



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

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