

IL DIRITTO ECCLESIASTICO

© COPYRIGHT BY FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA

Per uso strettamente personale dell'autore. È proibita la riproduzione e la pubblicazione in open access.

For author's personal use only. Any copy or publication in open access is forbidden.

DIREZIONE

CESARE MIRABELLI (Università di Roma Tor Vergata, Italia)
MANLIO MIELE (Università di Padova, Italia)

Direttore responsabile

FABRIZIO SERRA

Comitato scientifico

ALESSANDRO ALBISETTI (Università di Milano, Italia) · ROMEO ASTORRI (Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia) · SALVATORE BERLINGÒ (Università di Messina, Italia) · SALVATORE BORDONALI (Università di Palermo, Italia) · RAFFAELE BOTTA (Consigliere presso la Corte di Cassazione, Italia) · CARLO CARDIA (Università Roma Tre, Italia) · NICOLA COLAIANNI (Università di Bari "Aldo Moro", Italia) · ORAZIO CONDORELLI (Università di Catania, Italia) · RAFFAELE COPPOLA (Università di Bari "Aldo Moro", Italia) · GIORGIO FELICIANI (Facoltà di diritto canonico San Pio X, Venezia, Italia) · ELMAR GUETHOFF (Università di Monaco di Baviera, Deutschland) · IVAN C. IBAN (Universidad Complutense de Madrid, España) · GIAN PIERO MILANO (Promotore di giustizia presso il Tribunale Stato Città del Vaticano, Città del Vaticano) · PAOLO MONETA (Università di Pisa, Italia) · FRANCISCA PÉREZ MADRID (Universidad de Barcelona, España) · ANDREA ZANOTTI (Alma Mater Studiorum, Università di Bologna, Italia)

REDAZIONE

Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria"

Università degli Studi di Milano

Via Festa del Perdono 7, I 20122 Milano

ildirittoecclesiastico@unimi.it

Responsabile di redazione

ALESSANDRO CESERANI (Università di Milano, Italia)

Redazione

SILVIA ANGELETTI (Università di Perugia, Italia) · SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI (Università di Roma Tor Vergata, Italia) · DANIELE FERRARI (Università di Siena, Italia) · FABIO FRANCESCHI (Università di Roma "La Sapienza", Italia) · MICHELE MADONNA (Università di Pavia, Italia) · VINCENZO PACILLO (Università di Modena e Reggio Emilia, Italia) · ALESSANDRO PEREGO (Università di Padova, Italia)

Collaboratori di redazione

EDOARDO PINNA (Università di Padova, Italia)

DARIO SANDONÀ (Università di Padova, Italia)

SILVIO DE GIACINTO (Università di Padova, Italia)

FRANCESCO DEL PRATO (Università di Padova, Italia)

Hanno collaborato a questo numero

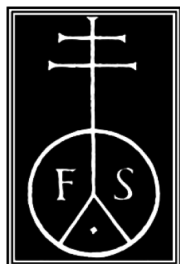
SILVIA ANGELETTI, SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, ELEONORA CECCHERINI, MARIATELLA CERATO, NUNZIATA COMORETTO, GIUSEPPE D'ANGELO, FABIANO DI PRIMA, ILHAMALLAH CHIARA FERRERO, FEDERICA GIARDINI, PAOLO LOBIATI, JULIE LOWE, MICHELE MADONNA, GAETANO MARCACCIO, BENIAMINO PARENZO, MARCO PARISI, RENZO PEGORARO, FEDERICO TERZARIOL

IL DIRITTO ECCLESIASTICO

ANNO CXXXIV · 3 · LUGLIO-SETTEMBRE 2023

RIVISTA TRIMESTRALE DIRETTA DA

CESARE MIRABELLI, MANLIO MIELE



PISA · ROMA

FABRIZIO SERRA · EDITORE

MMXXIII

© COPYRIGHT BY FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA

Per uso strettamente personale dell'autore. È proibita la riproduzione e la pubblicazione in open access.

For author's personal use only. Any copy or publication in open access is forbidden.

<https://ildirittoecclesiastico.libraweb.net>

*

The eContent is Archived with *Clockss* and *Portico*.

ANVUR: A.

*

Amministrazione e abbonamenti

FABRIZIO SERRA EDITORE®

Uffici di Pisa: Via Santa Bibbiana 28, I 56127 Pisa,
tel. +39 050 542332, fax +39 050 574888, fse@libraweb.net

Uffici di Roma: Via Carlo Emanuele I 48, I 00185 Roma,
tel. +39 06 70493456, fax +39 06 70476605, fse.roma@libraweb.net

Abbonamenti

I prezzi ufficiali di abbonamento cartaceo e/o *Online* sono consultabili presso il sito Internet della casa editrice www.libraweb.net

Print and/or Online official subscription rates are available at Publisher's web-site www.libraweb.net

*

Autorizzazione del Tribunale di Pisa n. 14/21 del 3 settembre 2021.

Direttore responsabile: Fabrizio Serra.

*

A norma del codice civile italiano, è vietata la riproduzione, totale o parziale (compresi estratti, ecc.), di questa pubblicazione in qualsiasi forma e versione (comprese bozze, ecc.), originale o derivata, e con qualsiasi mezzo a stampa o internet (compresi siti web personali e istituzionali, academia.edu, ecc.), elettronico, digitale, meccanico, per mezzo di fotocopie, pdf, microfilm, film, scanner o altro, senza il permesso scritto della casa editrice.

Under Italian civil law this publication cannot be reproduced, wholly or in part (including offprints, etc.), in any form (including proofs, etc.), original or derived, or by any means: print, internet (including personal and institutional web sites, academia.edu, etc.), electronic, digital, mechanical, including photocopy, pdf, microfilm, film, scanner or any other medium, without permission in writing from the publisher.

*

Proprietà riservata · *All rights reserved*

© Copyright 2023 by *Fabrizio Serra editore*, Pisa · Roma.

Fabrizio Serra editore incorporates the Imprints *Accademia editoriale*, *Edizioni dell'Ateneo*, *Fabrizio Serra editore*, *Giardini editori e stampatori in Pisa*, *Gruppo editoriale internazionale* and *Istituti editoriali e poligrafici internazionali*.

*

ISSN PRINT 1128-7772

E-ISSN 2035-3545

SOMMARIO

GIURISPRUDENZA

INTERRUZIONE DELLA GRAVIDANZA E LIBERTÀ RELIGIOSA

RENZO PEGORARO, NUNZIATA COMORETTO, <i>La sentenza Dobbs v. Jackson Women's Health Organization della Corte Suprema USA: il mutato orientamento giurisprudenziale statunitense in materia di aborto e le prospettive future</i>	335
JULIE LOWE, <i>A muslim perspective on the abortion debate: agreeing to disagree</i> [con un'introduzione di ILHAMALLAH CHIARA FERRERO]	345
BENIAMINO PARENZO, <i>Le risposte dell'ebraismo americano alla sentenza Dobbs alla luce del diritto ebraico in tema di aborto</i>	351
GIUSEPPE D'ANGELO, <i>L'originalismo costituzionale nella prospettiva del «law and religion». Spunti di riflessione, da e oltre Dobbs</i>	369
FEDERICA GIARDINI, <i>La sentenza Dobbs della Corte Suprema USA del 24 giugno 2022. 'Ucraina' dei diritti fondamentali negli Stati Uniti d'America e requiem for the Supreme Court?</i>	387
MARCO PARISI, <i>Il diritto costituzionale all'aborto nell'interpretazione restrittiva della Corte Suprema degli Stati Uniti</i>	403
ELEONORA CECCHERINI, <i>Dobbs è una pronuncia religious-oriented?</i>	427
CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA – No. 19-1392 – Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et Al., petitioners v. Jackson Women's Health Organization, et Al. [traduzione di FEDERICO TERZARIOL]	445

ENTI ECCLESIASTICI

FABIANO DI PRIMA, <i>Il faticoso tragitto verso l'accreditamento' istituzionale basato sulla L. 1159/1929, tra istanze identitarie, ordine pubblico e prassi amministrativa: i casi paradigmatici della Coreis, dell'Ass. Sikhismo Religione Italia e del Sikh Gurdwara Parbandhak Committee Italy</i>	561
CONSIGLIO DI STATO – Sez. I – Adunanza 20 ottobre 2021 – Parere n. 1685/2021 (Affare n. 456/2019)	596
CONSIGLIO DI STATO – Sez. I – Adunanza 9 marzo 2022 – Parere n. 760/2022 (Affare n. 1510/2021)	596
SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, <i>Note sui controversi rapporti tra giudice italiano e Università pontificie</i>	597
CORTE DI CASSAZIONE – Sez. Un. – 19 aprile 2022, n. 12442 – Pres. D'Ascola, Rel. Marotta – D.J.R.d.S.J.P., Pontificia Università Lateranense	623

LIBERTÀ RELIGIOSA

SILVIA ANGELETTI, <i>Libertà religiosa dei minori, diritti educativi dei genitori e vita familiare: recenti sviluppi nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani</i>	633
---	-----

- GAETANO MARCACCIO, *Le nuove forme di turbamento della funzione religiosa. La strumentalizzazione del rito come condotta penalmente rilevante: pregi, difetti e prospettive* 653

MATERNITÀ SURROGATA

- MARISTELLA CERATO, *Status e tutela per i minori nati da maternità surrogata. Riflessioni dopo Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162* 663
- CORTE DI CASSAZIONE – Sez. Un. – 30 dicembre 2022, n. 38162 – Pres. Curzio, Rel. Giusti – Ministero dell’Interno, Sindaco del Comune di Verona, A.A., B.B., Procuratore Generale presso la Corte d’appello di Venezia 672

MATRIMONIO

- PAOLO LOBIATI, *Condotte suicidarie e libertà interna nel consenso matrimoniale. Rassegna giurisprudenziale canonistica* 673
- CORTE DI CASSAZIONE – Sez. I – 1^o giugno 2022, n. 17910 (ord.) – Pres. Genovese, Rel. Terrusi – G.B., F.G. [con richiami di MICHELE MADONNA] 701

LA SENTENZA DOBBS
DELLA CORTE SUPREMA USA
DEL 24 GIUGNO 2022.
'UCRAINA' DEI DIRITTI FONDAMENTALI
NEGLI STATI UNITI D'AMERICA
E REQUIEM FOR THE SUPREME COURT?

FEDERICA GIARDINI

ABSTRACT · *The Dobbs judgment of the US Supreme Court of 24 June 2022. 'Ukraine' of fundamental rights in the United States of America and requiem for the Supreme Court?* · The paper analyzes the Dobbs judgment of 2022 on the right to abortion of the US Supreme Court, both in its contents and in its consequences in terms of recognition of the fundamental rights of the person in the United States of America. By observing the ways in which the us legal system has evolved in recent decades, including in the field of abortion rights, the paper takes into consideration the technical reasons that allowed the overruling of *Roe v. Wade*. It also analyzes the position of the European Union, expressed by the European Parliament, on the issue. Finally, the possible repercussions of the Dobbs sentence are foreseen with regard to the legal treatment of the right to abortion, and with regard, more broadly, to the protection of the fundamental rights of the person in the United States system.

KEYWORDS · Dobbs Judgment, Supreme Court of the United States, Right to Abortion, Constitutional Right, Overruling, *Roe v. Wade*, Right of Personal Privacy, Casey Judgment, Undue Burden, U.S. Constitution, Fourteenth Amendment, American History, American Tradition, Ordered Liberty, Rule of Law, Policy, American Law, Legal Protection, Unenumerated Rights, Fundamental Rights, Bill of Rights, Potential Life.

SOMMARIO · 1. Introduzione. 2. I contenuti della sentenza della Corte Suprema *Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, del 24 giugno 2022. 3. Il percorso storico-giudiziario, che ha condotto alla sentenza. *L'overruling di Roe v. Wade* ad opera della sentenza *Dobbs*. 4. Lo stato dell'arte in materia di rapporto tra *policy* e *rule of law* negli Stati Uniti d'America prima della sentenza *Dobbs*: prevedibilità di *Dobbs*? 5. La posizione dell'Unione Europea sulla sentenza *Dobbs* e sul diritto all'aborto. In particolare la *Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne nell'UE (2022/2742(RSP)- P9_TA(2022)0302*. 6. Conclusioni: le conseguenze della sentenza *Dobbs* con riguardo al diritto all'aborto negli Stati Uniti d'America e con riguardo al godimento di altri diritti fondamentali.

federica.giardini@unipd.it, Ordinario di Diritto privato comparato e di Diritto privato dell'Unione Europea, Università degli Studi di Padova, Italia.

1.

LA recente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America del 24 giugno 2022 nel caso *Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, coinvolge, in termini di sue implicazioni, le radici più profonde del costituzionalismo statunitense ed in egual modo i presupposti alla base dei diritti fondamentali della persona. Si tratta di una pronuncia di portata storica, non solo per il sistema statunitense, ma anche, in modo indiretto, per l'evoluzione che i sistemi giuridici occidentali subiscono in funzione della circolazione, tra loro, di principi e modelli. In questa logica si spiegano le reazioni politiche ai massimi livelli che l'annuncio dei contenuti della sentenza della Corte Suprema ha sortito ovunque. Non si rinvengono precedenti, in questo senso. E la giustificazione di tali reazioni, da parte dei Presidenti non solo degli Stati Uniti d'America, ma anche di nazioni di tutto il mondo, in particolare di nazioni europee come la Francia o la Grecia, ma anche – come vedremo – del Parlamento dell'Unione Europea, sono la dimostrazione, da un lato – e sotto il profilo strettamente tecnico – della portata di *Dobbs* in termini di potenziale circolazione di principi e modelli in essa contenuti, ma anche della valenza non esclusivamente giuridica di tale decisione. E infatti l'impatto mediatico che la pronuncia ha sortito a livello mondiale non è ancora sopito ed è certamente giustificato da una pluralità di ragioni, che non si limitano a quelle che possono essere oggetto di una riflessione strettamente giuridica.

Per quanto attiene allo scopo di queste osservazioni, in esse considereremo fattori che potremmo sinteticamente descrivere come elementi di ordine fattuale – fattori che attengono cioè al tema, in senso ampio, dell'aborto e del suo rapporto con i diritti fondamentali della persona – e fattori di ordine più strettamente tecnico-giuridico, che coinvolgono cioè la portata della pronuncia della Corte persino in termini di relazione tra essa ed il ruolo che la medesima Corte Suprema ha svolto nel corso del tempo e quello che essa è ancor oggi chiamata a svolgere nel sistema statunitense anche in rapporto, specificamente, al sistema di tutela dei diritti fondamentali della persona. Nelle osservazioni che seguono ci occuperemo essenzialmente di temi che i sistemi giuridici civilistici e la mentalità giuridica di cui essi sono espressione riconducono più strettamente ad una visione c.d. 'privatistica' delle statuizioni di *Dobbs*, ma anche delle implicazioni e delle conseguenze della sentenza. *Dobbs*, tuttavia, è molto più di questo. È una pronuncia che coinvolge, come già si anticipava, il ruolo stesso della Corte Suprema nell'ambito del sistema giuridico in cui essa ha origine – e in questo ambito molto vi sarebbe da dire anche sulle modalità con le quali i contenuti di *Dobbs* sono stati di fatto anticipati qualche tempo prima della sua pubblicazione ufficiale¹ – ma più in generale la pronuncia pare spingersi fino a coinvolgere anche lo stesso fondamento del federalismo statunitense, il rapporto tra i poteri dello Stato federale e quello degli Stati nazionali, la relazione tra potere politico e potere giudiziario, il ruolo del giudice e quello del legislatore, il principio della separazione dei poteri e quello democratico, nonché, in modo generale, i criteri che debbono presiedere ad una corretta ermeneutica giuridica e molto altro ancora. Temi, alcuni di questi ultimi, che nella medesima visione di cui

¹ Il riferimento è al progetto iniziale di parere di maggioranza della Corte Suprema degli Stati Uniti n. 19-13921 redatto dal giudice Samuel Alito su *Thomas E. Dobbs, responsabile della sanità statale del dipartimento della sanità del Mississippi, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, del febbraio 2022 e trapelato alla stampa già nel maggio 2022.

sopra, atterrebbero anche a quella che in termini civilistici viene descritta come la prospettiva pubblicistica delle questioni. Sta di fatto che, al di là delle categorie e delle distinzioni, più o meno condivisibili per il comparatista, *Dobbs* scuote dal più profondo il sistema statunitense e le sue conseguenze attuali e future sembrano in grado persino di mettere in discussione a livello internazionale anche ruolo preminente, riconosciuto a livello globale agli Stati Uniti d'America, di sistema simbolo nella tutela dei diritti.

2.

La legge impugnata dinnanzi alla Corte Suprema e che dà origine alla sentenza *Dobbs* è il *Gestational Age Act* dello Stato del Mississippi,² legge che generalmente proibisce l'aborto dopo la quindicesima settimana di gravidanza, diverse settimane prima, cioè, della fase in cui un feto è oggi considerato 'vitale' al di fuori dell'utero. Nel difendere questa legge, l'argomento principale dello Stato del Mississippi è che la Corte debba effettuare un *overruling* di *Roe* e *Casey*, cioè delle sentenze che – come vedremo – hanno fatto la storia del diritto all'aborto negli Stati Uniti d'America. Dall'altro lato, i resistenti e l'Avvocatura di Stato chiedono di confermare le precedenti sentenze della Corte, cioè in particolare *Roe* del 1973³ e *Casey* del 1992⁴ e sostengono che la legge del Mississippi sia incostituzionale. Consentire al Mississippi di vietare gli aborti dopo 15 settimane di gravidanza, sostengono, «non sarebbe diverso dall'annullamento totale di *Casey* e *Roe*». Non esisterebbero mezze misure: i Giudici della Corte Suprema devono cioè necessariamente convalidare o annullare i precedenti *Roe* e *Casey*.

In *Dobbs* la Corte Suprema degli Stati Uniti afferma che *Roe v. Wade* è stata una sentenza errata fin dalla sua emanazione, poiché l'aborto non è un diritto che possa dirsi radicato nella storia e nella tradizione americana e che possa essere ricondotto alla nozione di libertà di cui al XIV Emendamento alla Costituzione statunitense. La Corte sottolinea oggi che la decisione presa nel 1973 nel caso *Roe* era manifestamente erranea fin dall'inizio, che il ragionamento seguito in essa era eccezionalmente debole e che la decisione ha avuto conseguenze dannose negli interi Stati Uniti. Le affermazioni della Corte in *Dobbs* non si limitano a questo.

La sentenza *Roe* – si afferma – è infatti non solo manifestamente errata, ma secondo *Dobbs* essa rappresenta un vero e proprio abuso di potere giudiziale. Viene quindi annullata perché nel testo della Costituzione americana e nei suoi Emendamenti non sono menzionati né il diritto all'aborto, né quello alla privacy (che in *Roe* costituisce il fondamento del primo). Viene annullata perché sia il diritto all'aborto, sia quello alla privacy, che ne costituisce il fondamento, sono entrambi diritti – in *Roe* – ricostruiti in modo razionalmente non corretto e dunque non convincente rispetto non solo alla Costituzione statunitense ed ai suoi Emendamenti ma anche al diritto inteso come *American law* e *common law*, nonché alla storia e alla tradizione americana, e alla nozione di *ordered liberty* (libertà ordinata).

E lungi dal portare ad una soluzione nazionale della questione dell'aborto, le sentenze *Roe* e *Casey* hanno infiammato il dibattito e approfondito la divisione. Il diritto all'aborto non è un diritto fondamentale e non è un diritto costituzionale.

Dobbs sancisce quindi in modo esplicito che oggi il diritto all'aborto negli Stati Uniti d'America ha perso i caratteri non solo della costituzionalità – intesa come riconosci-

² Miss. Code Ann. §41-41-191 (2018).

³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113.

⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US 833 (1992).

mento del diritto che affonda le proprie radici nel dettato costituzionale americano e dunque di diritto tutelato a livello federale in tutti gli Stati in egual modo e misura – ma anche la sua natura di diritto fondamentale, di cui è titolare la donna in via esclusiva.

In realtà, come vedremo, la perdita di quest'ultima caratteristica – quella di essere un diritto fondamentale – può essere forse già fatta risalire al caso *Casey* del 1992,⁵ ma oggi *Dobbs* lo sancisce in modo inequivoco.

Sempre secondo *Dobbs*, la Costituzione statunitense non vieta ai cittadini di ogni Stato nazionale di regolamentare o vietare l'aborto. Le sentenze *Roe* e *Casey* si sono arrogate tale autorità. La Corte oggi annulla queste decisioni e di fatto restituisce ai singoli Stati la competenza a legiferare in materia di aborto. Nell'affrontare il concetto dell'*ordered liberty*, che definisce i confini tra interessi concorrenti, in *Dobbs* la Corte suprema riconosce che *Roe* e *Casey* hanno cercato di stabilire un bilanciamento tra di essi, ma al tempo stesso afferma che oggi il popolo dei vari Stati nazionali potrebbe invece valutare tale bilanciamento e tali interessi in modo diverso da quanto allora è stato fatto dalla Corte Suprema (p. 31). In questo senso la Corte traduce il tema del diritto all'aborto in un tema di competenza. Non essendoci nella Costituzione statunitense un riconoscimento di tale diritto, la competenza ad emanare leggi sull'aborto è una competenza statale, cioè competenza dei singoli Stati.

In realtà dal punto di vista tecnico questo *modus operandi* è solo apparentemente 'neutro'. La neutralità dell'argomento è apparentemente dovuta alla circostanza che far tornare ai singoli Stati la competenza legislativa in materia di aborto null'altro parrebbe che un'attuazione dei principi generali che vogliono la competenza statale dei singoli Stati essere la regola generale e quella federale, espressamente prevista, essere invece una deroga alla prima e dunque (in qualche modo) un'eccezione. Il tema invece è molto più profondo ed è tema che, dal punto di vista pubblicistico parrebbe giustificare una definizione di *Dobbs* come di una sentenza sul potere. Sui rapporti tra potere giudiziario e potere politico. Siamo infatti in un sistema di *common law*, nel quale l'abdicazione da parte del massimo organo del potere giudiziario a creare (o a modificare) la *rule of law*, specie in materie di questa rilevanza, demandando il tutto alla competenza dei legislatori nazionali, significa mettere in discussione la stessa *doctrine* dello *stare decisis* ed il rapporto tra potere giudiziario e potere politico-legislativo.

Ma gli aspetti di rilevanza di *Dobbs* si spingono oltre, e spaziano nel sistema fino a raggiungerne le radici tecniche più profonde. La sentenza pretende infatti di riscrivere gli argomenti sulla base dei quali in passato la stessa Corte Suprema ha riconosciuto i cosiddetti nuovi diritti, quelli cioè non espressamente riconosciuti dalla carta costituzionale o dai suoi emendamenti, i c.d. *unenumerated rights*.

Quest'ultimo tema in realtà, pur essendo di importanza essenziale, a livello dottrinale statunitense non è mai stato oggetto di adeguati approfondimenti, né la stessa Corte Suprema ha espresso, nel corso degli anni, orientamenti decisivi, che potessero in qualche modo precludere ciò che oggi *Dobbs* ritiene di poter affermare in modo certo. Con la celebre sentenza *Obergefell* del 2015⁶ – quella che riconosce il diritto federale al matrimonio omosessuale – è vero, l'orientamento prevalente della Corte si era espresso nel senso di non considerare la storia e la tradizione quali elementi determinanti per il riconoscimento di nuovi diritti. In *Dobbs*, al contrario, ed in base ad un orientamento di pensiero peraltro già presente nella giurisprudenza della Corte, affinché un nuovo

⁵ Cfr. *infra*, pp. 5 ss.

⁶ *Obergefell et. Al v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* 576 U.S. ____ (2015).

diritto possa essere riconosciuto, sono *conditiones sine qua non* quelle che esso affondi le radici nella storia e nella tradizione americana e quella che possa essere ricondotto alla nozione di libertà di cui al xiv Emendamento.

In realtà questo criterio alla base del riconoscimento dei nuovi diritti, fa un utilizzo del tutto strumentale ed errato del dato storico sul quale esso pretende di basarsi, ed è criterio – a differenza di quanto affermato in *Dobbs* – nient'affatto univoco e invece palesemente sconfessato in altre celebri sentenze della medesima Corte Suprema.

Nel 2015, nella sentenza *Obergefell*, ad esempio, il medesimo criterio non solo non è seguito – come visto – dalla Corte, ma viene posto esso stesso alla base della *dissenting opinion* redatta dal Giudice conservatore Alito a tale storica sentenza sul *same sex marriage*. Oggi, quindi, il dato storico e la tradizione americana, se invocati a presupposto per il riconoscimento di nuovi diritti, come accade in *Dobbs*, sembrano assumere una valenza del tutto strumentale e non condivisibile, in primo luogo perché in palese contrasto con quanto accaduto sinora anche all'interno della stessa giurisprudenza della Corte, nel cui ambito, una predisposizione unanime verso un siffatto criterio alla base del riconoscimento dei nuovi diritti non esiste. *Dobbs*, in sintesi, dà per acquisito ciò che in realtà non è mai stato né acquisito, né unanimemente condiviso. E significativo, in questa prospettiva, è anche il fatto che estensore della sentenza *Dobbs* sia lo stesso Giudice Alito che nel 2015 redige la *dissenting opinion* nella sentenza *Obergefell*.

Ma la strumentalità nell'utilizzo dell'argomento storico ad opera di *Dobbs* emerge in modo palese anche ove si voglia seguire il ragionamento stesso della Corte, la quale, per dimostrare che il diritto all'aborto non affonda le radici, per l'appunto, nella storia e nella tradizione americana, richiama una serie di leggi e di provvedimenti del passato che punivano l'aborto o che lo impedivano in vario modo o misura nel periodo in cui il xiv Emendamento venne approvato. Volendo seguire questo stesso ragionamento in modo rigoroso, e a tacer d'altro esso, esso condurrebbe per assurdo a poter interpretare oggi il principio di uguaglianza, sancito per l'appunto, dal medesimo xiv Emendamento, in base alle leggi vigenti nell'epoca in cui esso è stato approvato. E il 1868 è periodo in cui negli Stati Uniti esiste ancora, ad esempio, la segregazione razziale.

Non intendiamo entrare in alcun modo, in questa sede, nel tema legato al c.d. originalismo costituzionale di *Dobbs*. Ci limitiamo ad osservare che già con le affermazioni svolte, sopra ricordate, la Corte giunge di fatto a negare la stessa interpretazione evolutiva del testo costituzionale. E secondo tale impostazione, a rigore, o quindi i singoli diritti sono espressamente riconosciuti in Costituzione, oppure non sarebbero ammissibili riconoscimenti di diritti al di fuori del testo esplicito. Ma a tacer d'altro, questo contrasta con quanto sovente accade nei testi costituzionali di tutto il mondo, i quali, proprio per la loro natura e funzione, si esprimono in termini di norme di principio, più che non di norme di dettaglio. E la stessa Costituzione statunitense non fa eccezione, in questo.

3.

Dal momento che la sentenza *Dobbs* effettua, come visto, uno storico *overruling* di *Roe v. Wade*, cioè del precedente giudiziario della medesima Corte Suprema, sul quale, a partire dal 1973, era basato, negli Stati Uniti d'America, il riconoscimento del diritto all'aborto come diritto costituzionale e fondamentale, riconosciuto a livello federale, è interessante valutare se vi fossero – ed eventualmente, in caso positivo, quali fossero – i segnali che l'ordinamento statunitense già esprimeva, nel corso degli anni, verso un possibile superamento di *Roe v. Wade*.

In realtà il percorso giuridico interpretativo che conduce all'*overruling* di *Roe v. Wade* non inizia oggi, bensì diversi decenni fa, forse proprio con la medesima sentenza *Roe*. Lo storico precedente del 1973, si colloca infatti nell'ambito di un progressivo percorso della Corte Suprema statunitense, a cavallo tra la fine degli anni '60 e gli anni '70 del secolo scorso, in forza del quale la giurisprudenza costituzionale della Corte giunge al riconoscimento di alcuni diritti fondamentali della persona, attraverso la riconduzione di essi ad un diritto alla *privacy*, inteso nella sua accezione di diritto all'autodeterminazione dell'individuo, in relazione alle scelte fondamentali della propria vita. In questo preciso ambito, anche il diritto all'aborto viene ricondotto in *Roe*, in sostanza, per l'appunto, al diritto alla *privacy* della donna. Il diritto all'aborto, cioè, ancorché non esplicitamente protetto dalla Costituzione americana, è espressione del diritto alla *privacy*, anch'esso peraltro non espressamente incluso nella Costituzione, ma ricavabile tanto dal Quattordicesimo Emendamento quanto, come argomentato anche dai giudici di prima istanza pronunciatisi sul caso, dal IX emendamento:

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 (par. 77).

Ma questa stessa riconduzione in termini di *privacy* inizia a suscitare perplessità già dal suo primo affacciarsi. Tra i più illustri costituzionalisti statunitensi già nello stesso anno si osserva che la Corte in *Roe* non abbia in realtà ben delineato il confine tra il diritto all'aborto come espressione della *privacy* della donna, inteso quindi come manifestazione della propria autodeterminazione e il potere dello Stato di regolamentare la materia abortiva.⁷

Ancora, in una seppur parziale diversa prospettiva, e sotto un profilo sempre di ordine tecnico, la debolezza di *Roe* pare evidenziarsi – forse proprio prima di ogni altra connotazione – nell'assenza di focalizzazione del tema abortivo in termini di necessaria applicazione del principio di eguaglianza e di quello di non discriminazione verso la donna, atteso che l'aborto si pone in stretta ed imprescindibile connessione con l'integrità del corpo femminile e con gli atti di disposizione sul corpo della donna.⁸

La successiva sentenza della Corte Suprema statunitense in materia di aborto, la sentenza *Casey* del 1992, in parte non solo già supera i dettami di *Roe*, facendone quella che in gergo tecnico viene denominato un *overruling* parziale ma, di fatto, pone già all'epoca i presupposti affinché *Roe v. Wade* possa venire, successivamente, radicalmente superata, come in effetti è avvenuto oggi con la sentenza *Dobbs*.

Come il caso *Casey* abbia già nel 1992 di fatto aperto la strada verso il possibile superamento totale di *Roe*, è presto detto. In sintesi, attraverso un mantenimento del diritto all'aborto nell'alveo della sua riconduzione a quel diritto alla *privacy*, intesa come autodeterminazione della persona in relazione alle scelte fondamentali della vita, a cui *Roe v. Wade* l'ha ricondotto già nel 1973, la sentenza *Casey* fa salvo il potere degli Stati di disciplinare la materia abortiva. Essi sono comunque tenuti a rispettare il diritto ad

⁷ LAWRENCE H. TRIBE, *Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, 87 Harv. L. Rev. 1 (1973-1974).

⁸ Era questa, in sintesi, su *Roe v. Wade* anche l'opinione di Ruth Baden Ginsburg, più volte da lei espressa, prima e dopo la sua entrata come Giudice della Corte Suprema, e più di recente anche nel 2013, in occasione di una prolusione tenuta alla *Chicago Law School* in occasione del quarantesimo anniversario della sentenza *Roe v. Wade*.

abortire quando l'aborto stesso sia necessario per salvare la salute e la vita della donna, ed a dettare una disciplina di necessario bilanciamento e contemperamento tra i diritti della donna e gli interessi del nascituro. Per *Casey* il diritto all'aborto è un aspetto della 'libertà' protetta dalla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento.

Allo stesso tempo *Casey* introduce il c.d. *undue burden test*,⁹ in forza del quale le limitazioni (a livello statale e/o federale), che possano essere introdotte al diritto all'aborto, restano limitazioni conformi a costituzione, allorquando esse non comportino un peso eccessivo, per la donna, all'esercizio del diritto di abortire. È particolarmente importante sottolineare l'introduzione di esso per comprendere anche gli scenari aperti oggi dal caso *Dobbs*. È infatti, forse proprio attraverso l'introduzione di questo test, da parte della sentenza *Casey*, che si giunge non solo all'apertura successiva verso un completo superamento di *Roe v. Wade*, ma più in generale, si apre la strada verso quella che forse potrà definirsi una nuova era di rapporti tra diritto federale e diritto statale in materia di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali negli Stati Uniti d'America; una nuova era consacrata oggi – in modo chiaramente involutivo – dalla sentenza *Dobbs*.

È infatti proprio già nella presenza dell'*undue burden test* di *Casey*, che si ritrova in modo metaforico il 'virus' iniettato dalla Corte Suprema nel sistema statunitense di protezione dei diritti, e successivamente oggi formalizzato in *Dobbs*.

Invero, *Roe v. Wade* aveva consacrato il diritto all'aborto tra i diritti fondamentali e costituzionali, riconosciuti dal sistema federale statunitense. Consentire in linea di principio – come l'introduzione dell'*undue burden test* in concreto consente – che le limitazioni di legge (federali o statali, che siano) ad un diritto fondamentale riconosciuto a livello costituzionale possano ritenersi limitazioni costituzionali allorquando esse non si risolvano in un peso eccessivo all'esercizio di tali diritti – come di fatto *Casey* ammette per il diritto all'aborto – significa degradare il diritto all'aborto nell'ambito della scala di qualificazione e tutela dei diritti individuali, poiché esso sembra perdere già nel 1992 la natura di diritto fondamentale.¹⁰ Significa anche – in via più generale – iniziare ad intaccare in modo irreversibile il sistema di protezione dei diritti fondamentali della persona umana, riconosciuti come diritti costituzionali, e questo attraverso la messa in discussione dello *strict scrutiny* di costituzionalità, che fino ad allora, fino cioè al caso *Casey*, è il vaglio rigoroso che ogni legge deve superare ove sia una legge anche solo potenzialmente limitante tali diritti. Ecco, quindi, perché già dal 1992 l'asticella posta dalla giurisprudenza della Corte Suprema a presidio del generale livello di protezione dei diritti – non solo del diritto all'aborto – può dirsi essere stata notevolmente abbassata. Ecco anche la spiegazione più corretta attribuibile alle espressioni utilizzate dal giudice Scalia, quando egli afferma che già la sentenza *Casey* ha reso più facile porre limiti all'aborto.

4.

La materia abortiva è da sempre tra le materie più discusse e divisive, non solo negli Stati Uniti d'America ed è materia che, in quanto tale, viene fatta propria dalla politica e dai movimenti a sostegno dell'una o dell'altra tesi – pro o contro l'aborto – in modo

⁹ Sul punto anche LAUREN PAULK, *What is an "Undue Burden"? The Casey Standard as Applied to Informed Consent Provisions*, «UCLA Women's Law Journal», 2013.

¹⁰ Su questo tema si apre in realtà già dal 1992, con *Casey* per l'appunto, un dibattito dottrinale oggi sopito con *Dobbs*, che nelle sue conclusioni sancisce, come visto, che il diritto all'aborto non è un diritto fondamentale e non è un diritto costituzionale.

assoluto e quasi indiscutibile. In forza di questo anche lo stato dell'arte ed il dibattito interno agli Stati Uniti risentono quindi da un lato delle diverse amministrazioni presidenziali a guida democratica o invece repubblicana, che si alternano alla Casa Bianca nel corso degli anni, dall'altro della strategia che i movimenti *pro-life* riescono a mettere in campo in diversi ambiti.

Ma negli Stati Uniti, al pari peraltro di quanto è accaduto in tema di introduzione del matrimonio omosessuale prima della sentenza *Obergefell* del 2015, gli attori della vicenda politica e di quella giuridica intorno all'aborto, in qualche modo coincidono e sovrappongono a fasi alterne le loro azioni, dando origine metaforicamente ad un dibattito acceso e mai sopito anche tra quelli che sono i più significativi contraddittori istituzionali: i singoli Stati, il Congresso federale, la Presidenza degli Stati Uniti e la stessa Corte Suprema. Così, ad esempio, al pari di quanto accaduto in difesa del matrimonio considerato 'tradizionale', cioè di quello tra persone eterosessuali, che porta il Congresso federale sotto l'amministrazione Clinton già nel 1996 alla emanazione del *D.O.M.A. (Defence of Marriage Act)*, successivamente dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema solo nel 2013,¹¹ in materia di aborto il medesimo governo federale sotto la presidenza Bush spinge il Congresso ad approvare il *Partial-Birth Abortion Ban Act* del 2003.¹² Con tale normativa il Congresso non solo interviene nella materia abortiva, vietando una particolare pratica, attuata nel secondo trimestre di gravidanza e prevenendo che neppure la vita e la salute della donna possano fungere da eccezioni al divieto di essa, istituito a livello federale, ma crea un ulteriore tassello di rilevanza estrema per quello che oggi è stato l'*overruling* di *Roe v. Wade* ad opera di *Dobbs*. Infatti, la sorte di tale normativa federale, è profondamente diversa da quella del *D.O.M.A.*, poiché essa resiste al vaglio della Corte Suprema, che nel 2007 ne riconosce la costituzionalità con la sentenza *Gonzales v. Cahart*.¹³ E proprio in seguito alla sentenza *Gonzales*, neppure la limitazione costituita dal pericolo di vita e dalla salute della donna sono più invocabili come presupposti di incostituzionalità di una legge che limiti l'aborto.

Invero, la Corte Suprema e la nomina presidenziale e vitalizia dei Giudici che la compongono, diventano gradatamente oggetto e parte stessa di questa evoluzione e per alcuni attori di essa, possono apparire come parte di una vera e propria strategia. La Presidenza Obama riesce infatti, come noto, a nominare i Giudici progressisti Sotomayor e Kagan, mentre quella Trump nomina i conservatori Gorsuch, Kavanaugh e Coney Barret. In questa stessa logica una riflessione *ex post* può forse essere fatta anche sulla circostanza che il Giudice Ruth Bader Ginsburg, celeberrima paladina e simbolo in tutto il mondo della *western law tradition* dei diritti delle donne, nonché grande sostenitrice, tra l'altro, dell'autodeterminazione della persona e della donna in particolare, non abbia forse compreso fino in fondo come si sarebbe potuto tentare di contrastare ciò che stava con tutta evidenza accadendo nel sistema statunitense e non abbia quindi rassegnato le proprie dimissioni in un'epoca tale da consentire alla Presidenza Obama (e non a quella Trump, come invece è accaduto), di nominare il suo successore alla Corte Suprema. Il tema delle nomine di stampo conservatore alla Corte Suprema e dunque dell'attuale composizione della Corte che ha prodotto la sentenza *Dobbs*, è tema che parte dalle nomine fatte già dai Presidenti George W. Bush padre e figlio, prima ancora che Trump. L'incidenza di Trump può forse essere vista più in prospettiva futura. Egli

¹¹ La sentenza è la celebre *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013).

¹² <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/3>; https://www.law.cornell.edu/wex/partial-birth-abortion_ban_act_of_2003.

¹³ 127 S.Ct. 1610 (2007).

ha infatti nominato ad una carica vitalizia, come quella di Giudice della Corte Suprema statunitense, figure giovani e in grado, dunque, di incidere per i prossimi decenni sugli orientamenti della Corte stessa.

In verità, tuttavia, il tema delle nomine presidenziali alla Corte Suprema è un tema sì saliente, ma non certo esaustivo ai fini di una corretta comprensione del fenomeno che da anni presiede al rapporto tra *rule of law* e *policy* negli Stati Uniti d'America, specie per quanto attiene alle modalità di evoluzione del sistema statunitense negli ultimi decenni.

Limitare l'osservazione del rapporto tra regola giuridica e *policy* alla base della regola alla osservazione della giurisprudenza costituzionale americana, significa infatti, a mio avviso, non solo accogliere una prospettiva limitata di indagine, ma forse persino non comprendere fino in fondo quanto *Dobbs* fosse in qualche modo prevedibile, nei principi che ne costituiscono il fondamento teorico (quasi persino teoretico). Sono principi che informano di sé non solo la tradizione giuridica di Stati tradizionalmente conservatori, ma anche la giurisprudenza statale e federale, specie in materie di carattere tecnico giuridico con valenza religiosa e con impatto legato ai temi bioetici e di coscienza, che negli ultimi anni sono state oggetto di crescente attenzione da parte delle Corti. È in particolar modo anche in quest'ultimo ambito, ad esempio, che il sistema delle nomine dei Giudici federali da parte delle amministrazioni presidenziali sembra assurgere ad elemento altrettanto saliente rispetto a quello dei Giudice della Corte Suprema. Il tema è quindi molto più ampio rispetto a quello limitato ad una lettura tecnica, in qualche modo semplicistica, che veda in *Dobbs* il semplice prodotto di una strategia nella politica di nomina dei Giudici della Corte Suprema. È un tema più ampio, poiché esso per essere compreso deve necessariamente coinvolgere quello sulla consapevolezza dei meccanismi che presiedono alla formazione della regola giuridica creata dalla Corte Suprema, certo, ma in modo più tecnico ed olistico, il tema deve necessariamente estendersi anche a una visione di insieme del sistema giudiziario statunitense. Esso implica certamente quello delle nomine dei Giudici ed il rapporto tra potere giudiziario e potere politico, in un sistema come quello statunitense, nel quale l'accesso alla magistratura e dunque l'accesso al ruolo di formante tradizionale della regola giuridica nel *common law* statunitense è anche il frutto della nomina politica. Ma più in generale e forse non ultimo – in una visione quindi non solo strettamente ed esclusivamente giuridica, che voglia comprendere in modo pieno il rapporto tra *rule of law* e *policy* alla base anche di *Dobbs* – il tema coinvolge quei profili di incidenza dei movimenti di opinione che a livello sociale e in modo graduale negli ultimi decenni negli Stati Uniti sono stati in grado di esprimere una sorta di sistematico contenzioso giudiziale a tutti i livelli, dal primo grado, al grado di appello, fino alla scalata della giurisdizione statale, ma lo stesso dicasi per quella federale; contenzioso che verte su temi di carattere morale, religioso, bioetico, nell'ambito dei quali l'aborto è certamente uno degli ambiti più significativi, ma non l'unico.¹⁴

¹⁴ Se nell'ambito dei movimenti religiosi che divenuti sociali e politici se ne vuole individuare uno, tra gli altri, che maggiormente forse ha influito su questo fenomeno di carattere sistematico e strategico, volto modificare nel profondo gli esiti giudiziari che l'ordinamento esprimeva fino a qualche decennio fa su temi fondamentali con implicazioni bioetiche e religiose come quello dell'aborto, questo è forse il movimento degli Evangelici conservatori statunitensi. Essi ritengono, come noto, che il diritto sia uno strumento simbolico e al tempo stesso uno strumento di grande portata per ottenere la modifica della società. Su questi temi: PHILIP S. GORSKI, *American Babylon: Christianity and Democracy Before and After Trump*, London, Routledge, 2020, ma più in generale anche GEORGE M. MARSDEN, *Fundamentalism and American Culture*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1982.

5.

In seguito alla sentenza *Dobbs* del 24 giugno 2022, l'Unione Europea, tramite il proprio Parlamento, ha approvato la *Risoluzione del 7 luglio 2022 sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne nell'UE (2022/2742(RSP))*. In essa il Parlamento dell'Unione ribadisce con maggiore fermezza quanto già anticipato con una propria precedente Risoluzione, espressamente richiamata in quest'ultima e già approvata nella fase in cui i possibili contenuti di *Dobbs* erano di fatto trapelati nel maggio del 2022.

A presupposto della propria risoluzione il Parlamento richiama la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 1979, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ('Carta') del 2000, la propria risoluzione del 24 giugno 2021 sulla situazione della salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti nell'UE nel quadro della salute delle donne.

Si dà atto della circostanza di aver esaminato la sentenza del 24 giugno 2022 della Corte Suprema statunitense, la quale, con cinque voti favorevoli e quattro contrari, ha annullato la sentenza *Roe v. Wade*. Il Parlamento europeo considera tale annullamento come vero e proprio fattore attraverso il quale la Corte Suprema ha posto fine all'esistenza di un diritto costituzionale federale all'aborto, consentendo ai singoli Stati dell'Unione di vietare l'aborto in qualsiasi momento nel corso della gravidanza e aprendo alla possibilità che l'aborto sia vietato del tutto. Viene dato breve conto di quanto prima della sentenza *Dobbs* negli Stati Uniti poteva costituire lo stato dell'arte in materia di diritto all'aborto. Si prende atto della circostanza che a seguito di tale decisione da parte della Corte Suprema, già otto Stati hanno vietato l'aborto. Si prevede che almeno 26 Stati potrebbero approvare leggi che lo vietano quasi completamente; si constata la circostanza che in 13 Stati degli Stati Uniti d'America vigono già leggi cosiddette 'ad innesco', che sono cioè entrate in vigore immediatamente dopo l'*overruling* della sentenza *Roe v. Wade*; che da allora si è avuto un numero crescente di manifestazioni, sia negli Stati Uniti, che nel mondo, in difesa del diritto all'aborto; che, nel frattempo, la resistenza alla decisione della Corte è andata aumentando, in particolare con la pubblicazione, il 24 giugno 2022, di un 'impegno multistatale' dei governatori della California, dell'Oregon e di Washington a difendere l'accesso all'assistenza sanitaria riproduttiva, compresi l'aborto e i contraccettivi, e a proteggere i pazienti e i medici, considerando che la decisione della Corte suprema avrà un impatto sulla vita delle donne e delle ragazze in tutti gli Stati Uniti e che delle sue conseguenze dannose risentiranno in modo più acuto le persone in situazioni di vulnerabilità.

Si sottolinea espressamente che in base a *Dobbs* anche la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti potrebbero subire ripercussioni negative; che le restrizioni al diritto di aborto o un suo divieto negli Stati Uniti, nell'Unione europea e nel resto del mondo, colpirebbero in modo sproporzionato le donne in condizioni di povertà, in particolare quelle che sono vittime di discriminazioni razziali, comprese le donne di colore, le donne ispaniche e indigene, nonché le donne provenienti dalle zone rurali, le persone LGBTQ+, le donne con disabilità, le adolescenti, le donne migranti, comprese le migranti irregolari, e le famiglie monoparentali con un capofamiglia donna; che i servizi pubblici per l'interruzione della gravidanza possono fornire un accesso universale all'aborto sicuro e legale a tutte le donne, comprese quelle che si trovano in situazioni

socioeconomiche vulnerabili. Il Parlamento europeo afferma espressamente, tra i considerando a presupposto della propria risoluzione, che la salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti, compresa l'assistenza in caso di aborto sicuro e legale, rappresentano un diritto fondamentale. Non solo. Viene espressamente affermato che la criminalizzazione, il ritardo e la negazione dell'accesso alla salute sessuale e riproduttiva ed ai relativi diritti costituiscono una forma di violenza nei confronti delle donne e delle ragazze. Basandosi su precisi studi da tempo condotti in plurimi ambiti, il Parlamento europeo esprime la convinzione che restrizioni e divieti al diritto di abortire non riducano il numero di aborti, ma costringano solo le persone a percorrere lunghe distanze o a ricorrere ad aborti non sicuri, rendendole inoltre anche vulnerabili a indagini e azioni penali, e che le medesime restrizioni colpiscano maggiormente le persone più deboli, cioè quelle alle quali è maggiormente precluso l'accesso alle risorse economiche ed alle informazioni. Si afferma espressamente, a seguire, che quasi tutti i decessi dovuti ad aborti non sicuri si verificano in paesi in cui l'aborto è strettamente regolamentato e che, in base alle stime, negli Stati Uniti il numero annuo di decessi materni dovuti ad aborti non sicuri aumenterebbe del 21% entro il secondo anno successivo all'entrata in vigore del divieto. Si sottolinea inoltre come il divieto di aborto porterà anche ad un aumento dei decessi legati alla gravidanza forzata, considerato anche il fatto che tra le adolescenti di età compresa tra i 15 e i 19 anni la gravidanza e le complicanze del parto rappresentano la principale causa di morte a livello mondiale. Dal punto di vista tecnico, relativo alla c.d. circolazione di modelli e principi all'interno degli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale, viene sottolineato in modo esplicito il fatto che si potrebbe con certezza verificare il tentativo che gli Stati nazionali in cui l'aborto è abolito mirino ad 'esportare' i loro divieti di aborto negli Stati dell'Unione Europea. Infatti, la regressione riguardante il diritto di accesso a un aborto sicuro e legale è motivo di forte preoccupazione per il Parlamento europeo, atteso anche la circostanza che a questo riguardo esistono già situazioni estremamente significative e preoccupanti nell'ambito di alcuni ordinamenti dell'Unione. A Malta l'aborto è già vietato e in un recente caso, ad una turista americana, Andrea Prudente, è stato vietato l'aborto, malgrado la sua vita fosse in pericolo. In Polonia sussiste oggi ormai un disconoscimento dei diritti consolidati delle donne ad abortire e vige una situazione nella quale si può affermare che di fatto l'aborto sia vietato. L'aborto farmacologico nelle prime fasi della gravidanza non è legale in Slovacchia e non è praticato in Ungheria. Preoccupa anche la situazione italiana, nella quale il diritto all'aborto sta subendo erosioni.

La Risoluzione mette in evidenza ulteriori potenziali conseguenze, di ordine sociale, alla limitazione del diritto ad abortire, dal momento che le madri adolescenti hanno maggiori probabilità di dover interrompere gli studi e di trovarsi esposte alla disoccupazione, aggravando così il circolo vizioso della povertà. Tra le preoccupazioni espresse dal Parlamento europeo in questo ambito, vi è anche quella di una crescente preoccupazione riguardo alla protezione dei dati. In seguito all'*overruling* della sentenza *Roe v. Wade*, le attuali applicazioni tecnologiche consentono infatti non solo un monitoraggio del ciclo mestruale nell'utenza femminile, ma attraverso strumenti di geolocalizzazione ed i motori di ricerca, è possibile raccogliere dati sulle persone che si rivolgano ad una clinica dove si pratica l'aborto, piuttosto che dati su coloro i quali abbiano acquistato una pillola abortiva o che abbiano cercato informazioni in rete a questo complessivo riguardo. La preoccupazione espressa non è solo rivolta alla raccolta dei dati in sé e per sé, ma anche al possibile loro utilizzo contro tali persone. In modo particolare negli

Stati che vietino o intendano vietare l'aborto, l'autorità giudiziaria potrebbe utilizzare i dati raccolti sui soggetti che cercano, praticano o agevolano l'aborto.

Questa complessiva situazione porta il Parlamento europeo ad affermare la necessità che gli Stati membri dell'Unione difendano la salute sessuale e riproduttiva ed i relativi diritti, mettendo in evidenza l'inalienabilità dei diritti delle donne, e dunque l'impossibilità che questi stessi diritti vengano affievoliti o persino aboliti. Gli Stati sono invitati a progredire nel garantire l'accesso ad un'assistenza sicura, legale e tempestiva in caso di aborto, conformemente alle raccomandazioni e agli elementi di prova che vengono forniti, a questo riguardo, dall'Organizzazione mondiale della sanità. Anche in Europa, infatti, malgrado i progressi ottenuti, si assiste alla circostanza che le donne continuano ad incontrare ostacoli che impediscono loro di godere dei loro diritti e delle loro libertà, a causa di restrizioni giuridiche che ignorano i diritti delle donne e mettono inutilmente a rischio la loro vita. Il Parlamento richiama espressamente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dal momento che essa sancisce i principali diritti e libertà fondamentali per le persone che vivono nell'Unione Europea e al tempo stesso la protezione dell'aborto sicuro e legale ha implicazioni dirette per l'esercizio effettivo dei diritti riconosciuti dalla Carta, quali la dignità umana, l'autonomia personale, l'uguaglianza e l'integrità fisica. Anche quindi in attuazione delle raccomandazioni contenute nella propria precedente Risoluzione *Minacce al diritto all'aborto nel mondo: la possibile revoca del diritto all'aborto negli Stati Uniti da parte della Corte suprema*, che il 9 giugno 2022 il Parlamento europeo ha approvato in una fase nella quale la sentenza della Corte statunitense non era ancora intervenuta ufficialmente, ma se ne conoscevano in anticipo i contenuti, la Risoluzione del 7 luglio 2022 condanna fermamente, ancora una volta, la regressione in materia di diritti delle donne e di salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti a livello mondiale, anche negli Stati Uniti e in alcuni Stati membri dell'Unione Europea. Nel ricordare che la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti sono diritti umani fondamentali che dovrebbero essere tutelati e rafforzati, il Parlamento europeo invita i governi degli Stati che hanno approvato leggi e altre misure in materia di divieti e restrizioni all'aborto ad abrogarle e a garantire che la loro legislazione sia in linea con i diritti umani delle donne tutelati a livello internazionale e con le norme internazionali in materia di diritti umani.

La Risoluzione del luglio 2022 contiene inoltre una proposta dal peso politico e giuridico saliente, che, in quanto manifestata dall'organo elettivo più rappresentativo dell'Unione, può essere tecnicamente oggi considerata come l'opinione dell'Unione Europea sull'argomento. Viene espressamente proposto di inserire il diritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, presentando al Consiglio un'apposita proposta di introduzione nella Carta del nuovo Articolo 7 bis, intitolato: *Diritto all'aborto* e con la seguente formulazione: «Ogni persona ha diritto all'aborto sicuro e legale». Viene attesa un'apposita riunione del Consiglio Europeo a questo fine, unitamente al fatto che il Parlamento dell'Unione sia coinvolto in tutte le fasi del processo volto alla introduzione del diritto all'aborto sicuro e legale nella Carta. Il Parlamento invita quindi l'Unione Europea ed i suoi Stati membri a riconoscere giuridicamente l'aborto e a difendere il rispetto del diritto all'aborto sicuro e legale e altri diritti in materia di salute sessuali e riproduttiva; invita inoltre l'Unione a sostenere e a fare del riconoscimento di tale diritto una priorità fondamentale nei negoziati in seno alle istituzioni internazionali e in altri consessi multilaterali come il Consiglio d'Europa, nonché a sostenerne l'inclusione nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il Parlamento condanna espressamente il fatto che molte donne nell'Unione Europea non possano ancora

accedere ai servizi di aborto a causa delle rimanenti restrizioni giuridiche, finanziarie, sociali e pratiche in alcuni Stati membri. In questa precisa logica esorta gli Stati membri a depenalizzare l'aborto e ad eliminare e combattere gli ostacoli all'aborto sicuro e legale e all'accesso alla salute sessuale e riproduttiva e ai relativi diritti; invita gli Stati membri a garantire l'accesso a servizi di aborto sicuri, legali e gratuiti, a servizi e forniture di assistenza sanitaria prenatale e materna, alla pianificazione familiare volontaria, alla contraccezione e a servizi adatti ai giovani senza discriminazione alcuna.

Da un punto di vista più strettamente politico- istituzionale, dopo aver espresso piena solidarietà e sostegno alle donne degli Stati Uniti d'America, nonché a coloro che sono coinvolti nella prestazione e nella promozione del diritto e dell'accesso all'assistenza legale e sicura all'aborto in circostanze così difficili, il Parlamento europeo sostiene, analogamente, la richiesta affinché il Congresso degli Stati Uniti approvi un progetto di legge che tuteli l'aborto a livello federale. Al tempo stesso invita il Governo degli Stati Uniti a garantire la protezione dei dati per tutti, in particolare per coloro che desiderano abortire, effettuano e facilitano l'aborto, consentendo un accesso privato e in condizioni di sicurezza, bloccando il tracciamento comportamentale, rafforzando le politiche di cancellazione dei dati, cifrando i dati in transito, consentendo la cifratura dei messaggi da punto a punto per impostazione predefinita, impedendo il tracciamento dell'ubicazione e garantendo che gli utenti siano informati quando i loro dati sono ricercati. Il Parlamento chiede che il Servizio europeo per l'azione esterna, la delegazione dell'Unione Europea presso gli Stati Uniti, la Commissione e tutti gli Stati membri della medesima Unione Europea si avvalgano di tutti gli strumenti a loro disposizione per rafforzare le azioni volte a contrastare il regresso dei diritti delle donne e dei loro diritti sessuali e riproduttivi, anche compensando qualsiasi eventuale riduzione dei finanziamenti degli Stati Uniti a favore della salute sessuale e riproduttiva e dei relativi diritti a livello mondiale, nonché assicurando un forte sostegno e conferendo priorità all'accesso universale all'aborto sicuro e legale e ad altri diritti sessuali e riproduttivi nelle loro relazioni esterne.

Tramite la Presidente del Parlamento europeo, la Risoluzione è stata trasmessa al Consiglio, alla Commissione, al vicepresidente della Commissione/alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, al rappresentante speciale dell'Unione Europea per i diritti umani, al Presidente degli Stati Uniti d'America e alla sua amministrazione, al Congresso degli Stati Uniti e alla Corte Suprema degli Stati Uniti.

6.

Alla luce di tutto quanto complessivamente osservato, sembra evidente che la sentenza *Dobbs* possa avere gravi ripercussioni non solo nel trattamento giuridico del diritto all'aborto, ma anche in quello di altri diritti fondamentali. La circostanza stessa che la Corte si premuri di negare espressamente che in futuro ci possano essere negazioni di diritti oggi già riconosciuti, come quello alla contraccezione, i diritti della comunità LGBTQ+, o altri diritti, appare più che altro quasi una sorta di *protestatio contra factum*. Una volta messo in discussione, infatti, il criterio generale alla base del riconoscimento dei diritti, come in effetti la stessa sentenza *Dobbs* fa, introducendo un 'nuovo' e complesso criterio – quello basato sulla radice storica e sulla tradizione americana, ancorate alla libertà del xiv Emendamento – il 'virus' nel sistema di protezione dei diritti è già stato creato ed è, purtroppo già in grado di operare.

Abbiamo già osservato come la decisione di *Dobbs* giunga di fatto a negare la stessa interpretazione evolutiva del testo costituzionale e come tale impostazione, nel suo massimo rigore, possa condurre alla conseguenza che o i singoli diritti sono espressamente riconosciuti nel testo costituzionale, oppure non sarebbero ammissibili, in quanto – per l'appunto – non previsti dal testo esplicito.

Il criterio introdotto da *Dobbs*, della necessaria radice storica e della sussistenza di una tradizione americana, affinché si possa comunque riconoscere un diritto, a prescindere dalla presenza del riconoscimento esplicito di esso in Costituzione, è criterio non solo strumentale – come visto – ma altamente contraddittorio in sé e per sé. Anche a volerlo seguire, così come posto dalla Corte, esso esprime inconsistenza e problematilità tali, da rivelare in modo palese la sua matrice essenzialmente politica, più che non tecnico-giuridica. Quale storia, infatti, e quale tradizione? Quali le caratteristiche di una tradizione, rilevanti in questo ambito? E se la storia e/o la tradizione americana già lo riconoscono, quale necessità vi sarebbe di effettuare il riconoscimento legale e che significato tecnico assumerebbe farlo, e dunque quale sarebbe il compito del legislatore, il ruolo stesso del formante legale¹⁵ con riguardo a tale diritto? Per non parlare delle tempistiche legate al potenziale riconoscimento. Le tempistiche storiche, anche a prescindere da una loro esatta definizione e delimitazione temporale che ovviamente manca in *Dobbs* (ma non potrebbe essere altrimenti), non sono in alcun modo compatibili con le necessità di tutela che la società è in grado di esprimere, specie in un'epoca come quella attuale, in cui tecnologia e globalizzazione sono fattori di accelerazione dei bisogni, anche nuovi, che la società è in grado di esprimere.

In questa logica *Dobbs* esprime una prospettiva non solo conservatrice e politica della funzione giurisdizionale del *common law* statunitense e dell'*American law*, ma forse, ancor più propriamente, una contraddittorietà tecnica non superabile. Ma i dubbi e le perplessità alla base del criterio sono radicati anche nella stessa negazione, che *Dobbs* opera, di una interpretazione evolutiva del testo costituzionale, e non coinvolgono solo la funzione della regola giuridica in termini di generale fondamento della tutela legale, ma la funzione stessa dei testi costituzionali. La *Grundnorm* esiste per garantire non solo l'assetto democratico e partecipato alla rappresentatività democratica, la divisione dei poteri e la forma di governo – in sintesi – la forma e la struttura dello Stato – ma anche i diritti fondamentali, inclusi quelli delle minoranze: diritti civili, sociali e religiosi. Il criterio stabilito dalla Corte è di fatto già incompatibile con tutto ciò. Come garantire la compatibilità tra storia o tradizione e diritti delle minoranze? E come garantire tutela ai diritti in materie storicamente divisive, come l'aborto – certo – ma anche a quella del rapporto tra diritti religiosi e laicità dello Stato, per citare solo alcuni degli aspetti in grado di destabilizzare dal profondo il sistema legale che è giunto ad esprimere una siffatta pronuncia.

Alla luce di tutto ciò, non sembra affatto rispondere a realtà l'affermazione, enunciativa in sentenza, secondo la quale essa non prende posizione sull'aborto e dunque su di un tema così storicamente divisivo e fondamentale.

Vero è l'esatto contrario.

La Corte stabilisce che siano infatti i singoli Stati ad avere competenza sul corpo delle donne e sul loro principio di autodeterminazione. Quale presa di posizione più netta e

¹⁵ L'espressione 'legale' ricomprende complessivamente, in questo contesto di *common law* statunitense, sia il formante legislativo in senso tecnico, sia quello giudiziale, che si esprime, in particolare, attraverso le sentenze della Corte Suprema. A quest'ultimo è storicamente riconducibile, almeno fino alla sentenza *Dobbs* – come noto – un sistema di riconoscimento dei diritti fondamentali e di abolizione delle disuguaglianze, di portata essenziale per il sistema federale statunitense.

grave di questa, può essere ritrovata in sentenze di una Corte Suprema di ordinamenti tradizionalmente descritti come garantisti e democratici? Nessuna. La sentenza della Corte va infatti non solo analizzata dal punto di vista tecnico, ma compresa nella sua portata complessiva, che necessariamente implica la conoscenza di ciò che in concreto essa causerà e sta già oggi causando per i diritti delle donne negli Stati Uniti.

La sentenza produrrà profonda disuguaglianza tra uomini e donne (gli uomini, almeno allo stato attuale della medicina riproduttiva, in cui la gestazione è ancora solo ed esclusivamente femminile, non possono trovarsi in questa situazione), disuguaglianza tra donne e donne (quelle economicamente in grado di farlo accederanno all'aborto là dove gli Stati diversi da quello di residenza lo consentono), mentre molte altre andranno inevitabilmente incontro alle pratiche illegali in grado di mettere a rischio la loro vita.¹⁶

L'impiego della tecnologia nel trattamento dei dati è in grado oggi di consentire il pieno tracciamento delle persone e dunque la possibilità concreta, per gli Stati nei quali l'aborto sia già oggi vietato, di perseguire, ove lo si voglia, chiunque agevoli la pratica abortiva.¹⁷ *Dobbs* è in grado di sortire ripercussioni persino non preventivabili in questo ambito. Le conseguenze di quanto statuito in *Dobbs* sono in grado di incidere, non solo sui meccanismi di tutela della riservatezza con riguardo ai dati personali dell'individuo – e non unicamente dei dati personali della donna – ma di agire sugli stessi principi di diritto processuale e di diritto internazionale privato, che oggi governano i rapporti tra gli Stati e la perseguibilità, in uno Stato nel quale l'aborto è illecito, della condotta abortiva posta in essere laddove essa sia considerata lecita.

Lo stesso statuto giuridico del concepito (non solo dell'embrione in senso tecnico), cioè di quella che viene definita come *potential life*, può in concreto risentirne, dal momento che i singoli Stati, oggi, dopo *Dobbs*, sono legittimati in modo pieno non solo a porre limiti alla libertà della donna di abortire, ma a anche regolare in modo concreto – anche vietandolo del tutto – l'aborto. In questa logica, quindi, tra le conseguenze di *Dobbs* vi è anche quella di consentire trattamenti giuridici differenziati da Stato a Stato non solo al diritto di autodeterminazione della donna, a quello delle scelte sul proprio corpo, ma anche quello di consentire una pluralità di statuti legali della *potential life*, a seconda della legislazione del singolo Stato. Di per sé la conseguenza sarebbe già sufficientemente grave, se nonché essa è in grado di ripercuotersi in modo automatico su tutte le discipline giuridiche dell'ordinamento nelle quali tali potenziali nuove concezioni sono idonee a riflettersi: da quelle legate alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, che ne sono ad essa direttamente correlate a quelle successorie a causa di morte e ad ogni altra disciplina che implichi o abbia come riferimento la *potential life*. E infatti la medesima nozione di *potential life* assumerà una connotazione giuridica ed un contenuto tecnico di un tipo o invece di un altro, a seconda dello Stato e del contesto. Questo per parlare dei settori che più direttamente verrebbero e verranno coinvolti dalle conseguenze di *Dobbs*, se la *doctrine* in essa contenuta dovesse essere accolta e confermata anche dalla medesima Corte nei prossimi anni. Perché di altro è già legittimo parlare dal punto di vista tecnico. Dal momento che *Dobbs* di fatto rivede 'al ribasso' in modo complessivo il principio di autodeterminazione della donna, certamente con

¹⁶ È quella che con una formula sintetica ed efficace è stata già descritta come *The New Abortion Battleground*, da DAVID S. COHEN, GREER DONLEY & RACHEL REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground*, 123 «Columbia Law Review». 2022, consultabile anche in: https://scholarship.law.pitt.edu/fac_articles/517.

¹⁷ Sul punto: SARA DE VIDO, "Under his eyes": riflessioni sul ruolo della tecnologia sul corpo delle donne a seguito della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti, «Biolaw Journal», 1, 2023, pp. 343 ss.

riguardo alla propria scelta procreativa, ma più in generale alla sua vita, alla sua salute e al rapporto che l'ordinamento nel suo complesso ha sempre espresso con riguardo ad essa, non sono difficili da ipotizzare ripercussioni di carattere generale della *doctrine* espressa da *Dobbs* anche in ogni altro settore di carattere privatistico nell'ambito del quale questi temi siano rilevanti, da sistema della *liability* in materia sanitaria a quello contrattuale ed autonomico che regola i rapporti giuridici tra paziente, medico e struttura sanitaria.

Se la *doctrine* di *Dobbs* non verrà disattesa potrebbero inevitabilmente essere messi in discussione diritti delle persone ormai dati come acquisiti, come il diritto alla contraccezione, quello al rapporto omosessuale, ma anche quello alla contraccezione, il diritto al matrimonio tra persone di diversa etnia e molti altri. Nella logica di contrastare gli effetti involutivi di *Dobbs* sui diritti quesiti e su alcune delle libertà fondamentali che la società statunitense ha espresso nel corso del tempo e che potevano ragionevolmente essere messe in discussione dalla sentenza, si pone espressamente il *Respect of Marriage Act*, approvato dal Congresso Federale e siglato dal Presidente Biden il 13 dicembre 2022. La legge è intervenuta a protezione dei diritti derivanti anche dal *same sex-marriage*, poiché vieta agli Stati di non riconoscere validità ai matrimoni celebrati in un diverso Stato, sulla base del sesso, della razza o dell'etnia.¹⁸

In un'epoca storica come quella attuale, che si esprime per immagini, come potremmo descrivere *Dobbs*? *Dobbs* è in grado di causare in modo profondo una completa delegittimazione della Corte Suprema, poiché essa si è di fatto resa funzionale a scelte politiche reazionarie. Potrebbe in concreto trattarsi di quello che con una formula utilizzata dai media statunitensi è stato descritto come il possibile *Requiem for the Supreme Court*? Ancora, volendo utilizzare anche un'immagine attuale, che faccia comprendere fino in fondo la portata dirompente che *Dobbs* è in grado di avere all'interno del sistema giuridico statunitense, e volendo far riferimento ad eventi attuali, dirompenti nella loro gravità e che sono in grado di sortire tutti i loro effetti negativi sia su chi li pone in essere, che su chi li subisce in termini di soggetti sui quali essi dispiegano i propri effetti, potremmo ragionevolmente accostare *Dobbs* per gli Stati Uniti alle conseguenze per la Federazione Russa dell'aver invaso l'Ucraina lo scorso febbraio 2022. Per il sistema giuridico nordamericano, cioè, *Dobbs* è ciò che l'invasione dell'Ucraina sta rappresentando per la Federazione Russa. È in grado purtroppo di essere una sorta di vera e propria 'Ucraina' dei diritti fondamentali per le donne *in primis*, ma non solo per le donne, degli Stati Uniti d'America.

¹⁸ RFMA; H.R. 8404; Pub. L. 117-228 (text).

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA
FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA.
STAMPATO E RILEGATO NELLA
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

Settembre 2023

(CZ 2 · FG 3)



© COPYRIGHT BY FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA

Per uso strettamente personale dell'autore. È proibita la riproduzione e la pubblicazione in open access.

For author's personal use only. Any copy or publication in open access is forbidden.