese e della sentenza sopra analizzata, nuova linfa è stata fornita al dibattito politico circa la regolamentazione dell'aborto in Nord Irlanda, ormai divenuta la nuova linea di frontiera della campagna *pro-choice*.

Non è un caso, infatti, che il 5 giugno 2018 la parlamentare laburista, Stella Creasy, abbia portato all'attenzione della *House of Commons* il dibattito circa la necessità di abrogare le sezioni 58 e 59 dell'*Offence Against Person Act* che rendono l'aborto un reato⁹⁹. Il 23 ottobre è stato proposto dalla parlamentare Diana Johnson e da altri rappresentanti alla *House of Commons* un "*backbench*" *Bill*, l'*Abortion Bill 2017-19*¹⁰⁰, volto a riformare alcuni profili della disciplina dell'aborto in Inghilterra, Scozia e Galles, ma soprattutto a depenalizzare l'aborto in Nord Irlanda. La mozione, discussa in prima lettura il 23 ottobre è stata approvata da 208 voti contro 123 e considerata in seconda lettura il 23 novembre. La mozione non è stata infine approvata e, pertanto, è decaduta.

L'iniziativa dei parlamentari di Westminster, sebbene avesse fin da subito pochissime chance di condurre ad una modifica dell'attuale assetto legislativo, ha tuttavia infiammato il dibattito circa i rapporti tra Westminster e Stormont, con particolare riferimento alle interferenze del primo su materie devolute. L'aborto, infatti, ricade tanto nella sfera della materia penale che in quella della salute, e pertanto è da considerarsi una "*transferred matter*" ai sensi dell'art. 4.1 del *Northern Ireland Act 1998* ed un intervento di Westminster in un momento di istituzionale debolezza del governo nord-irlandese avrebbe potuto essere letto come «a dangerous constitutional precedent of interference»¹⁰¹.

⁹⁹ S. CREASY MP, HC deb., 5 giugno 2018, vol. 642, cols. 205-212.

¹⁰⁰ *Motion for leave to bring in a Bill (Standing Order No. 23)*, 23 Ottobre 2018, <https://hansard.parliament.uk/commons/2018-10-23/debates/50C9945E-B8A1-4B95-BE24-70A76897288B/Abortion>.

¹⁰¹ F. BRUCE, Abortion, HC deb., 23 October 2018, vol. 648, c. 144: <https://hansard>.

Alla luce di ciò e della delicatezza del tema della regolamentazione dell'aborto in una società altamente polarizzata come quella nord-irlandese lungo linee culturali e religiose, il Governo di Theresa May, già alle prese con la gestione della Brexit, non sembrava intenzionato ad introdurre un ulteriore elemento di tensione al confine nord-irlandese.

Tuttavia un nuovo corso sembrava essersi aperto con il *Northern Ireland Executive Formation Act*¹⁰² del 2019, il quale prevedeva una sezione circa i doveri del governo nordirlandese di regolamentare alcune materie, tra cui l'aborto. In particolare la sezione 9 di tale atto disponeva che le autorità nordirlandesi dessero attuazione alle raccomandazioni presenti nel report della CEDAW¹⁰³ del 2018. L'atto prevedeva inoltre l'abrogazione delle sezioni 58 e 59 dell'*Offences Against the Person Act 1861*, e dunque la depenalizzazione dell'aborto, e chiedeva alle autorità nordirlandesi di intervenire a livello legislativo per regolamentare l'aborto e definire le circostanze in cui tale pratica fosse ammessa.

A fronte dell'inerzia del parlamento nordirlandese, anche alla luce della forte instabilità politica, il governo di Westminster ha introdotto una regolamentazione quadro dell'aborto in Nord Irlanda con l'*Abortion Northern Ireland Regulation* del 25 marzo 2020, che ammetteva l'aborto entro la dodicesima settimana di gestazione senza nessuna condizione necessitante e legalizzava l'aborto oltre la dodicesima settimana in alcuni casi come per esempio la presenza di gravi malformazioni fetali.

La regolamentazione in parola è stata oggetto di una mozione, proposta da Joanne Bunting, parlamentare del *Democratic Unionist Party* (DUP) – tradizionalmente *pro-life* – che rigettava «the imposition of abortion legislation that extends to all non-fatal disabilities, including

parliament.uk/commons/2018-10-23/debates/50C9945E-B8A1-4B95-BE24-70A76897288B/Abortion.

¹⁰² *Northern Ireland Executive Formation Act*, 2019, Extend the period for forming an Executive under section 1(1) of the Northern Ireland (Executive Formation and Exercise of Functions) Act 2018 and to impose a duty on the Secretary of State to report on progress towards the formation of an Executive in Northern Ireland.

¹⁰³ 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 (CEDAW/C/OP.8/GBR/1) published on 6 March 2018.

Down's syndrome». La mozione, sebbene non vincolante, e per tanto non suscettibile di modificare il contenuto del regolamento di Westminster, è stata approvata con 46 voti a favore e 40 contrari.

La resistenza del governo nordirlandese si è anche manifestata per quanto riguarda il profilo dell'implementazione delle procedure di accesso all'aborto nei casi ammessi dalla regolamentazione vigente. Il governo di Westminster ha ripetutamente constatato che le autorità irlandesi non hanno predisposto modalità di accesso all'aborto e servizi per le donne sia prima che dopo la procedura abortiva nelle strutture pubbliche nordirlandesi. Anche la Northern Ireland Human Rights Commission nel 2021 aveva denunciato la scarsa effettività del diritto all'aborto in Nord Irlanda. A questi rilievi le autorità irlandesi avevano risposto sottolineando come il regolamento introdotto dal governo centrale non imponesse alle strutture sanitarie devolute di offrire servizi abortivi, rimanendo questa scelta nella disponibilità del Ministro della Sanità nordirlandese e dei Dipartimenti collegati.

Alla ritrosia mostrata dalle autorità devolute, ha risposto nuovamente Westminster nel marzo 2021 con l'*Abortion (Northern Ireland) Regulation* del 202 che attribuiva al Segretario di Stato il potere di «to direct the First Minister, deputy First Minister, a Northern Ireland Minister, a Northern Ireland department, the Regional Health and Social Care Board, and the Regional Agency for Public Health and Social Well-being» al fine di implementare le raccomandazioni del report CEDAW già menzionato. In esecuzione di tale previsione il Segretario di Stato nel luglio 2021 ha chiesto al Dipartimento della sanità e al Ministro della salute di provvedere affinché fosse reso effettivo l'accesso ai servizi abortivi in Nord Irlanda il più presto possibile, tuttavia senza ottenere una reazione positiva. Così il 19 maggio 2022 è stato approvato l'ultimo atto di regolamentazione dell'aborto in ordine cronologico, l'*Abortion Northern Ireland Regulation 2022*, che ha infine imposto la Dipartimento della sanità nordirlandese di predisporre e di finanziare i servizi abortivi.

A nulla sono valsi i tentativi, tanto di natura giurisdizionale che legislativa, di limitare l'influenza della regolamentazione di Westminster in Irlanda del Nord: il ricorso intentato dalla Society for Protection of Unborn Children (SPUC) avverso alla regolamentazione del 2022 è stato

respinto dalla High Court di Belfast, così come il tentativo di far approvare una legge da parte della Northern Ireland Assembly che vietasse l'aborto in caso di anomalia fetale, il *Severe Fetal Impairment Abortion Bill*, si è concluso senza successo.

L'evoluzione della regolamentazione dell'aborto in Nord Irlanda dunque è segnata dall'intervento del parlamento di Westminster in funzione centripeta e limitativa delle competenze delle entità devolute. Un esito non del tutto scontato e foriero di tensioni tra i diversi livelli di governo, anche alla luce delle dichiarazioni dello stesso Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord nel 2018: «Government's view is that the decisions about abortion and the laws that apply in Northern Ireland should rightly and properly be decided by the people of Northern Ireland and their elected politicians»¹⁰⁴.

13. *Aborto, democrazia rappresentativa e partecipativa: la lezione dei casi irlandesi*

Come si è cercato di mostrare attraverso l'analisi dell'evoluzione della regolamentazione dell'aborto in Irlanda, si tratta di un approdo inevitabile, tanto alla luce di casi sorti che hanno mostrato l'incertezza dominante e la controversa applicabilità del quadro legislativo presente ed hanno sollecitato l'opinione pubblica irlandese a reclamare un cambiamento dello *status quo*, quanto alla luce delle pressioni provenienti da ordinamenti internazionali e sovranazionali.

Tutte queste forze, esogene ed endogene all'ordinamento, hanno condotto, mediante un processo condiviso e partecipato, all'odierna proposta di modifica dell'art. 40.3.3 della Costituzione Irlandese.

Al di là dell'esito, che ha confermato una generale tendenza a rendere giuridicamente libero l'aborto voluto dalla donna (almeno nelle prime fasi della gravidanza), l'esperienza irlandese è interessante per la via procedurale percorsa per giungere a tale, profondo, mutamento costituzionale.

Una via caratterizzata dall'interazione dialettica tra i poteri e tra questi

¹⁰⁴ Official Report, 5 June 2018; Vol. 642, c. 220. <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8909/CBP-8909.pdf>.

e le istanze sociali: l'arena del confronto politico non è stata compresa dal *judicial activism* delle Corti che, sebbene non abbiano rinunciato alla loro ampia attività interpretativa (e talvolta creativa), hanno lasciato spazio all'intervento del legislatore nel colmare le lacune e le incertezze insite in un bilanciamento costituzionalizzato tra diritti fondamentali, come nel caso dell'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese.

La dialettica giudiziario-legislatore non esaurisce tuttavia la peculiarità irlandese, caratterizzata dalla valorizzazione della democrazia partecipativa e diretta nei processi decisionali. Oltre alla previsione costituzionale che affida al popolo mediante referendum l'ultima parola sulla revisione costituzionale, interessante è l'esperimento che ha portato all'istituzione della *Citizen Assembly*¹⁰⁵, formata da novantanove cittadini estratti a sorte e rappresentativi del pluralismo sociale e presieduta da un giudice della *Irish Supreme Court*, Ms. Justice Mary Laffoy. L'assemblea era incaricata di elaborare raccomandazioni (non vincolanti) da sottoporre al parlamento su diverse materie sensibili, tra le quali quella più significativa era la regolamentazione dell'aborto.

Come è stato osservato, «it is quite a milestone in the field of democratic innovations. This is the first time this has been part of everyday politics»¹⁰⁶. L'Assemblea ha ascoltato o ricevuto le testimonianze, scritte o orali, di tutte le diverse componenti sociali, portatrici di un interesse rispetto al tema: medici, donne che si sono recate all'estero per abortire, esperti di bioetica, esponenti della società civile sia *pro-choice* che *pro-life* e, anonimamente, donne che hanno abortito in maniera illegale in Irlanda¹⁰⁷. Inoltre l'Assemblea ha ricevuto ed analizzato 13.000 testimonianze, pareri in favore e contro la revisione costituzionale inviati dalla popolazione irlandese. Si è trattato, in altri termini, di un interessante esercizio di democrazia deliberativa.

In definitiva, uno dei temi più divisivi per la società irlandese contemporanea, al crocevia tra tradizione e modernità, tra secolarizzazione e

¹⁰⁵ S. SUTEU, *Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons on Iceland and Ireland*, in *Boston College of International and Comparative Law*, 38, 2015, p. 251 ss.

¹⁰⁶ O. ESCOBAR, *How 99 strangers in a Dublin hotel broke Ireland's abortion deadlock*, *The Guardian*, 8 marzo 2018.

¹⁰⁷ Citizens Assembly Report, 2017 Appendix E.

credo religioso, suscettibile di cambiare per sempre il modello familiare e sociale irlandese, viene posto al centro dell'arena politica e della “*every day politics*”, cui tutte le componenti sociali sono chiamate a contribuire attraverso la poliedricità degli strumenti della democrazia (nelle sue forme rappresentative, deliberative e dirette) e che, indipendentemente dall'esito, avranno avuto «the satisfaction of a fair hearing and an honest fight»¹⁰⁸.

¹⁰⁸ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, cit., Scalia, J., dissenting, p. 1002.

CAPITOLO IV

UNO SGUARDO AL PASSATO PER CAPIRE
IL PRESENTE: RIFLESSIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Diritti e Democrazia: l'aborto nel paradigma del costituzionalismo globale. – 2. *Jurisdictio* e *Legislatio* di fronte a scelte eticamente controverse. – 2.1. Il caso americano. – 2.2. Il caso irlandese. – 3. Conclusioni.

1. *Diritti e Democrazia: l'aborto nel paradigma del costituzionalismo globale*

Alla luce dell'esperienza americana e irlandese, è dunque giunto il momento di porre una domanda e tentare una risposta: è possibile comporre il disaccordo su questioni controverse nelle nostre democrazie costituzionali sempre più polarizzate?

Il caso dell'aborto ci offre da questo punto di vista un inizio di risposta.

Guardando al caso irlandese, infatti, si è visto come il conflitto, inevitabilmente presente, sia stato canalizzato prima nell'Assemblea dei cittadini, poi nelle forme del dibattito parlamentare e ultimamente nel referendum popolare. Si tratta di un modello che Roberto Gargarella ha definito di «costituzionalismo dialogico», volto proprio a riconoscere la diversità dei punti di vista in gioco, senza tuttavia rinunciare a trovare una soluzione condivisa. Questo modello, come ricorda Gargarella, ha il pregio di ricordare come la discussione in tema di diritti fondamentali non sia solo possibile, ma anche desiderabile. Non solo, dimostra come la sfera dei diritti e quella della democrazia siano intimamente connesse, riconoscendo un valore al dibattito circa questione di pubblica moralità ed

infine ci ricorda come le decisioni di pubblico interesse possano essere adottate attraverso una «deliberative, inclusive conversation», a patto che tale conversazione sia caratterizzata da un effettivo dibattito tra posizioni diverse e che sia aperta a tutte le persone che lo desiderano (criterio dell'inclusività)¹. Secondo l'autore, l'idea del costituzionalismo come «conversation among equals», è fondata sulla convinzione che la fiducia negli strumenti della democrazia richiede di considerare seriamente «the results of inclusive deliberation, most particularly when the principles of inclusiveness and deliberation are strictly respected and the procedures are properly organized to that end»².

La visione di Gargarella, segnata dalla fiducia nella possibilità di realizzare un modello democratico che sappia ridurre il conflitto, ha trovato qualche critica in autorevole dottrina. Nota è la posizione di Tom Ginsburg, secondo il quale «participation is no panacea». Infatti Ginsburg dubita che tali forme di democrazia deliberativa possano diventare parte fisiologica della governance democratica. Prendendo proprio esempio dal caso irlandese, egli afferma che «the Irish Citizens' Assembly for example, was convened in 2016 to deliberate about major and controversial issues which had deadlocked the political system. Citizens deliberated and came up with proposals that were then sent to referendum. It is a great story of success. But the efficacy of such experiments might depend precisely on their episodic nature»³.

A ciò si aggiunga che, in società sempre più polarizzate, gli strumenti di democrazia diretta possono essere strumentalmente utilizzati per battaglie di natura populista e anti-democratica⁴.

¹ R. GARGARELLA, *The Law As a Conversation among Equals*, cit., p. 325.

² *Ibidem*.

³ T. GINSBURG, «*The Economy, Stupid*»: *Notes on a Continuing Conversation*, in *Revista Derecho del Estado* 49, 2021, p. 15 ss., p. 23. A proposito di alcune «democratic process failures» e «democratic dysfunction[s]» riconducibili a *Dobbs*, cfr. anche D. LANDAU, R. DIXON, *Dobbs, Democracy & Dysfunction*, FSU College of Law, Public Law Research Paper, 17 August 2022.

⁴ G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022 parla *passim* di «mimetism».

Sebbene molti in dottrina abbiano sottolineato il carattere eccezionale dell'esperienza irlandese, modello difficilmente replicabile con successo, e senza voler idealizzare forme di democrazia deliberativa o partecipativa, tuttavia si ritiene che la valorizzazione di tali istanze partecipative possa contribuire a smussare gli angoli di conflitti irrigiditisi nel linguaggio della contrapposizione tra diritti e interessi, che non ammette terreno di incontro.

In quest'ottica, *Dobbs*, sebbene come già accennato sia una decisione critica e criticabile per la repentina de-costituzionalizzazione di un diritto protetto come tale per oltre cinquant'anni nella storia costituzionale americana, può tuttavia rappresentare il momento fondante di un nuovo corso che veda al centro non tanto l'asfittica e arida contrapposizione tra posizioni *pro-life* e *pro-choice*, ma l'espressione della coscienza sociale.

Un esempio interessante a questo proposito è offerto dal recente caso del referendum svoltosi in Kansas, all'indomani di *Dobbs* nell'agosto 2022, con cui il legislatore dello Stato a trazione conservatrice, chiedeva al popolo di esprimersi circa l'approvazione di un emendamento alla Costituzione dello Stato. L'emendamento, emblematicamente intitolato "*Value Them Both*" (HCR 5003), avrebbe introdotto una nuova sezione nella Costituzione del Kansas riguardante la regolamentazione dell'aborto, prevedendo in particolare che «the Kansas Constitution does not require government funding of abortion and does not create or secure a right to abortion»⁵.

⁵ Value Them Both Amendment, H.C.R. 5003 (adopted Jan. 28, 2021). In modo analogo si sono espressi – con il 53% ca. dei voti – quelli di Kentucky e Montana nei referendum statali celebratisi l'8 novembre 2022 (in concomitanza alle elezioni di *Mid-term* per il rinnovo integrale della Camera dei Rappresentanti e di un terzo del Senato). Nel primo caso, gli elettori hanno rifiutato l'introduzione in Costituzione di un emendamento costituzionale analogo a quello del Kansas; nel secondo, è stata respinta l'approvazione 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). Inoltre, sul piano delle sanzioni penali si prevedeva che «A health care provider who purposely, knowingly, or negligently violates [section 4] is guilty of a felony and upon conviction shall be fined an amount

Come è noto, il referendum popolare ha bocciato l'introduzione di tale emendamento, mostrando come anche in un contesto di radicata influenza conservatrice forme di democrazia deliberativa possano portare ad esiti tutt'altro che scontati e mostrare la possibilità di una via dialogica, non necessariamente oppositiva.

Certamente il rimando che la Corte fa al ruolo dei legislatori statali non deve essere acriticamente salutato come la fine del conflitto e la risoluzione una volta per tutte delle tensioni paradigmatiche generate dall'aborto. Tuttavia, forse il ritorno della questione dell'aborto nel circuito della politica, può contribuire a definire, come ci insegna il modello europeo, formule dialogiche, compromissorie e non necessariamente a somma zero.

Certo il disaccordo rimane la cifra dominante delle diverse visioni dell'aborto, disaccordo che però può trovare una sua composizione nella consapevolezza che «debate helps us to recognize the importance of committing ourselves collectively to resolve our disagreements. This is because (...), we live together and we are going to continue living together, predictably because we need it, because we want it, because we have no alternative»⁶.

Dall'Irlanda agli Stati Uniti sembra dunque essersi aperta una valorizzazione delle istanze democratico-partecipative, che non possono che condurci alla domanda che ha guidato il presente itinerario: a chi spetta, in un ordinamento democratico ma al contempo polarizzato, decidere della risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali e mediante quali strumenti questa operazione può avvenire?

not to exceed \$50,000, be imprisoned in a state prison for a term not to exceed 20 years, or both» (Section 5). Infine, sempre nella consultazione referendaria dell'8 novembre 2022, gli Stati di California, Michigan e Vermont hanno introdotto il riconoscimento di un diritto all'aborto nelle rispettive Costituzioni statali.

⁶ R. GARGARELLA, *The Law As a Conversation among Equals*, cit., p. 261.

2. Jurisdictio e Legislatio *di fronte a scelte eticamente controverse*

2.1. *Il caso americano*

La storia della regolamentazione dell'aborto ci ha portato ad affacciarci ad una delle questioni fondamentali del costituzionalismo, alla quale non possiamo che, dalla particolare prospettiva assunta, avvicinarci in punta di penna: il rapporto tra giurisdizione e legislazione.

Nella divisione liberale dei poteri, il legislativo era inteso come «il Potere che doveva dettare le norme definenti in modo positivo, preciso e certo, i diritti di libertà delle persone e le maniere onde essi riuscissero adeguatamente tutelati»⁷. Le corti, invece, erano tenute a giudicare strettamente sulla base del diritto positivo prestabilito, rinunciando «ad operare da semi-legislatori come talvolta accadeva loro, in maniera coperta ma anche scoperta e ammessa, sotto il regime dello stato assoluto e in altri sistemi politici»⁸. Questa caratteristica, condivisa dai teorici dello Stato dell'epoca liberale, tanto in Europa che in America, ha portato persino a parlare del giudiziario come di un 'non-potere', privo tanto della forza dell'esecutivo quanto della volontà del parlamento⁹.

⁷ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Note sono a questo proposito le parole di Hamilton, *Il Federalista*, Paper n. 78: «Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither *force* nor *will*, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments. This simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks».

Tale lettura liberale della separazione dei poteri, come è noto, non risponde più alle esigenze poste dall'affermazione del c.d. Stato sociale e dalla sempre più pluralistica composizione sociale¹⁰. Ciò appare ancor più vero per gli ordinamenti contemporanei, nei quali la trasformazione della divisione dei poteri ha assunto il volto di quello che è stato efficacemente descritto come «juristocracy»¹¹.

Emblematica, in questo senso, è l'esperienza del sistema americano rispetto al tema dell'aborto: è qui che, per la prima volta nella storia costituzionale delle democrazie occidentali, l'aborto è divenuto un diritto costituzionalmente protetto e ciò, come si è ampiamente documentato, è avvenuto ad opera del controverso intervento della Corte Suprema.

La sentenza *Roe* è divenuta l'emblema di un giudiziario che non ha esitato ad entrare a gamba tesa in un processo già in atto che vedeva protagonisti i legislativi statali nella definizione di nuove legislazioni (più liberali di quelle ottocentesche). *Roe* costituisce un punto di non ritorno; esso incarna la massima espressione di un giudiziario che si fa «law-making body» e che, aderendo ad una particolare visione morale dei diritti, fallisce nel «maintain a mutual respect between groups who disagree in America's diverse polity»¹².

Non si ritornerà qui ad enfatizzare le conseguenze tragiche e problematiche delle forzature su cui ha spinto la Corte in *Roe*, tanto per i *pro-choice* che per i *pro-life*, che ancora oggi costituiscono una ferita nel contesto politico e sociale americano.

¹⁰ Per le caratteristiche della «nuova» divisione dei poteri, si rimanda a G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit.

¹¹ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2007. Nota è la tesi di Hirschl, che legge la crescente influenza delle corti come disegno egemonico guidato da *elites* che vogliono sottrarsi agli esiti incerti del gioco politico: «Judicial power does not fall from the sky: it is politically constructed, I believe that the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interest. The changes that emerge reflect a combination of the policy preferences and professional interests of these groups», p. 49.

¹² R. POST, R. SIEGEL, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, in *Yale Law School*, Research Paper n. 131, p. 39.

Si vuole però sottolineare come *Roe* abbia orientato il dibattito americano in tema di aborto in termini oppositivi, 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 (i c.d. *admitting privileges*) quanto per le donne. Si tratta 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»¹³.

Dobbs non sarebbe dunque che il naturale approdo di questo 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 iper-politicizzare la questione dell'aborto, fino a farla coincidere con le dinamiche politiche sottese alla composizione della Corte.

A questo proposito il modello europeo ed in particolare 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»¹⁴.

In definitiva pare utile esplicitare il lascito dell'esperienza americana, forse finora emerso solo in filigrana. Sebbene il dibattito contemporaneo sui c.d. 'nuovi diritti' abbia raggiunto sofisticate e raffinate teorizzazioni valorizzando il ruolo cruciale (e a tratti salvifico) delle corti nell'avanzamento della protezione dei diritti fondamentali, il caso dell'aborto – che

¹³ J. GREENE, *How Rights went wrong*, cit., p. 132.

¹⁴ *Ibidem*, p. 137.

può a ragione considerarsi paradigmatico, essendo forse il “primo” dei nuovi diritti – mostra come in realtà la tensione tra giudice e legislatore, tra *law and politics*, sia tutt’altro che sopita quand’anche vi sia il riconoscimento – sebbene anche solo in via giurisprudenziale – di un diritto costituzionale.

2.2. *Il caso irlandese*

Diverso rispetto al caso americano è stato il percorso che ha portato l’ordinamento irlandese a confrontarsi con il tema dell’aborto.

Il sistema irlandese, spaventato dalle possibili conseguenze che sarebbero potute derivare dall’affidare al potere giudiziario la regolazione di un diritto tanto controverso, e con implicazioni morali e religiose tanto delicate, ha tentato di cristallizzare il dibattito e di costruire argini che potessero contenere il potere creativo del giudiziario, costituzionalizzando la protezione del diritto alla vita del nascituro.

Si è trattato, come noto, di una reazione a quanto era avvenuto negli Stati Uniti, che prende le mosse da alcune caratteristiche peculiari dell’esperienza irlandese: da un lato, la forte matrice etico-religiosa che permeava la società del tempo e, dall’altro, una declinazione personalista e comunitarista dei diritti, contrapposta alla visione libertaria e individualista tipica del sistema americano¹⁵.

Questo tentativo non ha però frenato il dibattito sul tema, che almeno nella società, ha continuato a rinverginarsi, fino a sfociare in conflitti anche di natura giuridica.

È proprio di fronte ad alcuni casi paradigmatici (il caso X su tutti), che è riemerso, in tutta la sua forza, ciò che le istituzioni irlandesi avevano cercato di temperare: il delicato compito del giudiziario nella risoluzione di casi eticamente controversi.

In altri termini, spinto all’uscio dell’edificio costituzionale a seguito dell’approvazione dell’art. 40.3.3., il giudiziario vi rientra per altra via, questa volta però di un rinnovato edificio ampliatosi di un piano, quello sovranazionale, abitato dalla CEDU.

Tuttavia, anche in questo frangente, gli anticorpi dell’istanza demo-

¹⁵ M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, cit., p. 11 ss.

cratica si sono attivati, riuscendo ad innescare un dialogo virtuoso con il giudiziario: nel 2013 il Parlamento irlandese ha approvato il PLDPA ed, infine, dopo il fallimento della *Constitutional Convention* del 2012, nel 2016 un nuovo organo composto da cento cittadini è stato chiamato a proporre raccomandazioni al parlamento circa la modifica dell'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese.

L'epilogo di questa vicenda è il referendum¹⁶ costituzionale attraverso il quale il popolo irlandese è stato chiamato a scegliere se rimanere ancorato allo *status quo* o se dar vita ad un nuovo corso della storia costituzionale irlandese, scegliendo quest'ultima opzione.

3. Conclusioni

La storia e l'evoluzione dell'aborto nei due sistemi presi a riferimento enfatizza, in una prospettiva comparata, la tensione esistente tra le corti e il legislatore nella definizione degli strumenti più idonei a regolamentare la materia dei c.d. "nuovi diritti". In questa prospettiva, essa si pone al centro di uno dei dibattiti più attuali del costituzionalismo contemporaneo, che prende le mosse dalla dottrina del c.d. *new constitutionalism* il quale, «as an overarching political ideology, or theory of state, faces no serious rival today»¹⁷. Tratto saliente di tale teoria riguarda il primato riconosciuto alle corti (nazionali e sovranazionali) sugli altri attori istituzionali nella protezione (e talvolta definizione) dei diritti costituzionalmente garantiti; una funzione che ha assunto una pervasività ed incidenza tali per cui è giustificato considerare le corti supreme, nel panorama contemporaneo, come dei veri e propri «policy-making bodies»¹⁸.

¹⁶ Sul tema dell'istituto referendario come strumento di mutamento costituzionale e sulle criticità dello stesso si vedano M. GALLAGHER, P.V. ULERI, *The Referendum Experience in Europe*, MacMillan, 1996; S. TIERNEY, *Constitutional Referendums: The theory and practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, 2012.

¹⁷ A. STONE SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 37.

¹⁸ R. HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, cit., p. 71.

Tale teoria costituzionale, come evidente, scardina la tradizionale centralità del Legislatore quale primo interprete dell'emergere di nuove istanze sociali e si impone, così, con tutta la sua carica problematica: oltre che per le note critiche alla mancanza di legittimazione democratica delle corti, anche e soprattutto per l'effetto delle loro decisioni, suscettibili di porre l'ultima parola su questioni controverse, tale teoria sconta il difetto di voler chiudere il dibattito pubblico su argomenti sui quali non si registra un netto consenso sociale¹⁹.

Sotto questo profilo, emblematica è l'esperienza descritta dal caso americano. Se, infatti, in tale ordinamento la questione dell'aborto è stata affrontata in modo diretto da un intervento attivo del giudiziario, ciononostante, tale approccio al problema non ha consentito al sistema costituzionale di risolvere in modo definitivo le tensioni politiche e sociali sottese ad un simile delicato problema. Ancora oggi le corti (e, in particolare, la corte supreme) sono chiamate a svolgere un ruolo da assoluti protagonisti nella definizione dei conflitti derivanti dall'aborto; nello stesso tempo però, a partire dalla sentenza *Roe*, il conflitto tra le divergenti posizioni in materia ha inasprito i toni anche all'interno della contesa politica ed istituzionale. Si veda, a titolo esemplificativo, quanto negli ultimi venti anni la polarità *pro-life/pro-choice* abbia influito nei processi elettorali, in particolare in merito all'elezione dei presidenti americani. Non solo: la medesima polarità ha assunto sempre di più un ruolo istituzionale, divenendo un tratto saliente negli *hearings* condotti dal Senato per la conferma della nomina presidenziale dei giudici federali e supremi²⁰. Si potreb-

¹⁹ Cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit.

²⁰ Come ricordano Siegel e Post, «this tension between law and politics is pervasive in our constitutional democracy. We can see the same dilemma structuring debate over the confirmation of Supreme Court Justices. Senate hearings must affirm the independence of Justices, so that the Supreme Court can proclaim a rule of law uncorrupted by merely partisan interests. Yet Senate hearings must also reassure the American people that new appointees to the Supreme Court will interpret the Constitution in ways that are responsive to the democratic will of the people.» These contradictory imperatives transform confirmation hearings into scenes of high drama and much confusion. When successful, Senate hearings draw Americans of disparate views into debate about the

be dunque dire che l'interpretazione della coscienza sociale americana proposta dai giudici in *Roe* non ha aiutato a sopire le tensioni, ma le ha al contrario acuite. Da questo punto di vista, la sentenza *Roe* pare forse essere esemplificativa di un atteggiamento di «spensierata identificazione del verso di marcia»²¹ della coscienza sociale, o persino di «avanguardia isolata»²².

Ciò non deve stupire: come acutamente ricordato da Zanon, se «per i singoli che, in nome di un principio (di un valore!), si vedono riconosciuto un diritto – magari un «nuovo» diritto, usando il linguaggio solo apparentemente rassicurante dell'oggi – il guadagno è netto in termini di libertà e affermazione individuale (...), ognuno vede la portata conflittuale di questa operazione di potenziale decostruzione dei significati oggettivi contenuti nelle scelte del legislatore democratico-rappresentativo. Il punto cruciale è che, attraverso la dissoluzione della dicotomia esterno-interno, le decisioni giurisdizionali innovative (e non di rado anche contraddittorie) sui casi più controversi e paradigmatici, rischiano di diventare lo specchio di conflitti di valore che si esibiscono interamente sulla scena pubblica, e che nessuna funzione regolatrice rischia di riuscire a «ordinare» e a ricondurre ad unità. (...) In questa prospettiva, il diritto e le sentenze, anziché fornire prestazioni di unità, anziché pacificare i conflitti, possono diventare, essi stessi, fonti di conflitto»²³.

Facendo aggio sui limiti mostrati dal *new constitutionalism*, parte della dottrina ha cercato di risolvere la dicotomia tra *judicial supremacy* e *par-*

Constitution, even as they dramatize the Constitution as a foundational source of law that exists prior to political struggles over its meaning», R. POST, R.B. SIEGEL, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, cit., pp. 375-376. Per lo *hearing* relativo alla nomina del giudice Gorsuch si rimanda a L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2017, p. 833 ss.

²¹ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit. Facciamo nostre le riflessioni che Zanon svolge in riferimento alla Corte costituzionale italiana, indicando il rischio di tale atteggiamento e invitando la Corte ad assumere una posizione più prudente.

²² *Ibidem*.

²³ N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del Diritto: una riflessione*, cit., p. 926.

liamentary sovereignty, trovando nella valorizzazione dell'istanza democratico-partecipativa un valido antidoto.

Pur nella consapevolezza della pluralità di correnti e teorie che si sono sviluppate in opposizione al *new constitutionalism*²⁴, ci si vuole qui in particolare soffermare sulle riflessioni di Jeremy Waldron²⁵. L'Autore muove la sua critica sulla base della inadeguatezza della *judicial review* in questioni dove si registra un "*reasonable disagreement*" nelle quali, cioè, non è possibile individuare un argomento decisivo, essendo sempre possibile difendere, con argomenti ragionevoli, una posizione e il suo contrario. Nota è la difesa di Waldron del ruolo delle assemblee elettive come luogo privilegiato in cui possano trovare espressione e composizione le diverse, contrapposte posizioni presenti nel tessuto sociale, in particolare laddove siano in gioco valori morali ed etici.

Questa prospettiva è quella che sembra essersi realizzata progressivamente nel sistema irlandese, il quale ha saputo riconnettere al circuito democratico popolare la decisione sulla regolamentazione di un tema tanto delicato come l'aborto che, per sua natura, è fortemente radicato nell'evoluzione della coscienza sociale.

In definitiva, come la vicenda emblematica dell'aborto dimostra e come si è cercato di mettere in luce in queste pagine, le risposte che un ordinamento può fornire alle domande di giustizia, soprattutto laddove

²⁴ Nota è per esempio la teoria del c.d. "*popular constitutionalism*" teorizzato da Kramer e Tushnet, che hanno cercato, per parafrasare il titolo di un libro di quest'ultimo «to take away the Constitution from Courts» e suggeriscono al giudiziario di concepirsi «in relation to the public somewhat as lower court judges now see themselves in relation to the Court: responsible for interpreting the Constitution according to their best judgment, but with an awareness that there is a higher authority out there with power to overturn their decisions-an actual authority, too, not some abstract 'people' who spoke once, two hundred years ago, and then disappeared». R.C. POST, R.B. SIEGEL, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, Faculty Scholarship Series. Paper 178, 2004.; L.D. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, OUP, 2005; Altra posizione è quella del c.d. *judicial minimalism*, teorizzato da Cass Sunstein il quale sostiene che laddove le corti si pongono come ultimi difensori dei diritti costituzionali, rendono le questioni più controverse «off-limits to politics», C. SUNSTEIN, *One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, cit.

²⁵ J. WALDRON, *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, 1999.

espressione di nuove istanze ed esigenze, si pongono al crocevia della pervasiva tensione tra giurisdizione e legislazione²⁶, e forse in modo ancor più profondo, tra diritto e politica²⁷.

Muoversi su tale delicato crinale è la sfida cui sono chiamati giudici e legislatori, oggi più che mai sollecitati dalle istanze di corpi sociali sempre più eterogenei e plurali, con la consapevolezza che – per usare le pungenti parole di Gearty – «there are no ‘human rights’ other than those that are won through political struggle and determined campaigning. Lawyers are not politicians. Judges can occasionally deliver short cuts on the way to freedom, but such advances are always contingent on political consolidation. And as Roe and McGee demonstrate, even the best of liberal cases can have tragic long-term effects»²⁸.

²⁶ Si tratta di un rapporto dialettico, non escludente: «L'intervento del legislatore non esclude – ovviamente – l'altrettanto possibile incisiva azione degli altri soggetti, su tutti il giudice nel caso singolo. È fondamentale però che tale ultimo attore possa agire nell'ambito di principi chiarificati in sede legislativa così almeno arginando il rischio che l'attività conoscitiva del giudice si trasformi in puro esercizio della libertà», B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 315.

²⁷ Come afferma J. GREENE, «A constitution for the modern world asks judges neither to ignore nor to supplant politics, but rather to structure it, to push it, and to police it, giving the people of this country the tools to resolve our own disputes in a way that respects one another's legitimate ends», *How Rights Went Wrong*, cit., p. XXXV.

²⁸ C. GEARTY, *The politics of Abortion*, cit., pp. 452-453, il quale ha inoltre affermato: «The Court in Roe overstepped the mark by appearing to believe that it could – and should – do anything that it thought was just. By selecting to protect a right in a way that appeared flagrantly partisan, it drew unprecedented attention to itself and to its method of constitutional interpretation. This led to a decision by the White House to populate the court with appointees selected on political rather than legal grounds. The change in personnel on the court in recent years demonstrates that in this, as in any other field, there is no substitute for politics».

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMS P., *The Tradition of Reproduction*, in *Arizona Law Review*, 37, 1995, p. 453 ss.
- AHMED A., *Medical Evidence and Expertise in Abortion Jurisprudence*, in *American Journal of Law & Medicine*, 41(1), 2015, p. 85 ss.
- ALEXANDER L., *Did Casey Strike Out? Following and Overruling Constitutional Precedents in the Supreme Court*, in C.J. PETERS (a cura di), *Precedents in the United States Supreme Court*, Springer, 2014.
- AMAR A.R., *The Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1998.
- AMAR A.R., *The Supreme Court, 1999 Term, Foreword: The Document and the Doctrine*, in *Harvard Law Review*, 114, 2000, p. 26 ss.
- ARENDT H., *Vita activa: la condizione umana*, Bompiani, Milano, 2017.
- BALKIN J.M., *Preface*, in J.M. BALKIN (a cura di), *What Roe v. Wade Should have said*, NYU Press, New York-London, 2005.
- BALKIN J.M., *Abortion and Original Meaning*, in *Constitutional Commentary*, 24, 2007, p. 291 ss.
- BARAGGIA A., *La sentenza A. B. and C. v. Ireland sotto la lente dell'ordinamento irlandese: osservazioni a prima lettura*, in *Rivista AIC*, 2, 2011.
- BARNETT R.E., *Restoring The Lost Constitution: The Presumption Of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey, 2004.
- BARNETT R.E., *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, in *University of Cincinnati Law Review*, 75, 2006, p. 7 ss.
- BARNETT R.E., *The Ninth Amendment: It Means What It Says*, in *Texas Law Review*, 85(1), 2006.
- BARNETT R.E., BERNICK E.D., *The Original Meaning of the 14th Amendment. Its Letter and Spirit*, Belknap Press, 2021.
- BARSOZZI V., *Sentenza 29 Giugno 1992; Pres. Rehnquist; Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, in *Foro it.*, vol. 115, 1992, p. 525 ss.
- BARTOLE S., *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. Cost.*, 1975.

- BERGER B., BERGER P.L., *The War over the Family: Capturing the Middle Ground*, Anchor Press, New York, 1993.
- BERGER R., *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1977.
- BICKEL A.M., *The Original Understanding and the Segregation Decision*, in *Harvard Law Review*, 69, 1955, p. 1 ss.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- BINCHY W., *Marital Privacy and family Law: A Reply to Mr. O'Reilly*, in *Studies. An Irish Quarterly Review*, Vol. 66, No. 264, 1977, p. 330 ss.
- BOGNETTI G., *Aborto* (voce), in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, 1991.
- BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino, 2000.
- BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001.
- BOGNETTI G., *Esperienze straniere: la libertà di abortire diritto della donna costituzionalmente garantito*, in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, Giuffrè, Milano, 2015.
- BOLOGNA C., *Il caso Dobbs e la «terza via»*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- BORK R., *The Tempting of America*, Free Press-Collier Macmillan, New York-London, 1990.
- BRUNELLI G., *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*, Jovene, Napoli, 2009.
- BUSATTA L., *Effettività dei diritti e dati scientifici: verso una nuova era dell'abortion rights adjudication negli Stati Uniti*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2016.
- BUSATTA L., *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE online*, 3, 2020, p. 4453 ss.
- BUSTAMANTE T., GONÇALVES FERNANDES B., *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Springer, 2016.
- BYRNE R., BINCHY W., *Annual Review of Irish Law*, Round Hall Press, Dublin, 1992.
- CALABRESI S.G., *The Supreme Court, 1990 Term, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, in *Harvard Law Review*, 105, 1991, p. 80 ss.

- CALABRESI S.G., *Substantive Due Process After Gonzales v. Carhart*, in *Michigan Law Review*, 106, 2008, p. 1517 ss.
- CALABRESI S.G., *The true originalist answer to Roe v. Wade*, in *The Wall Street Journal*, 8 maggio 2022.
- CALABRESI S.G., PERL M.W., *Originalism and Brown v. Board of Education*, in *Michigan Law Review*, 2014, p. 1 ss.
- CALABRESI S.G., BERGHAUSEN M.E., ALBERTSON S., *The Rise and Fall of The Separation of Powers*, in *Northwestern University Law Review*, 106(2), 2012, p. 527 ss.
- CAMERLENGO Q., *Originalism e “living constitutionalism”, tra domanda di Costituzione e principi supremi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- CANEPA A., *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, p. 393 ss.
- CAROZZA P., *Human Dignity in Constitutional Adjudication*, in T. GINSBURG R. DIXON, *Comparative Constitutional Law*, Elgar Publisher, Cheltenham, 2011.
- CARTER SNEAD O., WOLK L., *Irreconcilable Differences? Whole Woman's Health, Gonzales, and Justice Kennedy's Vision of American Abortion Jurisprudence*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 41, 2018, p. 719 ss.
- CARUSO C., *Originalismo e politica della Corte suprema degli Stati Uniti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- CASONATO C., *Introduzione al Biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012.
- CHAPMAN N.S., MCCONNELL M.W., *Due Process As Separation of Powers*, in *Yale Law Review*, 121, 2012, p. 1672 ss.
- CHARLETON P., *Judicial discretion in abortion: the Irish perspective*, in *International Journal of Law and the Family*, 6(3), 1992, p. 349 ss.
- CHEMERINSKY E., *Washington v. Glucksberg Was Tragically Wrong*, in *Michigan Law Review*, 106(8), 2008, p. 1501 ss.
- CHEMERINSKY E., GOODWIN M., *Abortion: a woman's private choice*, in *Texas Law Review*, 95(6), 2017, p. 1189 ss.
- CHESSA O., *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in www.dirittoestoria.it, 12, 2014.
- CHESSA O., *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- CHIEREGATO E., *La Corte Suprema condanna la chiusura delle cliniche abortive: un commento a Whole Woman's Health et al. v. Hellerstedt*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2016.

- CLARKE D., *Abortion and the principle of double effect*, in *Irish Medical times*, 2 aprile 1982.
- COHEN D.S., DONLEY G., REBOUCHÉ R., *The New Abortion Battleground*, in *Columbia Law Review*, 123, forthcoming 2023.
- COLELLA A., *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 gennaio 2011.
- CURTIS M.K., *No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Duke University Press, Durham, 1986.
- D'ALOIA A. (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto e eutanasia*, Napoli, 2011.
- D'ALOIA A., *Giudice e Legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, p. 105 ss.
- D'AMICO M., *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994.
- D'AMICO M., *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- DE LONDRAS F., *Constitutionalizing Fetal Rights: A Salutory Tale from Ireland*, in *Michigan Journal of Gender & Law* 22, 2015, p. 243 ss.
- DE LONDRAS F., *Fatal Foetal Abnormality, Irish Constitutional Law, and Mellet v. Ireland*, in *Medical Law Review*, 24(4), 2016, p. 591 ss.
- DE LONDRAS F., ENRIGHT M., *Repealing the 8th: Reforming Irish Abortion Law*, Policy Press, 2018.
- DE LONDRAS F., GRAHAM L., *Impossible Floodgates and Unworkable Analogies in the Irish Abortion Debate*, in *Irish Journal of Legal Studies*, 3(3) 2013, p. 54 ss.
- DE LONDRAS F., KELLY J.M., *European Convention on Human Rights Act*, Dublin, 2010.
- DELMAS-MARTY M., *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1992.
- DI MARTINO A., *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2022.
- DODSON S. (a cura di) *The Legacy of Ruth Bader Ginsburg* (2nd ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2022.
- DOYLE O., KENNY D., *Constitutional Change and Interest Group Politics: Ireland's Children's Rights Referendum*, in R. ALBERT, X. CONTIADES, A. FOTIADOU, *The Foundations and Traditions of constitutional amendment*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 199 ss.

- DWORKIN R., *The life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, New York, 1994.
- DWORKIN R., *Comment*, in A. SCALIA (autore) e A. GUTMAN (a cura di), *A matter of interpretation: federal courts and the law*, New York, 1997.
- DZEHTSIAROU K., *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2015.
- ENRIGHT M., DE LONDRAS F., "Empty without and empty within": the Unworkability of the Eighth Amendment after Savita Halappanavar and Miss Y., in *www.independent.ie*.
- ENRIGHT M., CONWAY V., DE LONDRAS F., DONNELLY M., FLETCHER R., McDONNELL N., MCGUINNESS S., MURRAY C., RING S., UÍ CHONNACHTAIGH S., *Abortion Law Reform in Ireland: A Model for Change*, in *Feminists Law*, Vol. 5, No 1, 2015.
- ERDMAN J.N., *Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 22 (44), 2014, p. 22 ss.
- ERDMAN J.N., *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*, University of Pennsylvania Press, 2014.
- EPSTEIN R.A., *Substantive Due Process by any other name: the Abortion Case*, in *The Supreme Court Review*, 1973, p. 159 ss.
- ESCOBAR O., *How 99 strangers in a Dublin hotel broke Ireland's abortion deadlock*, in *The Guardian*, 8 marzo 2018.
- FABBRINI F., *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(1), 2011.
- FELDMAN D., *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, 2002.
- FELDMAN N., *Supreme Court 'Originalists' Are Flying a False Flag*, in *Asharq AL-awsat | International and Arab News (aawsat.com)*, 24 July 2022.
- FENWICK D., *The modern abortion jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Medical Law International*, 12(3-4), 2013.
- FINNIS J., *Natural Law & Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011 (2nd ed.).
- FITZPATRICK M., *Rust Corrodes: The First Amendment Implications of Rust v. Sullivan*, in *Stanford Law Review*, Vol. 45, n. 1, 1992.
- FLETCHER T., 'Pro-Life Absolutes', *Feminist Challenges: The Fundamentalist Narrative of Irish Abortion Law 1986-1992*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 36(1), 1998.

- FOLLESDAL A. et al., *Constituting Europe: the European Court of human rights in a national, European and global context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- FOX M., MURPHY T., *Irish Abortion: Seeking Refuge in a Jurisprudence of Doubt and Delegation*, in *Journal of Law and Society*, 19(4), 1992, p. 454 ss.
- GALLAGHER M., ULERI P.V., *The Referendum Experience in Europe*, MacMillan, 1996.
- GARGARELLA R., *The Law As a Conversation among Equals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- GARROW D., *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade*, New York, 1998.
- GARROW D., *Justice Alito's Originalist Triumph*, in *The Wall Street Journal*, 4 maggio 2022.
- GEARTY C., *The Politics of Abortion*, in *Journal of Law and Society*, Vol. 19, n. 4, 1992.
- GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985.
- GINSBURG R.B., *Sex Equality and the Constitution: The State of the Art*, in *Women's Rts. L. Rep.*, 4, 1978, p. 143 ss.
- GINSBURG R.B., *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, 63, 1985, p. 375 ss.
- GINSBURG R.B., *Speaking in a judicial voice*, in *New York law Review*, n. 6, Vol. 67, 1992.
- GINSBURG T., *"The Economy, Stupid": Notes on a Continuing Conversation*, in *Revista Derecho del Estado*, 49, 2021, p. 15 ss.
- GIRGIS S., *Update: Why the Equal-Protection Case for Abortion Rights Rises or Falls with Roe's Rationale*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 17, 2022.
- GIRIC, *Strange bedfellows: anti-abortion and disability rights advocacy*, in *Journal Law Bioscience*, 3(3): 736-742, 2016.
- GIRVIN B., *Social Change and Moral Politics: The Irish Constitutional Referendum 1983*, in *Political Studies*, 34(1), 1986, p. 61 ss.
- GLENDON M.A., *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Harvard, 1987.
- GLENDON M.A., CAROZZA P., PICKER C., *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2016.
- GRABER M., *Rethinking Abortion: Equal Choice, The Constitution, and the Reproductive Politics*, Princeton University Press, 1996.

- GREENE J., *How Rights Went Wrong*, Harper Collins, Boston, 2021.
- GREENHOUSE L., SIEGEL R.B., *Before (and after) Roe v. Wade: new Questions about Backlash*, in *The Yale Law Journal*, 120, 2011, p. 2028 ss.
- GREENHOUSE L., SIEGEL R.B., *Casey and the Clinic Closings: When 'Protecting Health' Obstructs Choice*, in *Yale Law Journal*, 125, 2016, p. 1428 ss.
- GREENHOUSE L., SIEGEL R.B., *The Difference a Whole Woman Makes: Protection for the Abortion Right After Whole Woman's Health*, in *The Yale Law Journal Forum*, 12 October 2016.
- HART ELY J., *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, *The Yale Law Journal*, 82(5), 1973, p. 920 ss.
- HEFFERMANN L., *Stenberg v. Carhart: A Divided US Supreme Court, Debates Partial Birth Abortion*, in *The Modern Law Review*, 64(4), 2001, p. 618 ss.
- HIRSCHL R., *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*: 11(1), 2004, p. 71 ss.
- HIRSCHL R., *Towards Juristocracy. The Origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2007.
- HIRSCHL R., *Comparative Matters, The Renaissance of Comparative Constitutional law*, Oxford, 2014.
- HOGAN G., *Law, Liberty and the Abortion Controversy*, in A. WHELAN (a cura di), *Law and Liberty in Ireland*, Dublin, 1993.
- HOGAN G., *The Right to life and the Abortion Question under the European Convention on Human Rights*, in L. HEFFERNAN (a cura di) *Human Rights: A European Perspective*, Dublin, 1994.
- HUMBER J.M., ALMEDER R.F., *Maher v. Roe*. in J.M. HUMBER, R.F. ALMEDER (a cura di), *Biomedical Ethics and the Law*, Boston, 1979.
- INGSTON J., WHELAN A., BACIK I., *Abortion and the Law*, Dublin, 1997.
- JACOBS G., WHITE R., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006.
- JASANOFF S., *Introduction: Rewriting life, Reframing Rights*, in S. JASANOFF (a cura di), *Reframing Rights. Biocostitutionalism in the genetic age*, Massachusetts, 2011.
- JOHNSEN D., "TRAP"ing Roe in Indiana and a Common-Ground Alternative, *The Yale Law Journal*, 118, 2009, p. 1356 ss.
- KARNEIN, *A theory of the unborn life. From Abortion to Genetic Manipulation*, Oxford, 2012.

- KARST K.L., *Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, *The University of Chicago Law Review*, 91, 1977, p. 57 ss.
- KELLY J.M., *The Irish Constitution*, Dublin, 2003.
- KENNY D., *Opening Statement to the Oireachtas Joint Committee on the Eight Amendment to the Constitution*, www.oireachtas.it, 27 settembre 2017.
- KEOWN J., *Abortion, Doctors and the Law*, Cambridge, 1988.
- KINGSTON J. et al., *Abortion and the Law*, Dublin, 1997
- KLARMAN M., *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, in *Michigan Law Review*, 90, 1991, p. 213 ss.
- KOMMERS D.P., *Autonomy, Dignity and abortion*, in T. GINSBURG, R. DIXON (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Elgar Publisher, Cheltenham, 2011.
- KOZEL R.J., *Original Meaning and the Precedent Fallback*, in *Vanderbilt Law Review*, 68, 2015, p. 105 ss.
- KOZEL R.J., *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- KRAMER L.D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, OUP, 2005.
- LANDAU D., DIXON R., *Dobbs, Democracy & Dysfunction*, FSU College of Law, Public Law Research Paper, 17 August 2022.
- LANE SCHEPPELE K., *Constitutionalizing Abortion*, in M. GITHENS, D. MCBRIDE STETSON (a cura di), *Abortion Politics: Public Policy in Cross-Cultural Perspective*, Routledge, New York, 1996.
- LASH K.T., *Originalism, Popular Sovereignty and Reverse Stare Decisis*, in *Virginia Law Review*, 93, 2007, p. 1437 ss.
- LASH K.T., *The Enumerated-Rights Reading of the Privileges or Immunities Clause: A Response to Barnett and Bernick*, in *Notre Dame Law Review*, 95, 2019, p. 591 ss.
- LAW S., *Rethinking Sex and the Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 132, 1984, p. 955 ss.
- LENTIN R., *A Woman Died: Abortion and the Politics of Birth in Ireland*, in *Feminist Review*, 105, 2016, p. 130 ss.
- LIBERALI B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017.
- LOUGHLIN M., *Against Constitutionalism*, Harvard University Press, Harvard, 2022.
- LOUISELL D.W., *Abortion; The Practice of Medicine and the Due Process of Law*, in *UCLA Law Review*, 16, 1969, p. 233 ss.

- LUCIANI M., *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Jovene, Napoli, 2009, p. 1055 ss.
- LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2014.
- MACINTYRE A., *After Virtue: A study in Moral Theory*, 2 ed., in *Notre Dame Univeristy Press*, 1984.
- MACKINNON C.A., *Reflections on Sex Equality Under Law*, *The Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 1281 ss.
- MANCINI S., *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, CEDAM, Padova, 2012.
- MANCINI S., *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, p. 257 ss.
- MARTINICO G., *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.
- MCCONNELL M.W., *Originalism and the Desegregation Decisions*, in *Virginia Law Review*, 81, 1995, p. 947 ss.
- MCCONNELL M.W., *The Right to Die and the Jurisprudence of Tradition*, in *Utah Law Review*, 1997, p. 665 ss.
- MCCRUDDEN C., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 19(4), 2007.
- MCCRUDDEN C., *Understading Human Dignity*, Oxford, 2014.
- MCGINNIS J., RAPPAPORT M.B., *Reconciling Originalism and Precedent*, in *Northwestern University Law Review*, 103(2), 2009.
- MENA PARRAS F., *La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un 'punto de inflexión' en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 8, 2012.
- MITCHELL J.F., *The Writ-of-Erasure Fallacy*, in *Vanderbilt Law Review*, 104, 2018, p. 933 ss.
- MORRONE A., *Bilanciamento (voce)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano 2008, volume II, tomo II, pp. 185-204.
- MULLALLY S., *Mellet v Ireland: Legal Status of the UN Human Rights Committee's "Views"*, CCJHR Blog, 16 June 2016.
- MURRAY C., *The Protection of Life During Pregnancy Act 2013, Suicide, Dignity and the Irish Discourse on Abortion*, in *Socio-Legal Studies*, 25(6), 2016, p. 667 ss.
- NEGRI T., *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, SugarCo, Carnago, 1992.

- NEUMAN, *Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany*, in *The American Journal of Comparative Law* 43(2), 1995.
- NOLTE, *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005.
- OLSEN F., *Unraveling Compromise*, 103 *The University of Chicago Law Review*, 105, 1989, p. 117 ss.
- O'SULLIVAN C., SCHWEPPE J. SPAIN E., *Article 40.3.3 and the Protection of Life During Pregnancy Bill 2013: The Impetus for, and Process of, Legislative Change*, in *International Journal of Law and Social Sciences*, 3, 2013.
- PAULSEN M.S., *The Worst Constitutional Decision of All Time*, in *Notre Dame Law Review*, 78, 2003, p. 995 ss.
- PEDRINI F., *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- PENASA S., *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 Costituzionale*, 3 aprile 2013.
- PENASA S., *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, p. 1609 ss.
- PERRY M.J., *Constitutional Rights, and the Supreme Court*, Cambridge, 2009.
- PHELAN D.R., *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Dublin, 1997.
- PICHON J., *Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France*, in *German Law Journal*, 17(4), 2004, p. 433 ss.
- PIN A., *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, CEDAM, Padova, 2017.
- PLOMER A., *A Foetal Right to life? The Case Vo v. France*, in *Human Rights Law Review*, 2005.
- POJANOWSKI J., WALSH K.C., *Enduring Originalism*, in *Georgia Law Journal*, 105, 2016, p. 97 ss.
- POSNER R., *Legal Reasoning From the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*, in *The University of Chicago Law Review* 59, 1992, p. 433 ss.
- POST R., SIEGEL R.B., *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, Faculty Scholarship Series, Paper 178, 2004.

- POST R., SIEGEL R.B., *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, in *Yale Law School*, Research Paper 131.
- RANDAZZO B., *Il Giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2011.
- RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012.
- RAZZANO G., *Un'analisi costituzionale può essere fuori dai confini di ogni ragionevole interpretazione delle varie disposizioni costituzionali?*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- REBOUCHÉ, *Comparative pragmatism*, in *Maryland Law Review*, 72(1), 2012.
- REYNOLDS G.H., *Sex, Lies and Jurisprudence: Robert Bork, Griswold and the Philosophy of Original Understanding*, in *The Georgia Law Review*, 24, 1990, p. 1045 ss.
- ROMEO G., *L'argomentazione costituzionale di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2020.
- ROOSEVELT K., *The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions*, Yale University Press, New Haven, 2006.
- ROSEN J., *Dissenting Opinion* di, in J.M. BALKIN (a cura di), *What Roe v. Wade Should have said*, New York, 2005.
- ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago Press, Chicago, 1991.
- ROSENBERG, *Judicial independence and the reality of political power*, in *Review of Politics*, 54: 369-98, 1992.
- RUOTOLO M., *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. il "caso" dell'art. 27 comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2, 2013.
- RYAN F., *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective. Il referendum sul matrimonio in Irlanda: una prospettiva costituzionale*, in *DPCE online* 2, 2015.
- SAWICKI A., *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2, 2022.
- SCALIA A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *The University of Chicago Law Review*, 56, 1989, p. 1175 ss.
- SCALIA A., *A matter of interpretation. Federal Courts and the Laws*, Princeton, 1997.
- SHANNON C.K., *A, B. & C. v. Ireland: 'Europe's Roe v. Wade'?*, in *Lewis & Clark Law Review*, 14(3), 2010, p. 1189 ss.
- SHAPIRO I., *Introduction*, in *Abortion, the Supreme Court Decisions (1965-2007)*, Indianapolis, 2007.

- SHAPIRO M., *The success of judicial review*, in *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Palgrave Macmillan, New York, 1999.
- SIEGEL N.S., SIEGEL R.B., *Struck by Stereotype: Ruth Bader Ginsburg on Pregnancy Discrimination as Sex Discrimination*, in *Duke Law Journal*, 59, 2010, p. 771 ss.
- SIEGEL R.B., *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in *Stanford Law Review*, 44, 1992, p. 261 ss.
- SIEGEL R.B., *Concurring*, in J.M. BALKIN (a cura di), *What Roe v. Wade Should have said*, New York, 2005.
- SIEGEL R.B., *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Woman-Protective Abortion Restrictions*, in *University of Illinois Law Review*, 3, 2007, p. 991 ss.
- SIEGEL R.B., *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, in *Faculty Scholarship Series*, Paper 1134, 2008.
- SIEGEL R.B., *The Constitutionalization of Abortion*, in M. ROSENFELD, A. SAJO (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 1057 ss.
- SIEGEL R.B., *The Constitutionalization of abortion*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN, B.M. DICKENS, *Abortion Law in Transnational Perspective*, University of Pennsylvania Press, 2014.
- SIEGEL R.B., *Why Restrict Abortion? Expanding the Frame on June Medical*, in *2020 Supreme Court Review*, 2021.
- SIEGEL R.B., *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism-and Some Pathways for Resistance*, in *Texas Law Review*, 101, 2023 (forthcoming).
- SOMIN I., *The Supreme Court of the United States: promoting centralization more than state autonomy*, in N. ARONEY, J. KINCAID (a cura di), *Courts in Federal Countries*, University of Toronto Press, 2017.
- SPADARO A., *Sulle tre forme di legittimazione (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato Costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2005.
- SPERTI A., *La Corte Suprema degli Stati Uniti ritorna sul tema dell'aborto*, in *Rivista di Diritto Civile*, 4, 2001.
- SPERTI A., *La Corte Suprema statunitense ed il tema dell'aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso Roe v. Wade?*, in *Foro it.*, vol. n. 7, parte IV, col. 396 ss., 2007.
- SPERTI A., *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso "overruling" di Roe v. Wade*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3, 2022.

- SPIELMAN B., *Rust v Sullivan: Legal issues and ethical concerns*, in *Women's Health Issues*, Vol. 1, Issue 4, 1991.
- STEINER, *The Futility of Family Policy*, Washington D.C., Washington, 1981.
- STONE SWEET A., *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000.
- STRADELLA E., *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.
- STRAUSS D.A., *Discriminatory Intent and the Taming of Brown*, in *The University of Chicago Law Review*, 56, 1989, p. 935 ss., 1989.
- STRAUSS D.A., *The Modernizing Mission of Judicial Review*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, Working Paper No. 271, 2009.
- SUNSTEIN C.R., *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, in *Columbia Law Review*, Vol. 92, n. 1, 1992.
- SUNSTEIN C.R., *One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 2001.
- SUNSTEIN C.R., *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism* (June 24, 2022), Harvard Public Law Working Paper No. 22-14.
- SUTEU S., *Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 38, 2015, p. 251 ss.
- TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- TEGA D., *Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda*, in *Quad. Cost.*, 1, 2011.
- TEUBNER, *Juridification of the Social Spheres*. Walter de Gruyter, Berlin, 1987.
- TIERNEY S., *Constitutional Referendums: The theory and practice of Republican Deliberation*, OUP, 2012.
- TRIBE L., *The Clash of Absolutes*, W.W. Norton Company, New York, 1990.
- TUSHNET M., *What Really Happened in Brown v. Board of Education*, in *Columbia Law Review*, 91, 1991, p. 1867 ss.
- TUSHNET M., *Abortion*, A Harold Steinberg Book, 1996.
- TUSHNET M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, NJ: Princeton University Press, Princeton, 1999.
- TUSHNET M., *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Virginia Journal Of International Law*, 49(4), 2009, p. 985 ss.
- TYMKOVICH T., DOS PASSOS J., CRADDOCK J., *A Workable Substantive Due Process*, in *Notre Dame Law Review*, 95, 2020, p. 1961 ss.

- VALENTINI C., *Originalismo e politica dell'originalismo*, in *www.associazionedei costituzionalisti.it* (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- VANONI L.P., *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2017, p. 833 ss.
- VANONI L.P., *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- VARSAVA N., *Reliance*, in *Harvard Law Review*, Vol. 136, 2023 (Forthcoming), Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1754 (July 1, 2022).
- VIOLINI L., *Bioetica e Laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del XXI secolo*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Padova, 2008.
- VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1986.
- WALDRON J., *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, 1999.
- WALDRON J., *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 115, 2006, p. 6 ss., 2006.
- WALDRON J., *Is Dignity the Foundation of Human Rights?* in *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, No. 12-73, 2013.
- WALSH K.C., *The constitutional law of abortion after Whole Woman's Health – What comes next?*, *Scotusblog*, 28 giugno 2016.
- WEEKS A.B., *The Pregnant Silence: Rust v. Sullivan Abortion Rights and Publicly Funded Speech*, in *North Carolina Law Review*, 70, 1992, p. 1623 ss., 1992.
- WEISBERG D., *Is Dobbs an Instance of Originalism? Yes and No*, in *The Originalism Blog*, 10 agosto 2022.
- WHITTINGTON K., *Constitutional interpretation: textual meaning, original intent, and judicial review*, University Press of Kansas, 1999.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.
- ZANON N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. Cost.*, 4, 2015.
- ZANON N., *Corte Costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017.
- ZANON N., *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* (La Lettera, 07/2022 – Originalismo e Costituzione).
- ZIEGLER M., *The Court once again makes the "undue-burden" test a referendum on the facts*, in *Scotusblog*, 27 giugno 2016.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto pubblico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, pp. XXII-348.
2. ROBERTO GIANOLIO, *Le occupazioni d'urgenza*, 1963, pp. VII-226.
3. VITTORIO ITALIA, *La denominazione nel diritto pubblico*, 1966, pp. XVII-209.
4. VALERIO ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, 1969, pp. IV-892.
5. VITTORIO ITALIA, *Gli statuti nel diritto pubblico*. vol. I, *Potestà e norma statutaria*, 1974, pp. XXVI-430.
6. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Il partito politico nella Costituzione italiana*, 1969.
7. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, 1972, pp. XII-372.
8. RICCARDO VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, 1971, pp. VIII-636.
9. VITTORIO ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, 1970, pp. XVI-366.
10. GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970, ristampa 1974, pp. VIII-224.
11. VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, 1977, pp. XII-257.
12. RICCARDO VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, 1974, pp. VIII-212.
13. GIANFRANCO MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, 1974, pp. VIII-244.
14. ALDO BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, 1974, pp. VIII-404.
15. GUIDO GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, pp. IV-406.
16. CARLO EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, 1977, pp. IV-252.
17. ALDO BARDUSCO, *Lo stato regionale italiano*, 1980, pp. IV-252.
18. RICCARDO VILLATA, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, 1980, pp. IV-176.
19. GUIDO GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1980, pp. IV-256.
20. MARIA LUISA MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, 1982, pp. VIII-168.
21. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, 1983, pp. IV-280.
22. ERMINIO FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, 1986, pp. XVI-276.
23. ENZO BALBONI-FABRIZIO D'ADDABBO-ANTONIO D'ANDREA-GIOVANNI GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova (1985-1987)*, 1988, pp. XVI-236.
24. CARLO ENRICO PALIERO-ALDO TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, pp. XVI-356.
25. MARCO SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, 1991, pp. XII-352.
26. GIOVANNI BOGNETTI, *La cultura giuridica e le facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, 1991, pp. X-198.
27. SERENA MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*, 1991, pp. VIII-156.

28. MARTA CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, 1991, pp. VI-138.
29. GIOVANNI BOGNETTI, *Europa in crisi*, 1991, pp. VIII-184.
30. MARILISA D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, 1993, pp. XIV-182.
31. GIOVANNI BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, 1993, pp. X-206.
32. MARILISA D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, 1994, pp. VIII-286.
33. GABRIELLA MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, 1994, pp. X-106.
34. GIOVANNI BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, 1996, pp. VI-136.
35. LUCA ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, pp. XII-446.
36. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. X-352.
37. MAURIZIO CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, 1996, pp. VIII-360.
38. MARCO BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997, pp. VIII-242.
39. GIOVANNI BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, 1998, pp. XII-182.
40. MARGHERITA RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, 1998, pp. XII-524.
41. *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Atti del Convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di Gianfranco Mor, Stefania Ninatti, Quirino Camerlengo e Giulio Enea Vigevani, 1999, pp. VIII-194.
42. GABRIELLA MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, 1999, pp. X-262.
43. ALESSANDRA CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, 2000, pp. X-198.
44. MARIA ELENA GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, 2000, pp. X-316.
45. LUCA ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, 2000, pp. XII-418.
46. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del Convegno - Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di Nicolò Zanon e Francesca Biondi, introduzione di Gustavo Zagrebelsky, 2001, pp. XVI-302.
47. MIRYAM IACOMETTI, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, 2001, pp. X-518.
48. *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. I e II, 2002, pp. X-1602.
49. *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di Vittorio Angiolini, Lorenza Violini, Nicolò Zanon, 2002, pp. X-488.
50. QUIRINO CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, 2002, pp. XIV-444.
51. GIUSEPPE MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, 2003, pp. XIV-412.
52. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, 2004, pp. X-350.
53. FRANCESCO GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, pp. X-396.
54. STEFANIA NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, 2004, pp. XIV-324.
55. *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Nicolò Zanon e Alessandra Concaro, 2005, pp. VI-424.
56. *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*. Primo Incontro di Studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, con la collaborazione di Quirino Camerlengo, 2005, pp. X-590.
57. *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*. Atti del Convegno internazionale in onore del prof. Valerio Onida - Milano, 15 aprile 2005, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2006, pp. X-192.

58. QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, pp. X-358.
59. MARCO CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 2007, pp. XVI-590.
60. MONICA DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, pp. XIV-306.
61. PAOLO PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, pp. XVI-698.
62. SARA VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, 2008, pp. XXXII-422.
63. LUCA BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, 2008, pp. X-324.
64. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, 2008, pp. XX-456.
65. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti) - How Constitutional Courts make decisions*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2009, pp. VIII-232.
66. GIUSEPPE PERICU, *Scritti scelti*, 2009, pp. VI-956.
67. STEFANO CATALANO, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, 2010, pp. VIII-392.
68. IRENE PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, 2011, pp. XVIII-318.
69. *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, 2011, pp. VIII-504.
70. MONICA DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, 2011, pp. VIII-208.
71. SARA VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, 2012, pp. X-214.
72. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, 2012, pp. VIII-248.
73. FRANCESCA BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, 2012, pp. XIV-232.
74. BARBARA RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2012, pp. X-270.
75. GIUSEPPE ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, 2013, pp. XIV-376.
76. LUCA PIETRO VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, 2013, pp. VIII-318.
77. BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, 2014, pp. X-346.
78. ELISA FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, 2014, pp. XII-412.
79. *Scritti scelti di Giovanni Bogneri*, a cura di Miryam Iacometti, 2015, pp. XXXVI-530.
80. PAOLO PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, con prefazione di Diana-Urania Galetta, 2015, pp. XX-332.
81. *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*. Atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 maggio 2014, a cura di Nicolò Zanon, 2015, pp. XII-202.
82. STEFANIA LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, 2016, pp. X-394.
83. ALESSANDRA OSTI, *Teoria e prassi dell'accesso to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, 2016, pp. X-238.
84. ANNALISA NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, 2016, pp. XLII-450.
85. ANTONIA BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora ...*, 2016, pp. XII-268.

86. SARA VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, 2016, pp. XIII-348.
87. BENEDETTA LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, pp. XVI-772.
88. FILIPPO ROSSI, *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, 2017, pp. X-322.
89. *Il diritto all'acqua*, a cura di Lorenza Violini e Barbara Randazzo, 2017, pp. VI-282.
90. FEDERICO GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, 2018, pp. XVI-304.

Per i tipi di Giappichelli

91. GIADA RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020, pp. X-246.
92. LORENZA VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, 2021, pp. XVIII-286.
93. *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, a cura di Marilisa D'Amico e Cecilia Siccardi, 2021, pp. XXII-234.
94. GIULIA FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, 2021, pp. XIV-434.
95. AA.VV., *Cinquant'anni dopo. L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, 2021, pp. XIV-274.
96. ELISABETTA CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, 2021, pp. X-142.
97. MARCO ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, 2022, pp. XVI-208.
98. BENEDETTA LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, 2022, pp. XXXII-400.
99. *Diritto e valutazioni scientifiche*, a cura di Benedetta Liberali e Lavinia Del Corona, 2022, pp. XXVI-518.
100. LAVINIA DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, 2022, pp. XVI-312.
101. ANTONIA BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Seconda edizione, 2022, pp. X-214.