

DIRITTI SOTTO ASSEDIO.
L'INTERRUZIONE VOLONTARIA DI GRAVIDANZA COME BATTAGLIA POLITICA.

Sabrina Esposito*

SOMMARIO: 1.- Introduzione; 2.- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization e il trionfo dell'originalismo; 3.- Il costituzionalismo vivente; 4.- Dobbs: una sentenza neutrale?; 5.- Donna ed embrione: il confronto ontologico alla base delle legislazioni sull'aborto; 6.- L'aborto come terreno di scontro tra emancipazione femminile e ordine patriarcale; 7.- IVG: Dalla decostituzionalizzazione americana alla costituzionalizzazione europea; 8.- Conclusioni.

1.- Introduzione.

«Torneremo a sostenere con orgoglio le famiglie e la vita»: con queste parole, affidate a un videomessaggio, Donald Trump ha salutato la 52^a edizione della Marcia per la Vita, svoltasi a Washington D.C. il 24 gennaio 2025. Il discorso giunge in un momento simbolicamente denso di significati, poiché appena un giorno prima il presidente repubblicano aveva concesso la grazia a 23 attivisti pro-“life”, sfidando l'ombra lunga del suo predecessore, Joe Biden.

L'insediamento di Donald Trump, avvenuto il 20 gennaio, ha segnato l'inizio di un intervento deciso e sistematico sul tema dell'aborto, incidendo profondamente sull'assetto normativo delineato dalla precedente amministrazione democratica. Nei giorni immediatamente successivi, il presidente ha revocato due provvedimenti adottati nel 2022 da Biden, miranti a garantire e facilitare l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, in risposta all'abolizione del diritto federale all'aborto da parte della Corte Suprema. Tra le misure abrogate figurava il rimborso delle spese di viaggio per le donne costrette a spostarsi in altri Stati per accedere alla procedura.

In sostituzione di tali provvedimenti, Trump ha emanato un ordine esecutivo volto a rafforzare l'emendamento Hyde, il quale impedisce l'impiego di fondi pubblici per finanziare qualsiasi forma di aborto, salvo i casi di incesto, stupro o pericolo per la salute della gestante. Questa scelta si inserisce in una strategia più ampia, culminata nella decisione di riaffermare l'adesione degli Stati Uniti alla Geneva Consensus Declaration. Con una nota diplomatica del segretario di Stato Marco Rubio, l'amministrazione ha notificato il rientro nel patto globale anti-aborto, originariamente promosso da Trump e sostenuto da paesi come Brasile, Egitto, Ungheria, Indonesia e Uganda, ma abbandonato sotto la presidenza Biden. La dichiarazione sollecita le nazioni firmatarie a limitare l'accesso all'aborto, promuovendo la tutela della vita umana fin dal concepimento e la valorizzazione della famiglia naturale, intesa come unione tra un uomo e una donna.

Parte integrante di questa riconfigurazione della “governance” della salute riproduttiva è la reintroduzione della Mexico City Policy, che impone severe restrizioni ai finanziamenti destinati a ONG che offrono servizi legati all'aborto, anche solo in termini di consulenza o informazione, modificando radicalmente l'accesso alla contraccezione e all'assistenza sanitaria riproduttiva per milioni di donne. Una misura con ripercussioni dirette non solo negli Stati Uniti, ma che incide

* Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Salerno.

anche sulle dinamiche di biopotere globali coinvolgendo numerosi paesi in via di sviluppo in cui operano organizzazioni non governative finanziate da Washington.

È interessante notare come queste scelte si collochino in un processo di progressiva erosione del diritto all'aborto, che non nasce con la sentenza Dobbs del 2022, ma trova in essa il suo momento di svolta più eclatante.

L'abrogazione della storica sentenza Roe v. Wade, di cui Trump si ritiene giustamente artefice, ha dato inizio a una frammentazione legislativa che ha visto diversi Stati conservatori adottare leggi che impongono restrizioni sempre più severe, arrivando in alcuni casi a vietare completamente l'aborto. Ciò che ora si pone come interrogativo fondamentale è se il diritto all'aborto negli Stati Uniti sia destinato a una cancellazione definitiva o se, attraverso il continuo dialogo tra diritto e mutamenti sociali, esso possa ancora trovare nuove forme di riconoscimento giuridico.

Certamente, le parole pronunciate con fervore da Donald Trump non sono semplici slogan politici, ma l'eco di una battaglia ideologica che infuria da decenni: un conflitto che contrappone visioni del mondo inconciliabili, dove il concetto di "vita" diventa campo di battaglia e la "famiglia" si trasforma in un vessillo identitario.

2.- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization e il trionfo dell'originalismo.

La sentenza Dobbs, datata 2022, non si configura come una semplice revoca di un diritto precedentemente riconosciuto, bensì come una profonda messa in discussione del fondamento stesso dell'autodeterminazione femminile e della sua collocazione all'interno dell'ordine costituzionale. Essa apre un varco a una frammentazione del panorama giuridico, in cui la garanzia di un diritto fondamentale come quello all'autodeterminazione riproduttiva diviene contingente alla geografia politica e ideologica.

Il ragionamento che si dispiega alla base della pronuncia Dobbs trova il suo fondamento nell'assunto che le argomentazioni elaborate in Roe e Casey non siano dotate di un solido ancoraggio concettuale.

Secondo la Corte, la clausola del "due process" tutela due categorie di diritti sostanziali: quelli sanciti nei primi otto emendamenti, estesi agli Stati nel tempo, e quelli non espressamente menzionati, ma radicati nella storia e nella tradizione giuridica della nazione, nonché impliciti nell'idea di "ordered liberty". Poiché il diritto americano, fino a tempi relativamente recenti, ignorava un diritto costituzionale all'aborto, sia a livello federale che statale, Dobbs¹ nega che tale diritto possa essere interpretato come un diritto costituzionalmente tutelato dal XIV emendamento².

* Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli studi di Salerno.

¹ La disamina storica adoperata dal giudice Blackmun, estensore dell'opinione di maggioranza in Roe, era ben diversa rispetto a quella che troviamo in Dobbs. Per Blackmun, l'obiettivo era determinare se la criminalizzazione dell'interruzione di gravidanza fosse radicata nella common law o costituisse un'innovazione più recente. Le prove emerse indicarono che negli Stati Uniti non esistevano divieti espliciti sull'aborto prima del 1871, quando il Connecticut fu il primo Stato a promulgare una legge in materia, seguito poi dalla maggioranza degli altri Stati. Pertanto, la criminalizzazione dell'aborto apparve come una normativa di introduzione recente; paradossalmente, le donne godevano di maggiore libertà prima del 1870.

² Cfr. G. Cinà, *Il diritto all'aborto negli Stati Uniti dopo Dobbs: in attesa della sentenza del "giorno dopo"*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2023) 718ss.

Non essendo esplicitato nella Costituzione né desumibile dal “due process”, l’aborto resta materia di regolazione legislativa, demandata ai rappresentanti eletti, chiamati a bilanciare l’interesse della donna con quello della vita potenziale³.

Nonostante quanto stabilito nella sentenza Dobbs, risulta imprescindibile evidenziare che l’idea di subordinare i diritti non espliciti all’approvazione della maggioranza, tramite i suoi rappresentanti, si rivela intrinsecamente fallace.

I diritti fondamentali, per loro stessa natura, richiedono una tutela rafforzata proprio nei momenti in cui sono minoritari o impopolari. In altre parole, demandare la protezione dei diritti fondamentali alla mera volontà della maggioranza, mediata dai rappresentanti, significa esporli alla precarietà, compromettendo la loro funzione di baluardo contro l’arbitrio della maggioranza. Invero, il IX emendamento della carta costituzionale americana ammonisce sul pericolo di concepire i diritti espressamente elencati come un insieme chiuso e privilegiato. Tale visione rischia di oscurare e sminuire l’importanza di quei diritti che, pur non essendo stati esplicitamente formulati, sono nondimeno inalienabili e connessi alla dignità e libertà umana⁴.

Eppure, la sentenza Dobbs insiste sulla primazia del corpo sovrano della nazione rispetto a qualsiasi esegesi giudiziaria mutevole, proclamando con forza un principio di sovranità popolare, che non solo permea, ma definisce l’essenza stessa dell’identità storica e politica degli Stati Uniti. Questo principio è richiamato a sostegno di una visione che attribuisce al popolo⁵ la prerogativa di deliberare su questioni morali ed etiche di grande rilevanza e complessità. Insieme al principio di separazione dei poteri, esso costituisce il fondamento dell’interpretazione originalista della Costituzione⁶, una teoria che, secondo parte della dottrina, troverebbe ulteriori radici nel contrattualismo democratico⁷.

La teoria originalista si fonda, anzitutto, su un postulato fondamentale: il significato della Costituzione⁸ è immutabilmente ancorato al momento della sua promulgazione, secondo il principio

³ Cfr. L. Poli, *Pluralismo di valori, democrazia e bilanciamento: riflessioni a margine della sentenza Dobbs*, in *BioLaw* 1 (2023) 68.

⁴ Cfr. L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna 2005, 79-149.

⁵ È opportuno a questo punto interrogarsi sul significato del termine “popolo” e sulla ragione per cui esso sia così profondamente radicato nella cultura statunitense, considerando che spesso il concetto viene ricondotto più agli “uomini” che alle “donne”. Questa enfasi sulle prerogative popolari può essere compresa tenendo presente il contesto storico della nascita di questo ordinamento, ovvero la guerra d’indipendenza contro la madrepatria inglese. La scelta di adottare una Costituzione scritta non solo intendeva marcare una significativa differenziazione rispetto all’Inghilterra, ma aveva anche l’obiettivo di incorporare in essa i diritti fondamentali dell’individuo. In Europa, invece, questo processo si realizzò, almeno in parte, attraverso l’emanazione dei codici. Fin dall’inizio, dunque, nella storia degli Stati Uniti, la fonte formale dei diritti fondamentali è rappresentata dalla legge di diritto pubblico, mentre in Europa è il codice a garantire tali diritti contro l’ingerenza indebita dello Stato. Cfr. G. Cinà, *Il diritto* cit. 720.

⁶ Cfr. C. Bologna, *Il caso Dobbs e la «terzavia»*, in *AIC Lettera* 07/2022 – *Originalismo e Costituzione*, disponibile su: <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/il-caso-dobbs-e-la-terza-via>.

⁷ In questa prospettiva, la Costituzione, essendo stata concepita e ratificata come un contratto espressione della volontà collettiva del popolo americano, deve essere intesa come un patto giuridicamente vincolante, la cui forza normativa deriva proprio dal consenso democratico che ne ha sancito la legittimità originaria. Cfr. M.C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, in *Georgetown Law Journal* 85.6 (1997) 1765ss.

⁸ In base a un orientamento tradizionale della dottrina originalista, tale significato va ricercato nelle intenzioni dei “Framers”. Tuttavia, la teoria intenzionalistica dell’“old originalism” si scontra con notevoli difficoltà di attuazione, problematiche note nella dottrina statunitense come “summing problem”. Da tale “impasse” è nata una corrente più recente, il “new originalism”, che propone di ricercare il significato della costituzione nel contenuto comunicativo che il testo veicolava al pubblico al momento della sua approvazione, focalizzandosi sul suo “originale significato pubblico”.

noto come “Fixation Thesis”. Questo significato originario mantiene la sua forza normativa ed è vincolante per gli interpreti contemporanei⁹.

Per la Corte Suprema, come espresso nella sentenza *Dobbs*, la visione dei padri fondatori si erge a fondamento imprescindibile per una lettura autentica e rigorosa del testo costituzionale. Ignorarla o scardinarla equivarrebbe a una manipolazione interpretativa, in cui il testo stesso viene distorto per adattarsi a finalità contingenti, aprendo così la porta all’introduzione indebita di diritti che nulla hanno a che fare con la struttura e i principi originari su cui la Costituzione si fonda.

Non è casuale che la maggioranza della Corte tenga a soffermarsi ripetutamente sul concetto di “abuso di autorità giudiziaria”. Per la Corte, tale abuso si concretizza quando il potere giudiziario sostituisce le proprie valutazioni di valore a quelle espresse dal popolo. Questa sostituzione sovverte l’architettura costituzionale attraverso una vera e propria usurpazione.

Invero, l’operazione interpretativa che rimpiazza il significato originario delle norme costituzionali – voluto dai costituenti – con una nuova esegesi, di fatto surroga le scelte compiute dal popolo mediante convenzioni di ratifica. Tale operazione, pertanto, viola il principio fondante del governo basato sul consenso dei governati, minando la legittimità democratica dell’ordinamento.

La specificità minuziosa della sentenza *Roe v. Wade*, in particolare la sua scansione trimestrale, ha indotto alcuni, come Rehnquist, a considerarla più simile a un atto legislativo che a una pronuncia giudiziaria¹⁰.

Si configura, in sostanza, una sorta di eterogenesi dei fini: l’interpretazione giudiziaria, eccedendo i confini del proprio ruolo, si trasforma in attività legislativa *de facto*, sovvertendo il dettato costituzionale e la volontà popolare che ne è il fondamento¹¹.

Questa tendenza è parte di un fenomeno più ampio, in cui il neocostituzionalismo, pur esaltando il momento normativo del diritto – e ritenendo che l’inserimento dei diritti umani nelle Costituzioni possa vincolare la prassi giuridica ad un solido limite – finisce per potenziare il ruolo della giurisprudenza. I giudici, di fronte a casi concreti, si trovano a dover estrapolare norme dai principi costituzionali, spesso con un margine di discrezionalità notevole. Tale processo, inevitabilmente creativo, è particolarmente evidente in materia di diritti etici, ove la *lex scripta* si rivela lacunosa, ambigua o addirittura inesistente. Tale dinamica, pur celebrata come progresso, cela insidie. La centralità del giudice, infatti, può minare la stabilità e la prevedibilità del diritto, nonché i meccanismi di produzione normativa previsti dall’ordinamento, che garantiscono maggiore trasparenza e controllo democratico. La crisi della democrazia rappresentativa, con il Parlamento incapace di legiferare su temi etici controversi, accentua questo fenomeno. I tribunali, pur offrendo un terreno fertile al ragionamento casistico, non sono immuni da critiche. Le decisioni giudiziarie, infatti, possono risentire delle idiosincrasie personali dei giudici, lontane dall’*ethos* comune, il quale a sua volta non è affatto unitario. In questo scenario, la stabilità della legge, che almeno in teoria dovrebbe riflettere l’interesse comune, cede il passo a una miriade di decisioni giudiziarie, potenzialmente contraddittorie e soggette a revisione. Le pretese sui diritti, lungi dal placarsi,

Cfr. G. Caporali, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i limiti all’attivismo creativo delle corti costituzionali*, 28 dicembre 2022, 48, consultabile in *federalismi.it*.

⁹ Cfr. R.E. Barnett, E.D. Bemick, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism*, in *Georgetown Law Journal* 107.1 (2018) 3ss.

¹⁰ Cfr. Tribe, Dorf, *Leggere* cit. 78.

¹¹ Cfr. R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment, Liberty Fund*, II ed., Indianapolis 1997, 22-23.

alimentano un'incessante attività giurisprudenziale, in cui ogni vittoria può essere effimera e ogni sconfitta preludio a una nuova battaglia¹².

Ora, posto che la sentenza Dobbs abbia negato la sussistenza di un fondamento sostanziale nella "due process clause", si pone un interrogativo cruciale sul destino dei diritti che, precedentemente, trovavano fondamento in tale disposizione¹³. Questo aspetto si configura come una cartina di tornasole per valutare la reale intenzione della Corte Suprema di vincolarsi al significato originario del testo costituzionale.

Non è dunque unicamente il diritto delle donne a optare per l'interruzione di gravidanza, già demolito, a trovarsi in una condizione di precarietà. In realtà, è l'intero sistema dei diritti a essere posto sotto osservazione. Tuttavia, i diritti delle donne, come spesso accade nella storia, fungono da "campo di sperimentazione" per un mutamento strategico che ambisce a una portata ben più ampia¹⁴.

Il problema centrale è dunque il bilanciamento tra fedeltà all'interpretazione originalista e la necessità di garantire certezza del diritto e stabilità dell'ordinamento. Se molti precedenti consolidati risultano incompatibili con il significato storico della Costituzione, quali strategie adotterà la Corte per ripristinare tale coerenza senza generare instabilità giuridica?

Sulla base di questo interrogativo, all'interno della cornice teorica dell'originalismo, si delineano due posture ermeneutiche distinte, che potremmo metaforicamente designare come "originalismo moderato" e "originalismo radicale".

L'originalismo moderato si distingue per una prudenza ermeneutica che privilegia la continuità giuridica, perseguendo una conservazione dinamica del diritto. Questo approccio mira a coniugare il significato originario del testo con il diritto vivente, creando un equilibrio dialettico tra l'*arché* e la *kinesis*, tra l'origine e l'evoluzione dell'ordinamento. Ne deriva un'ermeneutica della conciliazione, orientata a mediare tra fedeltà al testo e stabilità del sistema giuridico.

L'originalismo radicale, invece, si fonda su un'inflexibile fedeltà alla *littera* costituzionale, ponendo in secondo piano la coerenza sistemica rispetto alla verità originaria del testo. Questa prospettiva si configura come un'ermeneutica della rottura, che non esita a sovvertire dottrine consolidate se ritenute incoerenti con l'intenzione dei Padri Fondatori. L'interprete assume così il ruolo di disvelatore del significato autentico della Costituzione, indipendentemente dalle conseguenze, anche dirompenti, per l'assetto giuridico¹⁵.

È evidente che, nella sentenza Dobbs, la Corte non ha manifestato una spiccata inclinazione alla ricerca di un equilibrio, di una mediazione, tra il significato originario del testo costituzionale e il diritto vivente. Non si è, dunque, privilegiato un principio di conservazione dell'assetto giuridico esistente, ma si è optato per una rottura netta, anche a costo di mettere in discussione diritti acquisiti e consolidati nel tempo.

È intrinsecamente presente nel tessuto stesso del diritto il pericolo che i principi, una volta formulati, possano estendersi oltre i confini per i quali furono originariamente concepiti.

¹² Cfr. A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Bari 2008, 127-138.

¹³ Si possono considerare esempi emblematici come il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso e il diritto delle persone sposate di accedere a metodi contraccettivi.

¹⁴ Cfr. P. Veronesi, *Il "caso Dobbs": originalismo "estremo" e crisi del costituzionalismo negli States*, in *BioLaw Journal* 1 (2023) 111.

¹⁵ Cfr. L.B. Solum, M. Crema, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, in *Alabama Law Review* 73.3 (2022) 531-532.

Sebbene una profonda immersione nella storia, intesa come la comprensione delle intenzioni originali dei padri costituenti, possa illuminare il nostro cammino, evitando di proiettare sulla costituzione le nostre personali visioni, essa non può da sola domare, disciplinare e vincolare l'interpretazione del testo normativo¹⁶.

Giunti a questo punto dell'analisi, si impongono degli interrogativi fondamentali. In primo luogo, sorge spontaneo domandarsi se, al di là dell'imperativo dell'originalismo nella sua forma più rigida, non si possa dischiudere un cammino alternativo.

Già in un'epoca precedente alle attuali dispute, il giurista John Hart Ely, con perspicacia, manifestò una profonda avversione nei confronti del paradigma originalista. Tale avversione non nasceva da una mera divergenza di opinioni, bensì da una critica strutturale alla deferenza acritica verso i valori tradizionali. Ely ravvisava in tale deferenza una sterile apologia dello *status quo*, un'immobilizzazione del diritto in un'epoca di incessante mutamento sociale.

La sua critica si fondava sulla consapevolezza della natura poliedrica della tradizione giuridica, un terreno fertile per l'interpretazione giudiziaria manipolativa. In definitiva, Ely denunciava la natura intrinsecamente antidemocratica di un paradigma che, vincolando le generazioni presenti alle decisioni di maggioranze remote, comprometteva la capacità di autodeterminazione delle società contemporanee¹⁷. In tal guisa, una Costituzione che ambisca a trascendere la contingenza storica non deve predeterminare fini e risultati, bensì assicurare la legittimità del processo deliberativo.

D'altronde, come acutamente osservato dal Giudice White, la Costituzione non si configura come un rigido compendio di norme che definiscono in modo tassativo i confini delle materie da essa disciplinate¹⁸.

L'impiego della tradizione, in particolare quello visto nella sentenza Dobbs, rimane una questione controversa. Secondo un considerevole segmento della comunità dottrinale odierna¹⁹, l'approccio storico della sentenza Dobbs sarebbe viziato da una manipolazione ermeneutica. Questa operazione, che si può definire una "disincorporazione", si traduce in una cecità selettiva rispetto alle concrete e immediate conseguenze che tale decisione avrà sulla vita delle donne.

Questa critica non è un caso isolato. In secondo luogo, e forse ancora più crucialmente, viene messa in discussione la stessa natura della scelta operata dalla Corte in Dobbs. Sussistono fondati dubbi sulla completa neutralità di tale processo decisionale. Si può sostenere che l'influenza di fattori esterni al metodo interpretativo *stricto sensu*, come orientamenti ideologici, convinzioni morali preesistenti o pressioni politiche contingenti, non possa essere esclusa a priori.

3.- Il costituzionalismo vivente.

È palese che la teoria originalista rivela i propri limiti allorché il cosiddetto "significato originario" della Costituzione si dimostra insufficiente a rispondere alle questioni pratiche

¹⁶ Cfr. Tribe, Dorf, *Leggere cit.* 28.

¹⁷ Cfr. J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge 1980, 60ss.

¹⁸ US Supreme Court, 11/6/1986, n. 476 (giudice White contrario).

¹⁹ Si veda: A. Palmieri, R. Pardolesi, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v. Wade»*, in *Foro it.* 9 (2022) 432ss.; M.R. Marella, *«Dobbs» e la geopolitica dei diritti*, in *Foro it.* 9 (2022) 445ss.; A. Sperti, *«Dobbs» e il controverso overruling di «Roe v. Wade» sullo sfondo del confronto tra opposte visioni del rapporto tra storia e Costituzione*, in *Foro it.* 9 (2022) 450ss.

moderne²⁰. Questo limite si manifesta in particolare quando si tratta di affrontare questioni che implicano valori o diritti non esplicitamente contemplati nel testo originario, o che assumono nuove configurazioni alla luce dei mutamenti sociali e culturali. In antitesi alla prospettiva originalista, si colloca il c.d. “living constitutionalism” che si basa sull’assunto fondamentale secondo cui la Costituzione non sia un testo cristallizzato nel passato, il cui significato debba essere ricercato esclusivamente nelle intenzioni originarie dei suoi autori, bensì un documento “vivente”, capace di adattarsi alle nuove esigenze e alle nuove sfide che la storia pone.

In questa prospettiva, l’interpretazione costituzionale non può limitarsi a una mera esegesi testuale, ma deve tener conto del contesto storico, sociale e culturale in cui il testo viene applicato. Il giudice, in particolare, non è concepito come un mero esecutore della volontà dei costituenti originari, ma come un interprete attivo, chiamato a mediare tra il testo costituzionale e le esigenze del presente.

Secondo la dottrina del costituzionalismo vivente, molte disposizioni costituzionali presentano un grado di indeterminatezza tale da rendere il ricorso esclusivo al significato originario insufficiente per la risoluzione della maggior parte dei casi concreti.

Quand’anche si potesse, in ipotesi, estrarre l’intenzione originaria dei costituenti, confinarla e analizzarla minuziosamente, tale operazione non produrrebbe un’interpretazione della Costituzione sufficientemente determinata²¹.

In altre parole, il significato originario, per quanto accuratamente ricostruito, si rivela spesso troppo vago e generico per fornire una risposta univoca e precisa alle specifiche questioni giuridiche che si presentano.

Questo accade perché il linguaggio costituzionale, per sua natura, è spesso caratterizzato da un elevato livello di astrazione e generalità²². Le disposizioni costituzionali enunciano principi generali, valori fondamentali e obiettivi programmatici, ma non scendono nel dettaglio della regolamentazione delle singole fattispecie. Questa indeterminatezza è intenzionale, in quanto consente alla Costituzione di adattarsi alle mutate esigenze della società nel corso del tempo.

Laddove i costituenti hanno impiegato un linguaggio generale, hanno offerto agli interpreti successivi la possibilità di adattare tale linguaggio a situazioni che essi stessi non avrebbero potuto prevedere²³.

Questa “presbiopia” costituzionale non è un limite, ma una virtù essenziale che ne assicura la perennità e l’adattabilità. La vera missione delle costituzioni è proiettarsi oltre il presente,

²⁰ La problematica oggettiva qui delineata ha condotto ad uno scisma interno del pensiero originalista. In sintesi, lo scisma originalista oscilla tra la negazione della distinzione interpretazione/costruzione. Alcuni negano tale distinzione, considerandola un mero equivoco linguistico derivante dalla polisemia del termine inglese “construction”. In questa prospettiva, l’attività giudiziaria sarebbe sempre e solo “interpretazione”, senza una autonoma “costruzione”.

Altri originalisti, pur ammettendo in teoria la distinzione, ne minimizzano la portata pratica. La “costruzione” interverrebbe solo *post* interpretazione del significato originario, ma il suo spazio sarebbe estremamente limitato a causa della “densità” semantica del testo costituzionale e dell’inclusione, nel suo significato originario, di metodi interpretativi e regole decisionali. Un terzo orientamento accetta pienamente la distinzione, ma subordina la “costruzione” a un “principio di vincolo” rispetto al significato originario. La “costruzione” può colmare lacune o ambiguità, ma non contraddire tale significato. Questa posizione, pur riconoscendo la distinzione, ritiene che anche la “costruzione” possa essere guidata dai principi dell’originalismo, raffigurando il giudice come un “fiduciario” del popolo, vincolato alle “istruzioni” costituzionali. Il timore latente, per alcuni, è che uno spazio lasciato alla “costruzione” possa aprire le porte a derive interpretative non originaliste, come il costituzionalismo vivente. Cfr. G. Caporali, *Dobbs* cit. 48.

²¹ Cfr. Cfr. Tribe, Dorf, *Leggere* cit. 23.

²² Cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino 2022, 546.

²³ Cfr. W. Rehnquist, *The Nation of a Living Constitution*, in *Texas Law Review* 54 (1976) 693.

garantendo la stabilità dell'ordinamento e offrendo risposte efficaci anche a trasformazioni sociali imprevedibili al momento della loro entrata in vigore²⁴.

In questo senso, l'apparente "visione confusa del futuro" non rappresenta un difetto, ma una qualità intrinseca di ogni testo fondamentale destinato a regolare la convivenza di una comunità in continuo divenire.

I "Framers", lungi dall'essere ingenui custodi di un passato irripetibile, dimostrarono una profonda consapevolezza della mutevolezza della realtà sociale e politica. Per questo motivo, non definirono i diritti in relazione a specifiche pratiche contingenti, ma attraverso formulazioni generali e astratte, aprendo così uno spazio interpretativo per la loro evoluzione semantica e applicativa. In altre parole, essi posero le fondamenta di un "diritto vivente", capace di incarnarsi in nuove forme e di rispondere a nuove esigenze. L'intento dei costituenti non fu un monolite ideologico precostituito, bensì il risultato di una dialettica complessa, un "work in progress" plasmato da una serie di accordi parzialmente teorizzati, intessuti in quel preciso frangente storico a raggiungere la meta²⁵.

Secondo i sostenitori del costituzionalismo vivente, esistono spesso diverse regole decisionali che, pur rimanendo fedeli al significato originario, conducono a soluzioni pratiche differenti. Il significato originario, quindi, funge da perimetro generale entro cui si muove l'interpretazione, ma non vincola l'interprete a una singola soluzione²⁶.

L'opinione dissenziente nella sentenza *Dobbs* contesta l'approccio originalista della maggioranza, giudicandolo intrinsecamente incapace di cogliere la dimensione dinamica e teleologica del testo costituzionale. L'originalismo, nel suo tentativo di ancorare l'interpretazione costituzionale a una presunta "intenzione originaria" dei Padri Fondatori, commette un errore categoriale: reifica un momento storico specifico, elevandolo a paradigma interpretativo immutabile, e misconosce la vocazione proiettata al futuro della Costituzione. Da un punto di vista ermeneutico, tale approccio si configura come una forma di "archeologismo giuridico", che scava alla ricerca di un significato statico e definitivo, trascurando il carattere vivente e progressivo del diritto. L'opinione dissenziente denuncia l'esito paradossale, se non addirittura mostruoso, a cui conduce l'approccio ermeneutico adottato dalla maggioranza. Le leggi del 1868, espressione di una società profondamente patriarcale e caratterizzata da una marcata diseguaglianza di genere, rappresentavano un vero e proprio "potere di imperio" dello Stato sul corpo femminile. In quel contesto storico, lo Stato si arrogava il diritto di imporre alla donna incinta, sin dai primi stadi della gestazione, un destino biologico ineluttabile: la maternità obbligatoria. L'opinione dissenziente evidenzia con forza l'aberrazione logica e giuridica a cui perviene la maggioranza: essa, implicitamente, ammette la legittimità per gli Stati di ripristinare quel medesimo "comando" statale sul corpo delle donne²⁷.

I giudici dissenzienti hanno voluto sottolineare, con fermezza e chiarezza, che il fine ultimo del diritto risiede nella tutela delle azioni e delle scelte individuali dalle mutevoli dinamiche del conflitto politico. Questo scopo si manifesta attraverso l'erezione di una barriera che pone tali diritti al riparo dalle ingerenze delle maggioranze. Con specifico riferimento al diritto all'aborto, essi affermano che, sebbene controverso, un diritto non può essere soggetto al volere mutevole del

²⁴ Cfr. M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. Azzariti (cur.), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, 47- 48.

²⁵ Cfr. C. Sunstein, *A cosa servono le costituzioni*, Bologna 2009, 80ss.

²⁶ Cfr. L. Rosenthal, *Does Due Process Have an Original Meaning? On Originalism, Due Process, Procedural Innovation...and Parking Tickets*, in *Oklahoma Law Review* 60.1 (2007) 1.

²⁷ Cfr. G. Caporali, *Dobbs* cit. 56-57.

popolo. È evidente, dunque, che i giudici dissenzienti fossero consapevoli del fatto che il diritto all'aborto sarebbe stato nuovamente trascinato al centro dell'arena politica²⁸.

D'altro canto, l'opinione maggioritaria in *Dobbs* esprime una fiducia radicale nelle dinamiche proprie della democrazia rappresentativa. I giudici, infatti, sottolineano come le donne e i movimenti pro-“choice” conservino la facoltà di incidere sulle scelte del legislatore attraverso il dibattito pubblico, l'azione politica e le strategie di pressione democratica, partecipando attivamente ai processi decisionali all'interno dei singoli Stati. Tuttavia, è legittimo chiedersi se il processo democratico sia davvero sufficiente a evitare una compromissione dei diritti fondamentali quando si tratta di questioni eticamente controverse, specialmente in un contesto come quello americano, dove questo tema ha assunto un significato strategico per la politica nazionale²⁹.

A questo proposito, è utile considerare come l'episodio biblico di Barabba, liberato dalla folla al posto di Gesù, rappresenti un *exemplum* paradigmatico delle possibili derive della democrazia, o meglio, di una certa concezione di essa. Non si tratta di una critica alla democrazia in quanto tale, né di una condanna *tout court*, ma di una provocazione intellettuale finalizzata a stimolare una riflessione critica sui suoi potenziali rischi. Sebbene questa non sia la sede per approfondire il tema, possiamo sintetizzare che, in tale prospettiva, la democrazia rischia di degenerare in una forma di “tirannia della maggioranza³⁰”, in cui i diritti delle minoranze e i principi fondamentali vengono sacrificati sull'altare di un'interpretazione distorta della volontà popolare.

D'altronde, sebbene la dipendenza del governo dal popolo rappresenti indubbiamente la forma primaria di controllo, l'esperienza umana ha dimostrato la necessità di ulteriori salvaguardie. Nonostante Madison inizialmente si opponesse all'inclusione del “Bill of Rights” nella Costituzione, come emerge dalla sua corrispondenza con Thomas Jefferson, egli successivamente riconobbe che i diritti tutelabili giudizialmente costituivano un'ulteriore barriera contro la tirannia. Tale cambiamento di prospettiva evidenzia la consapevolezza che la democrazia, pur essendo un valore fondamentale, richiede meccanismi di controllo e di tutela dei diritti individuali per evitare derive autoritarie³¹.

4.- *Dobbs*: una sentenza neutrale?

Analogamente ad altri ambiti di interesse del biodiritto, l'aborto implica un confronto tra posizioni etiche e sistemi valoriali antitetici. Il giudice Alito, autore della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, ha esemplificato chiaramente tale conflitto affermando: «L'aborto presenta una questione morale di grande rilievo sulla quale gli americani nutrono opinioni fortemente divergenti»³².

La Corte, pur riconoscendo la profonda discordanza di opinioni che anima il dibattito pubblico americano sull'interruzione volontaria di gravidanza, postula una sorta di “immunizzazione” della propria funzione giudicante rispetto a tale polarizzazione. In altre parole, l'eterogeneità delle vedute che caratterizza la società civile non si riflette, né deve riflettersi, nella composizione e nelle decisioni della Corte stessa.

²⁸ Id., *Dobbs* cit. 59.

²⁹ Cfr. L. Poli, *Pluralismo* cit. 69.

³⁰ Cfr. A. De Tocqueville, *Democracy in America*, Saunders and Otley, London 1835, II, 92.

³¹ Cfr. Tribe, Dorf, *Leggere* cit. 13.

³² US Supreme Court, 24/6/2022, n. 597.

Questo assunto si fonda su un'analogia cruciale, esplicitata con particolare enfasi nella pronuncia Dobbs: il parallelismo tra la neutralità della Costituzione e la neutralità della Corte. Si afferma, in sostanza, che la Costituzione degli Stati Uniti, in quanto testo fondamentale e fondante l'ordinamento giuridico, non prende posizione pro o contro l'aborto. Essa si pone, per così dire, al di sopra della contesa, in una posizione di equidistanza rispetto alle diverse concezioni etiche e morali che si confrontano sul tema.

Di conseguenza, la Corte, quale interprete e custode della Costituzione, deve a sua volta aderire a questo principio di neutralità. I giudici, nell'esercizio delle loro funzioni, non sono chiamati a esprimere un'opinione personale sull'aborto, né a far prevalere una particolare visione etica o ideologica. Il loro compito è unicamente quello di applicare il diritto costituzionale, interpretandolo alla luce dei principi di neutralità e oggettività.

Questo approccio implica una concezione ben precisa del ruolo della Corte Suprema: non un arbitro politico chiamato a dirimere conflitti sociali sulla base di valutazioni contingenti, ma un organo tecnico-giuridico garante della supremazia della Costituzione e della sua applicazione uniforme e imparziale. La neutralità della Corte, in questo senso, diviene condizione essenziale per la sua legittimazione e per la stabilità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

L'argomentazione di Kavanaugh in Dobbs non verte, secondo la sua stessa prospettiva, sulla valutazione morale intrinseca dell'aborto, ovvero sulla sua liceità o illiceità da un punto di vista etico o religioso. Piuttosto, il fulcro della questione, per come viene da lui delineato, risiede nell'interpretazione del testo costituzionale e nella delimitazione del suo ambito di applicazione. In altre parole, la Corte non si pronuncia sulla moralità dell'aborto in sé, non emette un giudizio di valore assoluto sull'interruzione di gravidanza basato su principi filosofici o dogmi religiosi. L'obiettivo dichiarato è invece di operare una distinzione di natura squisitamente giuridica: discernere ciò che rientra nella sfera di competenza della Costituzione, ovvero ciò che essa espressamente o implicitamente disciplina, da ciò che invece ne rimane al di fuori, demandando la regolamentazione ad altre sedi, come il legislatore statale³³.

Tuttavia, è importante notare che questa affermazione di neutralità è stata oggetto di ampio dibattito e critica. Taluni studiosi sostengono che sia impossibile per la Corte operare una completa astensione da valutazioni di natura morale e politica, soprattutto in materie così delicate e controverse come l'aborto. La stessa interpretazione della Costituzione, del resto, implica sempre un certo grado di discrezionalità e di scelta da parte del giudice. Pertanto, l'enfasi sulla neutralità della Corte potrebbe essere interpretata come una strategia retorica per mascherare, o quantomeno attenuare, la natura intrinsecamente politica delle sue decisioni.

Numerose voci hanno interpretato la sentenza Dobbs come un atto intrinsecamente politico, piuttosto che come una decisione strettamente giuridica. Questa lettura critica si concentra principalmente sulla composizione della Corte Suprema, caratterizzata da una maggioranza di giudici nominati da presidenti repubblicani. Si suggerisce, in sostanza, che la Corte, attraverso la sentenza Dobbs, abbia agito in linea con le posizioni pro-“life” sostenute da una parte significativa dell'elettorato conservatore, cedendo a pressioni di natura ideologica e partitica.

Si ravvisa una certa tendenza a considerare l'approccio originalista non come una genuina ricerca del significato originario dei testi costituzionali, bensì come un espediente orchestrato al fine di

³³ Cfr. N. Zanon, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in *AIC La Lettera/07-2022, Originalismo e Costituzione*, consultabile in: <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/la-costituzione-neutrale-di-kavanaugh>.

attuare un'agenda politica di natura conservatrice. Tale agenda mira a riconsiderare, e potenzialmente a sovvertire, importanti acquisizioni giurisprudenziali nel campo dei diritti civili. Questa operazione, che si manifesta attraverso il superamento di precedenti giurisprudenziali consolidati, sembra condurre la giustizia costituzionale verso un territorio caratterizzato da un volontarismo decisionista, dove la volontà del giudice assume un ruolo preponderante rispetto alla stabile interpretazione del diritto.

In questa prospettiva, l'originalismo non si configura come una metodologia interpretativa neutrale, ma piuttosto come uno strumento al servizio di una specifica politica costituzionale, implementata da una magistratura che ambisce a esercitare una forma di egemonia sulla società. In altre parole, l'interpretazione originalista, lungi dall'essere un'oggettiva ricostruzione del *voluntas legislatoris* originario, diviene il veicolo di una *voluntas iudicis* attuale, orientata a plasmare l'ordine sociale secondo una visione ideologica predeterminata. Si assiste, pertanto, a uno slittamento dalla ricerca di un significato oggettivo e stabile del testo costituzionale all'affermazione di una soggettività giudiziaria che si proietta sulla realtà sociale attraverso la reinterpretazione del passato³⁴.

Ancora una volta, con rinnovata attualità, risuona il monito imperituro della filosofa femminista Simone De Beauvoir, la quale affermò: «Non dimenticate mai che è sufficiente una crisi politica, economica o religiosa per mettere in discussione i diritti delle donne».

Questa esortazione non è un mero appello alla memoria, ma un invito alla vigilanza epistemologica e politica. Richiama la necessità di una costante consapevolezza della precarietà intrinseca dei diritti delle donne, che sono tutt'altro che acquisizioni definitive e immutabili, bensì il risultato di conquiste progressive, spesso ottenute attraverso lunghe e ardue battaglie.

D'altronde, Norberto Bobbio ci offre una chiave di lettura essenziale in tal senso: i diritti sono prodotti storici, emergono come risposta a bisogni che si manifestano nel corso del tempo, e la loro estensione è un processo dinamico. In altre parole, la concezione dei diritti umani come entità fisse e immutabili, ancorate in una presunta 'natura umana', si rivela fallace di fronte all'analisi storica, che ne rivela, infatti, la totale illusorietà. Si pensi, ad esempio, al lungo e arduo cammino verso il riconoscimento del diritto di voto femminile, un tempo considerato un'aberrazione³⁵.

Come, infatti, lo stesso Bobbio sottolinea, la sfida odierna dei diritti umani non risiede principalmente nella loro giustificazione teorica, bensì nella loro effettiva protezione. Il problema, dunque, si sposta dal piano filosofico a quello politico.

È innegabile che i fondamenti tradizionali dei diritti umani attraversino una fase di crisi. Tuttavia, la risposta non può consistere nella vana ricerca di un nuovo fondamento assoluto. Occorre piuttosto prendere atto della pluralità dei fondamenti possibili, riconoscendo la loro validità contingente e la loro capacità di rispondere a esigenze specifiche.

In altre parole, l'impresa di individuare un fondamento ultimo e immutabile dei diritti si rivela velleitaria. La saggezza risiede, invece, nella capacità di riconoscere e valorizzare i molteplici fondamenti che, di volta in volta, si rivelano adeguati a garantire la tutela dei diritti umani³⁶.

5.- Donna ed embrione: il confronto ontologico alla base delle legislazioni sull'aborto.

³⁴ Cfr. C. Caruso, *Originalismo e politica della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *AIC La Lettera/07-2022, Originalismo e Costituzione*, consultabile in: <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-politicita-della-corte-suprema-degli-stati-uniti>.

³⁵ Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1990, 260-262.

³⁶ Id., *L'età* cit. 16.

Nell'attuale congiuntura storica, siamo testimoni di un fenomeno giuridico di portata epocale: la transitorietà dei diritti fondamentali. L'oscillazione del pendolo giuridico, che vede l'affermazione e la successiva negazione di diritti sanciti a livello costituzionale, solleva interrogativi ineludibili sulla natura stessa del diritto.

La recente sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti, che ha ribaltato la storica sentenza Roe v. Wade sul diritto all'aborto, è un esempio emblematico di questa transitorietà. Essa dimostra come diritti considerati acquisiti possano essere rimessi in discussione, anche a distanza di decenni. La questione che si pone non è meramente descrittiva, bensì eziologica. È imperativo intraprendere un'indagine approfondita sulle cause recondite che hanno innescato questa metamorfosi del paradigma giuridico. Non possiamo limitarci a constatare il cambiamento; dobbiamo, al contrario, decifrare le forze motrici che lo sottendono.

È indubbio che il confronto dialettico tra la figura della donna e quella dell'embrione, unitamente alla disamina della loro essenza ontologica, abbia esercitato un influsso determinante sulle legislazioni concernenti l'interruzione volontaria di gravidanza, configurandosi pertanto come elemento di primaria importanza per la presente analisi.

L'aborto si presenta come un nodo gordiano, in cui si intrecciano i fili dei diritti dell'embrione e quelli della donna, una dialettica antinomica che, pur affondando le sue radici in una dimensione atemporale, manifesta una progressiva e incalzante esacerbazione. Tale antitesi richiede un delicato bilanciamento, spesso demandato alle pronunce giurisprudenziali prima ancora che all'intervento legislativo.

Prima di affrontare il nucleo del dilemma etico fondamentale, ossia se fosse opportuno anteporre l'autodeterminazione della gestante alla vita dell'embrione, si pose una questione preliminare di natura ontologica: è lecito ascrivere l'embrione alla categoria di "persona"? Tale interrogativo assunse una rilevanza cruciale, poiché laddove si fosse pervenuti a una risposta affermativa, ne sarebbe conseguito che ogni tentativo di mediazione o compromesso in materia di interruzione volontaria di gravidanza si sarebbe rivelato intrinsecamente fallace e contraddittorio.

Nel discorso bioetico, la consueta sovrapposizione tra le nozioni di "essere umano" e "persona" si rivela inadeguata, dischiudendo un'aporia semantica di non trascurabile entità. Sebbene nel linguaggio comune i due termini tendano a coincidere, una riflessione più approfondita ne evidenzia la profonda eterogeneità concettuale.

In ambito giuridico, l'espressione "essere umano" designa, in senso lato, ogni membro della specie umana, fungendo da mero strumento di classificazione biologica. Tale accezione, tuttavia, si limita a constatare un dato di fatto naturale, senza implicare automaticamente il riconoscimento di uno statuto morale o giuridico pieno. L'appartenenza alla specie umana, infatti, si configura come un'idoneità astratta a essere titolari di diritti e doveri, piuttosto che una titolarità effettiva e compiuta.

Trasponendo questa distinzione al contesto della vita prenatale, l'attribuzione della qualifica di "essere umano" a un embrione o a un feto non equivale a conferirgli *ipso facto* la pienezza dei diritti soggettivi. Piuttosto, essa indica la possibilità che tale entità, in virtù del suo sviluppo biologico, possa divenirne in futuro titolare³⁷.

³⁷ Cfr. D. Canale, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (curr.), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano 2011, 1265.

Relativamente al concetto di “persona” nell’ambito della bioetica, si osserva un costrutto semantico stratificato, risultato di una genesi concettuale plurisecolare. A partire dalla definizione boeziana di “sostanza individuale di natura razionale”, il termine ha subito un’evoluzione significativa, culminata nell’elaborazione agostiniana di una triade attributiva fondamentale: *unitas, substantia, ratio*. Tuttavia, è con John Locke che si assiste a una vera e propria svolta epistemologica. La prospettiva lockiana introduce il concetto di coscienza come elemento discriminante per la definizione di persona. A differenza della concezione tradizionale, che considerava la razionalità come una facoltà innata e intrinseca all’essere umano, Locke la concepisce come una “proprietà emergente”, che si sviluppa gradualmente. Ne consegue una ridefinizione radicale del concetto di persona, che si emancipa dalla sua stretta correlazione con la vita biologica. La persona non è più semplicemente un essere umano, ma un essere cosciente, la cui identità è plasmata dalle proprie esperienze e dalla propria capacità di auto-percezione³⁸. In questa prospettiva, la persona diviene un artefatto, un prodotto della propria storia e delle proprie scelte, un soggetto morale responsabile delle proprie azioni. Questa reinterpretazione “artificiale” della persona, fondata sull’autocoscienza, implica una conseguenza cruciale per il dibattito bioetico: la difficoltà di estendere tale concetto al di là dei confini della nascita³⁹.

Orbene, come acutamente osserva Dworkin, la mera sussistenza di un codice biologico singolare nell’embrione non costituisce un fondamento sufficiente per l’attribuzione dello *status* di persona. Se si aderisse a una concezione che equipara semplicisticamente l’esistenza di un codice biologico unico con la personalità, si giungerebbe all’assurda conseguenza di dover estendere tale *status* a ogni forma di vita biologica, depauperando così il concetto di persona del suo significato specificamente umano e delle implicazioni etiche e giuridiche ad esso connesse⁴⁰.

La ratio sottesa all’esclusione del nascituro dalla categoria di “persona” giuridica, ovvero di soggetto titolare di diritti pienamente riconosciuti, troverà eco e conferma in diverse pronunce giurisprudenziali di rilevanza storica, tra cui spicca la sentenza *Roe v. Wade*.

Se Blackmun avesse scelto di qualificare l’embrione o il feto come “persona” sin dal concepimento, l’autonomia procreativa della donna ne sarebbe stata significativamente limitata.

Così, nel gennaio del 1973, la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò incostituzionale la legge del Texas poiché consentiva l’aborto soltanto nei casi in cui fosse necessario salvare la vita della madre. In assenza di un esplicito riconoscimento costituzionale del diritto alla salute, anche attraverso interpretazioni estensive, la Corte individuò nel “diritto alla privacy” - dedotto, per via

³⁸ Le teorie che ritardano l’inizio dello status di persona fino al momento in cui si rileva la capacità o le condizioni per l’esercizio delle capacità sensitive e razionale, pur differendo nei dettagli concettuali, condividono una matrice comune identificabile nella visione “funzionalista”.

D’altronde, non manca chi, nella prospettiva funzionalista, ravvisa un errore concettuale: la presenza di una funzione (che sia sensitiva, intellettuale, autocosciente o valutativa), o delle condizioni per la sua estrinsecazione, presuppone necessariamente l’esistenza di un soggetto. È l’esistenza del soggetto che rende possibile l’esercizio di tali funzioni, non l’esercizio delle funzioni a costituire l’essere del soggetto. Le funzioni non costituiscono “il” soggetto, bensì appartengono “al” soggetto; in altre parole, tali funzioni non potrebbero esistere se non fossero manifestate da un soggetto che, per sua natura, è in grado di esprimerle. Cfr. L. Palazzani, *Lo statuto giuridico dell’embrione umano*, *Persona y Derecho* 44 (2001) 121-122.

³⁹ Cfr. V. Giordano, *Le regole del corpo*, Torino 2018, 57- 58.

⁴⁰ Cfr. R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, Eutanasia e libertà individuale*, Milano 1994, 60.

interpretativa, dalla *penumbra* del XIV emendamento, in particolare dalla clausola del “due process of law”⁴¹ - il fondamento giuridico per l’autodeterminazione femminile in materia di gravidanza⁴².

È necessario evidenziare che figure di spicco del femminismo radicale, come Catharine MacKinnon, hanno espresso riserve significative riguardo all’inclusione del diritto all’aborto nel dominio del diritto alla “privacy”. Questa scelta strategica, lungi dall’essere neutrale, ha comportato, secondo MacKinnon, una problematica conseguenza: la relegazione della decisione della donna all’interno della dicotomia pubblico/privato⁴³.

Tale dicotomia, non una semplice distinzione concettuale, struttura l’ordine politico in modo intrinsecamente patriarcale. In altre parole, la scelta di incardinare il diritto all’aborto nella sfera privata avrebbe, secondo le radicali, finito per rafforzare le dinamiche di potere esistenti, limitando la capacità della donna di esercitare pienamente la propria autonomia⁴⁴.

Indipendentemente dalla dibattuta questione della sussunzione del diritto all’aborto all’interno del diritto alla “privacy” o di altro diritto, è innegabile che l’analisi condotta dalla Corte Suprema nel caso *Roe v. Wade* riveli una profondità di pensiero che trascende la mera gestione del fenomeno dell’aborto clandestino. Infatti, un ulteriore e significativo merito attribuibile alla Corte risiede nella sua encomiabile lucidità nel riconoscere le potenziali conseguenze negative derivanti da una gravidanza non desiderata. Tale riconoscimento si estese alla problematica del sostentamento economico di un figlio all’interno di un nucleo familiare già incapace, per ragioni psicologiche, sociali o economiche, di accoglierlo adeguatamente. La sentenza tenne inoltre in considerazione lo stigma sociale che, all’epoca, gravava sulle madri non sposate. In sintesi, *Roe v. Wade* non solo legalizzò l’aborto, ma lo elevò a diritto fondamentale della donna, una sorta di “*habeas corpus*” femminile che le permette di sottrarsi a una gravidanza indesiderata, questione che, purtroppo, le successive sentenze incentrate sul medesimo tema non riprenderanno né approfondiranno con la medesima audacia e ampiezza di vedute.

La sentenza *Roe v. Wade*, attraverso la sua innovativa divisione della gravidanza in trimestri⁴⁵, delineò un’area di autonomia individuale quasi illimitata, una sorta di sfera inviolabile in cui l’individuo era sovrano. L’intervento statale, secondo questa concezione, era concepito come un evento straordinario, una sorta di *deus ex machina* che irrompeva sulla scena solo in prossimità del parto, quando l’interesse dello Stato alla protezione del feto raggiungeva un’intensità tale da giustificare una limitazione della libertà della donna.

A seguito, altre pronunce giurisprudenziali troveranno la loro *arché* nella nozione di “persona” che, in modo implicito o esplicito, viene assunta come base del ragionamento⁴⁶.

⁴¹ Cfr. G. Viaggiani, *La questione giuridica dell’aborto negli Stati Uniti*, in *About Gender. International Journal of Gender Studies* 3.5 (2014) 113-114.

⁴² Cfr. S. Dal Monico, *La criminalizzazione dell’aborto quale divieto di tortura e di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti: la sentenza Dobbs e gli obblighi di diritto internazionale degli Stati Uniti d’America*, in *DEP. Finestra sul presente* 3 (2023) 2.

⁴³ Cfr. C. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge 1989, 69ss.

⁴⁴ Cfr. V. Giordano, *Break on Through to the Glass Ceiling. Theoretical Perspectives on Gender Law*, Istituto Latinoamericano de Altos Estudios 2023, 122.

⁴⁵ La sentenza *Roe v. Wade*, mediante l’articolazione della gravidanza in trimestri, sancì un regime giuridico differenziato, riconoscendo nel primo trimestre (0-12 settimane) la piena autonomia decisionale della donna senza ingerenza statale, nel secondo trimestre (13-24 settimane) la facoltà dello Stato di regolamentare l’aborto esclusivamente a tutela della salute materna senza possibilità di divieto, e nel terzo trimestre (25 settimane fino al parto) la legittimità del divieto statale di aborto in caso di vitalità fetale, salvo che per la salvaguardia della vita o della salute della madre, configurando così un bilanciamento progressivo tra il diritto alla “privacy” della donna e l’interesse statale alla protezione della vita prenatale.

Tuttavia, prima ancora dell'avvento di Dobbs, un cambiamento di paradigma era già in atto. La sentenza *Planned Parenthood v. Casey* (1992), pur non sovvertendo integralmente l'impianto concettuale di *Roe v. Wade*, ne incrinò la solidità dogmatica.

La ripartizione temporale in trimestri fu superata, in quanto considerata insufficiente a cogliere la complessità etica e giuridica della questione. In luogo di tale schema, la Corte adottò un criterio fondato sulla nozione di "viability": spartiacque tra la prevalenza del diritto all'autodeterminazione della donna (pre-"viability") e un maggiore interesse statale alla protezione del feto (post-"viability").

Lo Stato poté così regolare l'interruzione volontaria di gravidanza durante il periodo pre-"viability", purché le restrizioni non creassero un "undue burden" (onere eccessivo) che ostacolasse significativamente l'accesso all'aborto. La Corte chiarì che un limite normativo era invalido solo se rendeva la scelta sostanzialmente impraticabile, mentre restrizioni che la rendevano più difficoltosa ma non impossibile non violavano la Costituzione⁴⁷.

Tutto ciò fu reso possibile dal fatto che la Corte, pur riconoscendo alla donna la facoltà di interrompere la gravidanza durante il periodo pre-"viability", si astenne dall'elevare tale facoltà a diritto fondamentale. La collocò, invece, in una sfera giuridica subordinata, suscettibile di essere bilanciata con interessi contrapposti.

Con la sentenza *Casey*, si assistette a una rimodulazione del concetto di autonomia femminile, reinterpretato alla luce di un nuovo equilibrio che subordinava l'autodeterminazione della donna a una ponderazione comparativa con altre istanze. In antitesi, il diritto alla vita del concepito fu configurato come preminente sin dalle fasi iniziali della gestazione, e a tale diritto si connetteva il dovere dello Stato di tutelare il valore intrinseco della vita potenziale.

Questa nuova tendenza disvela una dinamica profonda e complessa: si passa da una dialettica dei diritti a una fenomenologia della vulnerabilità. L'attenzione non si concentra più esclusivamente sulla definizione astratta dei diritti in gioco, ma si sposta sull'analisi concreta delle condizioni esistenziali dei soggetti coinvolti. Ci si interroga, in altre parole, su chi si trova in una posizione di maggiore precarietà, di maggiore esposizione al rischio, di maggiore dipendenza dalle decisioni altrui⁴⁸.

Il discorso pubblico dominante opera un'assimilazione del feto al concetto di "vita", elevando quest'ultima a valore supremo e assoluto. Ed infatti, la rappresentazione del concepimento come una competizione agonistica, una "corsa alla vita" tra spermatozoi, prefigura già nel momento della

⁴⁶ La corte costituzionale italiana, con sentenza n. 27 del 1975, afferma che, rispetto alla persona nata, il concepito presenta caratteristiche sui generis. Da ciò deriva che il feto possiede alcuni attributi umani che richiedono tutela, sebbene in misura evidentemente inferiore rispetto all'essere umano dopo la nascita. Cfr. G. Brunelli, *L'aborto "sbilanciato". Il bilanciamento (assente) in Dobbs e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975*, in *BioLaw Journal* 3 (2023) 23.

L'ampiezza semantica più limitata del concetto di "persona" rispetto a quello più generico di "essere umano" nel contesto giuridico emerge chiaramente nel caso *Vo c. Francia*.

La corte trovandosi di fronte all'opportunità di chiarire l'ambito dell'art. 2 CEDU ha precisato che pur appartenendo alla specie umana, l'embrione e il feto non godono tuttavia del diritto alla vita, poiché tale diritto spetta esclusivamente alle "persone" e non genericamente a qualsiasi "essere umano". Il "diritto alla vita" del non ancora nato è quindi implicitamente limitato dai diritti e dagli interessi della madre. Nell'equilibrare tali diritti e interessi, gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità. Cfr. P. De Stefani, *Corte europea dei diritti umani: sentenza Vo c. Francia*, in *Pace diritti umani* 3 (2004) 152-156.

⁴⁷ Cfr. S. Gabriele, *US Supreme Court – Planned Parenthood v. Casey: aborto*, 29 giugno 1992, consultabile in: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/US-Supreme-Court-Planned-Parenthood-v.-Casey-aborto>.

⁴⁸ Cfr. M.L. Boccia, *È alla donna che dobbiamo la vita*, in *Liberazione*, 26 febbraio 2008.

fecondazione una lotta per l'esistenza. Tale narrativa si avvale di metafore potenti ed implica una visione predeterminata dello sviluppo biologico, in cui la vita è vista come un valore assoluto da preservare a ogni costo⁴⁹.

Si attua una strategia di rappresentazione che enfatizza la fragilità e la vulnerabilità del feto, suscitando empatia e legittimando un intervento esterno sul corpo della donna. La gravidanza viene così percepita come una condizione in cui il corpo femminile funge da *habitat* primario, uno spazio vitale che accoglie un sistema in formazione.

La "vita" eretta a tiranno etico rende pubblico il grembo della donna, trasformando il corpo femminile in un luogo dove si compie un processo di interesse statale e di salute pubblica. Di conseguenza, si genera un consenso sociale che giustifica la violazione dell'autonomia femminile, privando la donna della sua soggettività⁵⁰.

Questa deprivazione si manifesta attraverso una peculiare concettualizzazione della figura femminile, ridotta a mero tabernacolo, un ricettacolo passivo di un'entità sacralizzata. Il feto, investito di un potere trascendente, diviene un attore sovrano all'interno di un sistema biopolitico che ne garantisce la tutela. In definitiva, la concezione del feto come re incontrastato dello spazio uterino sancisce una radicale negazione della soggettività femminile. La donna, ridotta a mero strumento biologico, viene privata della sua autonomia e annichilita a vantaggio di un'immagine idealizzata di maternità⁵¹.

6.- L'aborto come terreno di scontro tra emancipazione femminile e ordine patriarcale.

Se il feto è considerato "vita", ma non "persona", l'aborto rappresenta il risultato di una ponderazione tra le diverse vite in gioco e i rispettivi valori. Tuttavia, la decisione finale spetta esclusivamente a chi è persona, nell'esercizio dei propri diritti soggettivi. La formazione della vita individuale può essere intesa come un processo graduale, un accrescimento che non è solo determinato dal patrimonio genetico dell'embrione, ma che richiede l'interazione con il corpo materno per progredire⁵².

In questa prospettiva, si configura una rappresentazione distorta della donna, percepita come arbitra incontrastata della vita e della morte, incarnazione di un'angoscia maschile primordiale: esistere al mondo a causa di una scelta femminile casuale. Questa narrazione, lungi dall'essere una mera rappresentazione simbolica, si traduce in una vera e propria colpevolizzazione della donna. L'aborto diviene il fulcro di un'accusa morale, un atto che la marchia nell'immaginario collettivo come potenziale assassina della vita che porta in grembo⁵³.

Ed infatti, lo slogan Pro-"life" emerge come una costruzione retorica volta a delegittimare l'opposizione, insinuando un'intenzione omicida nei confronti di coloro che sostengono il diritto all'interruzione di gravidanza. Tale formulazione, lungi dall'essere un innocuo appello alla vita, si configura come una strategia politica che mira a polarizzare il dibattito, dipingendo gli avversari

⁴⁹ Cfr. B. Duden, *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Torino 1994, 27s.

⁵⁰ Id., *Il corpo* cit. 107.

⁵¹ Cfr. P. Hanafin, *Politica della vita. Cittadinanza riproduttiva e 'potere sovrano' dell'embrione*, in A. Catania, F. Mancuso (curr.), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Milano 2011, 97s.

⁵² Cfr. C. Mancina, *La laicità ai tempi della bioetica*, Bologna 2009, 99-100.

⁵³ Cfr. T. Pitch, *Perché si discute di diritto e diritti*, 2004, consultabile in: <http://www.sociologiadip.unimib.it/mastersqs/dida1/testitre/tamar.pdf>.

come fautori di morte. In questo modo, si opera una semplificazione indebita di una questione complessa, riducendo il confronto a una dicotomia tra “vita” e “morte”⁵⁴.

Si tratta di una dinamica che affonda le radici in una concezione arcaica e che continua a influenzare il dibattito contemporaneo sull’aborto, ostacolando una riflessione serena e costruttiva sulla delicata questione.

Nell’arena simbolica dove si fronteggiano l’ombra dell’assassino e la luce dell’eroe, il movimento pro-“life” lancia un appello all’azione, esortando chiunque a intervenire nell’ambito della propria responsabilità, al fine di salvaguardare la vita. In questo contesto, l’eco delle parole cristiane risuona con particolare intensità: «Ciò che avrete fatto al più piccolo dei miei fratelli, lo avrete fatto a me». Tuttavia, sorge un interrogativo cruciale: quale voce si leva dalle donne di fronte a un samaritano che cerca il suo prossimo nel loro ventre⁵⁵?

L’aborto, nonostante sia divenuto un tema bioetico a tutti gli effetti, rimane ancora essenzialmente una questione femminile, poiché le lotte che lo circondano sono principalmente volte a plasmare, in una direzione o nell’altra, il destino delle donne nella società e la qualità della loro cittadinanza⁵⁶.

Pur riconoscendo l’esistenza di una dialettica conflittuale tra le pretese giuridiche della donna e quelle del *nasciturus*, è lecito supporre che la tutela di quest’ultimo non costituisca la *ratio essendi* ultima dell’ostilità manifestata nei confronti dell’interruzione volontaria di gravidanza, o per meglio dire, non ne rappresenti l’unica motivazione. Anzi, si può avanzare l’ipotesi che la retorica della “protezione del concepito” funga, in molti casi, da maschera ideologica, dissimulando una reazione di stampo patriarcale avversa al processo di emancipazione femminile. Tale prospettiva suggerisce che il dibattito sull’aborto trascenda la mera contrapposizione tra diritti individuali, per investire questioni di più ampio respiro concernenti la distribuzione del potere tra i generi e il controllo sul corpo femminile. In questa chiave di lettura, la difesa della vita prenatale si configura come un pretesto retorico per perpetuare dinamiche di subordinazione e per riaffermare un ordine sociale gerarchizzato, nel quale la donna è relegata a un ruolo subalterno e funzionale alla riproduzione⁵⁷.

Nell’ambito della nostra analisi, risulta pertinente richiamare il pensiero di Veronesi, il quale sostiene che le prime a non desiderare l’aborto siano proprio le donne, poiché tale atto contravviene all’imperativo biologico insito nel loro DNA, ossia quello della riproduzione, opponendosi, in altre parole, al loro innato impulso materno⁵⁸.

Dalle parole di Veronesi emerge una chiara difficoltà: quella di liberare definitivamente le donne dal ruolo sociale tradizionalmente imposto loro. Si tratta della conquista definitiva da parte delle donne del proprio *habeas corpus*, contro la costruzione sociale mascherata da “natura”, “DNA” e “pulsioni” che ha contribuito in maniera preponderante alla loro subordinazione sociale e giuridica⁵⁹.

Le parole di Sibilla Aleramo risuonano come un monito contro una secolare costruzione culturale che imprigiona la donna nel ruolo di madre sacrificale: «Perché nella maternità adoriamo il sacrificio? Donde è scesa a noi questa inumana idea dell’immolazione materna? Di madre in figlia, da secoli, si tramanda il servaggio. È una mostruosa catena»⁶⁰. Questa interrogazione radicale mette

⁵⁴ Cfr. Duden, *Il corpo* cit. 118.

⁵⁵ Id., *Il corpo* cit. 30-31.

⁵⁶ Cfr. S. Mancini, *Un affare di donne. L’aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova 2022, 141.

⁵⁷ Id., *Un affare* cit. 143.

⁵⁸ Cfr. U. Veronesi, *Un’inutile punizione*, in *La Repubblica*, 3 aprile 2010.

⁵⁹ Cfr. Mancini, *Un affare* cit. 139.

⁶⁰ S. Aleramo, *Una donna*, Milano 2012, 144-145.

in discussione la naturalità di un modello che impone alla donna l'annullamento di sé in nome della maternità, svelando la sua natura di costruito sociale, perpetuato attraverso generazioni di donne.

L'idea centrale è che l'ideale della libertà individuale, intesa come autonomia gestionale delle proprie capacità, ha spesso negato una libertà specificamente femminile: quella di gestire autonomamente le proprie capacità riproduttive. Storicamente, e parliamo di una storia millenaria ben documentata, questo si è manifestato nel conferire agli uomini il controllo che veniva sottratto alle donne sui loro stessi corpi⁶¹.

Se si analizza la storia con sguardo retrospettivo, emerge con chiarezza come, fin dagli albori della civiltà, le donne abbiano subito una condizione di subalternità rispetto agli uomini. Tale subordinazione si manifesta con una peculiarità degna di nota: abitualmente, la disparità numerica tra gruppi sociali ha rappresentato un elemento determinante, o quantomeno favorevole, all'affermazione di dinamiche di potere e controllo. Questa dinamica, tuttavia, non si applica alla condizione femminile, analogamente a quanto osservato da Bebel riguardo al proletariato⁶². Nonostante ciò, il parallelismo proposto si rivela inadeguato. Un ulteriore fattore che ha frequentemente condotto un gruppo ad esercitare dominio su un altro risiede nell'irruzione di un evento storico specifico, una cesura capace di spezzare un equilibrio preesistente, caratterizzato da coesistenza, tolleranza o indifferenza reciproca. Il proletariato, ad esempio, emerge in un preciso contesto storico, in virtù di dinamiche socio-economiche ben definite. Diversamente, l'esistenza delle donne è connaturata alla storia stessa dell'umanità e la loro subordinazione non scaturisce da un evento o sviluppo particolare; essa, piuttosto, si presenta come una costante, una condizione perennemente presente nel tessuto storico-sociale⁶³.

«(L)a capacità giuridica femminile non è a lungo pensata né rappresentata. Prevale la tendenza a fissare la donna a un'immanenza biologica che la ipostatizzerà per molto tempo in una soglia pregiuridica»⁶⁴.

Non è stato il placido decorso del tempo, né la benevolenza dei detentori del potere, a condurre alla cessazione delle oppressioni. Nella storia il prezzo della libertà non è mai stato ottenuto a buon mercato. Solo attraverso l'azione cosciente e determinata dei soggetti oppressi, manifestatasi attraverso la ribellione, le catene dell'oppressione sono state spezzate e i diritti, lungamente negati, finalmente riconosciuti.

Tuttavia, pur essendo stata riconosciuta la loro piena soggettività giuridica e pur avendo conquistato la possibilità di abitare la totalità degli spazi sociali, pubblici e privati, il corpo delle donne permane, a livello profondo, oggetto di una costante negoziazione e continua a essere il fulcro di dinamiche di biopotere. Lungi dall'essere pienamente integrato nella sfera del soggetto, il corpo femminile, continua a rappresentare uno spazio su cui si proiettano significati e aspettative sociali⁶⁵.

⁶¹ Cfr. L. Gianformaggio, *La riproduzione medicalmente assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, in *Forumcostituzionale.it* (2004), consultabile in: www.forumcostituzionale.it.

⁶² Si veda: A. Bebel, *La donna e il socialismo*, Milano 2021. Il testo si inserisce nel dibattito marxista sulla "questione femminile", che ha avuto un ruolo importante nel movimento socialista e comunista del XX secolo. L'autore presenta una visione che collega strettamente l'emancipazione delle donne alla lotta di classe e alla trasformazione della società capitalista.

⁶³ Cfr. A. Cavarero, F. Restaino, *Le filosofie femministe*, Milano 2002, 136-137.

⁶⁴ N. Matucci, *Diritti delle donne come diritti umani: il femminismo giuridico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (2011) 1.

⁶⁵ Cfr. O. Giolo, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, in *Dir. & Quest. Pubbl.* 15.2 (2015) 70-71.

Da tale angolatura, si rivela particolarmente perspicace la riflessione di Giordano sulla serie *The Handmaid's Tale*, trasposizione dell'omonimo romanzo di Margaret Atwood. Nel romanzo di Atwood le ancelle, non casualmente, sono donne fertili ridotte a pure funzioni riproduttive, private della loro identità e asservite ad un ordine patriarcale che ne gerarchizza la posizione in virtù di un riferimento alla figura biblica di Bila, serva della moglie di Giacobbe, Rachele⁶⁶.

Tale scenario distopico rispecchia, estremizzandolo, il persistente controllo sociale sulla sessualità e la libertà riproduttiva femminile; un fenomeno che permea la storia e si manifesta anche nella società contemporanea. La sentenza Dobbs non è che un segnale allarmante della tendenza conservatrice a restringere diritti precedentemente acquisiti, dissimulando tale regressione dietro un'argomentazione apparentemente neutra. Gran parte della responsabilità ricade indubbiamente sul liberalismo e sulla sua asserita universalità, la quale, a un'analisi più profonda, disvela come il soggetto di diritto sia stato storicamente plasmato secondo un'ottica patriarcale. Questa impostazione ha determinato che la lotta per i diritti femminili si sia incessantemente scontrata con dinamiche di esclusione e discriminazione, che ne hanno minato l'effettiva realizzazione⁶⁷.

Con l'annullamento del diritto all'aborto, si è compiuto uno strappo profondo nel tessuto della storia repubblicana americana: non solo si è revocato un diritto, ma si è incrinata la stessa nozione di *privacy* come baluardo inalienabile delle libertà fondamentali. Questa sfera intima, tradizionalmente sottratta all'ingerenza politica, che custodiva la libertà riproduttiva delle donne e la loro capacità di abbracciare la maternità con consapevolezza e responsabilità, è stata ora consegnata al potere decisionale della politica.

7.- IVG: Dalla decostituzionalizzazione americana alla costituzionalizzazione europea.

Nelle democrazie occidentali, la regolamentazione dell'aborto ha seguito un percorso evolutivo che, dalla depenalizzazione, ha condotto alla definizione di un quadro normativo volto a contemperare le diverse istanze. In tale contesto, è possibile distinguere due approcci paradigmatici che, almeno in origine, hanno rappresentato le due principali traiettorie attraverso le quali le democrazie hanno affrontato la complessa sfida della regolamentazione dell'IVG.

Il primo, inaugurato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti con la storica sentenza *Roe v. Wade* del 1973 e protrattosi fino alla successiva pronuncia Dobbs, ha configurato l'aborto come un diritto, inizialmente ancorato alla *privacy* e successivamente a una concezione sostanziale del "due process". L'altro modello è quello emerso dalle giurisprudenze costituzionali europee, dove la prospettiva è invertita e il punto di partenza è la situazione giuridica del concepito. In questa cornice, la riflessione di Wesley Hohfeld sulla natura dei concetti giuridici fondamentali offre una chiave interpretativa illuminante⁶⁸.

Richiamando la sua distinzione tra diritti, doveri, immunità e privilegi, si può osservare come, almeno in principio, nel contesto statunitense, alle donne sia stato storicamente riconosciuto il privilegio di agire senza indebite interferenze statali nelle decisioni concernenti l'interruzione di

⁶⁶ Nella distopia immaginata da Atwood le donne vengono incasellate dall'ordine patriarcale in diverse caste, alla luce delle loro funzioni, contribuendo così a dividerne l'eventuale fronte politico, contrapponendo gli interessi materiali e morali, cfr. M. Atwood, *The Handmaid's Tale*, McClelland & Stewart, Toronto 1985.

⁶⁷ Cfr. Giordano, *Break* cit. 11-17.

⁶⁸ Cfr. W. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale L.J.* 23.1 (1913) 16ss.

gravidanza. Diversamente, nel contesto europeo si registrava un assetto differente. In questo caso, alle donne era riconosciuta l'immunità dal potere statale di imporre sanzioni penali al fine di tutelare la vita prenatale⁶⁹.

Secondo l'analisi di Mary Ann Glendon⁷⁰, il panorama concettuale del discorso giuridico statunitense si caratterizzava per un "iperindividualismo" quasi ontologico, una sorta di cifra distintiva che permeava l'intera architettura sociale. Di contro, gli ordinamenti giuridici europei, sin dalla loro genesi, hanno delineato un percorso differente, privilegiando una visione più olistica e comunitaria. L'accento, in questo contesto, si spostava sulla dimensione sociale in cui gli individui si trovavano naturalmente inseriti, concependo la tutela dei diritti non come un fine in sé, bensì in relazione agli obiettivi sociali e collettivi che la comunità si prefiggeva. Questa profonda divergenza antropologica si è inevitabilmente riverberata anche nella gestione di conflitti valoriali complessi, come quello relativo all'aborto.

Le normative europee sull'aborto, a differenza di altre, secondo l'osservazione di Glendon, hanno avuto il pregio di non sacrificare in modo definitivo alcuno dei valori in campo. A tal proposito, esempio emblematico di tale approccio è la legge francese del 17 gennaio 1975, nota come legge *Veil*. Questa legge prevedeva una mera dichiarazione di "difficoltà" da parte della donna, cui seguiva un "consulto". In altre parole, sebbene l'accesso all'aborto in Francia non divergesse sostanzialmente da quello statunitense, il linguaggio della legge francese, postulando che la donna si riconoscesse "in difficoltà" e partecipasse al consulto, veicolava un messaggio inequivocabile: l'aborto è moralmente problematico e le eccezioni al suo divieto devono essere giustificate da ragioni "serie". La legge francese, dunque, esigeva dalle donne il riconoscimento di un valore collettivo condiviso, senza tuttavia precludere loro la possibilità di esercitare una responsabilità personale, concretizzata nella dichiarazione del proprio stato di difficoltà⁷¹.

È ovvio che ogni atto di bilanciamento presuppone, per sua natura, un sacrificio che si riflette su entrambe le parti in gioco. Negli ordinamenti giuridici europei, tuttavia, il sacrificio imposto alle donne si è concretizzato nel colloquio pre-aborto, il quale assume un valore prevalentemente simbolico, poiché impone l'obbligo di rendere pubbliche le proprie scelte, ammettendo di compiere un atto grave e di non farlo a cuor leggero. Si annulla così qualsiasi demarcazione tra sfera pubblica e privata, con lo Stato che invade la sfera più intima per guidare, accompagnare o anche solo osservare un processo decisionale intrinsecamente privato. Tale colloquio rappresenta inoltre una modalità peculiare di riconoscimento dei diritti e dell'autonomia femminile, che ha caratterizzato l'intera storia dell'emancipazione delle donne, contribuendo a frustrare il suo potenziale⁷².

Eppure, gli approcci che hanno originariamente plasmato le prime regolamentazioni sull'interruzione volontaria di gravidanza hanno subito, nel corso del tempo, una significativa inversione di tendenza.

Ed infatti, la sentenza *Dobbs*, negli Stati Uniti, ha segnato un regresso radicale rispetto ai precedenti giurisprudenziali consolidati. Tale revoca, invero, ha poi innescato una reazione contrastante in Europa, dove, nonostante le significative limitazioni imposte al diritto all'interruzione volontaria di

⁶⁹ Cfr. Mancini, *Un affare* cit. 5.

⁷⁰ Cfr. M.A. Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York 1991.

⁷¹ Cfr. Mancini, *Un affare* cit. 8-9.

⁷² *Id.*, *Un affare* cit. 138.

gravidanza in alcune nazioni, quali la Polonia⁷³ e l'Ungheria⁷⁴, la Francia ha intrapreso una traiettoria diametralmente opposta.

L'unica garanzia possibile contro la costante messa in discussione dei diritti legati alla corporeità e alla sessualità delle donne, potrebbe essere rappresentata dall'inserimento del principio di inviolabilità del corpo femminile e della sovranità procreativa nel patto che fonda una comunità politica⁷⁵.

Difatti, il 4 marzo 2024, il "Congrès" del Parlamento francese, con un consenso ampio e trasversale, ha modificato l'articolo 34 della Costituzione, affidando alla legge il compito di regolamentare l'esercizio di una libertà che non è accidentale, ma essenziale alla condizione stessa della soggettività femminile: la possibilità di autodeterminarsi nel proprio destino riproduttivo.

Questo atto non è soltanto un consolidamento normativo, ma un mutamento semantico di portata storica, la scelta della Francia assume il valore di una presa di posizione etico-politica, che non si limita a proteggere un diritto, ma lo consacra nel nucleo stesso della Carta fondamentale. Tale mossa giuridica, radicando l'IVG nella logica della volontà costituente, sottrae il diritto all'aborto alle oscillazioni delle maggioranze parlamentari e alle possibili derive revisioniste che, sotto il velo della tutela del concepito, trovano oggi nuovo vigore.

L'iscrizione costituzionale dell'IVG si configura dunque come un atto di resistenza contro la precarietà dei diritti e come affermazione di una grammatica giuridica che concepisce l'autonomia femminile non più come concessione revocabile, ma come fondamento dell'ordine democratico stesso. Non più soggetto alla mutevolezza della politica ordinaria, il diritto all'aborto diviene espressione di una scelta costitutiva, un'istanza che non può essere modificata senza una trasformazione radicale dell'intero impianto normativo. In tal modo, abrogarlo o limitarlo non equivarrebbe a una semplice ridefinizione giuridica, ma a una frattura nell'architettura stessa della legittimità costituzionale, esigendo un consenso superiore e una rifondazione del *demos* che l'ha sancito.

Questa trasposizione del diritto all'IVG nella sfera del costituzionale non si esaurisce nel riconoscimento formale di una libertà, ma ne stabilisce il carattere costitutivo per l'ordine giuridico e sociale. Non è un mero sigillo su una conquista storica, ma un atto che sancisce la maternità come scelta e non come destino, che affida alla donna l'ultima parola sulla propria corporeità, senza subordinarla ad altre istanze valoriali. L'autodeterminazione femminile non è qui una libertà contrattabile o bilanciabile, ma un postulato che si impone come criterio di legittimità democratica, restituendo alla soggettività femminile il ruolo di autentica artefice della propria esistenza⁷⁶.

A seguito della costituzionalizzazione dell'aborto in Francia, l'emanazione della risoluzione del Parlamento Europeo dell'11 aprile 2024 emerge come un segnale foriero di speranza, un'indicazione che l'Europa potrebbe intraprendere la via della ragione. Ma la battaglia è tutt'altro che vinta. La questione che si pone è se l'Europa sarà in grado di resistere alle forze oscure che

⁷³ La sentenza K1/20 emessa dal Tribunale Costituzionale della Repubblica di Polonia ha introdotto una restrizione sostanziale al diritto di interruzione volontaria di gravidanza, limitandone l'ammissibilità ai soli casi in cui la gestazione sia conseguente a violenza carnale, incesto, o qualora persista un grave pericolo per la salute della gestante.

⁷⁴ Il decreto governativo ungherese, emanato il 12 settembre 2022, introduce una modifica sostanziale alla procedura per l'interruzione volontaria di gravidanza (IVG). In particolare, il provvedimento normativo impone l'obbligo, per le donne che intendono avvalersi di tale diritto, di ascoltare il battito cardiaco fetale, inteso come manifestazione di attività biologica autonoma, prima di poter esprimere il consenso informato all'intervento.

⁷⁵ Cfr. E. Baeri, *Lettera*, 8 febbraio 2008, consultabile in: <http://www.universitadelle donne.it/baeri8-2.htm>.

⁷⁶ Mi permetto di rinviare al mio contributo: S. Esposito, *Le recenti riforme normative in tema di interruzione volontaria di gravidanza*, in *Diritto e Salute* 1 (2024) 31-32.

minacciano di soffocare la libertà e la dignità della donna, o se cederà al richiamo per cui il corpo femminile risulta essere terreno di conquista e di dominio.

8.- Conclusioni.

Si nutre la speranza che l'atto fondativo compiuto dalla Francia, possa germinare in altri Stati, divenendo paradigma per una più ampia e profonda riflessione sulla natura e la tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, questa auspicabile diffusione non deve indurre a un'acquiescenza ingenua. Permane, infatti, una tensione dialettica tra l'affermazione di un diritto e la sua concreta realizzazione, tra la sua enunciazione formale e la sua effettiva garanzia. Il campo dei diritti, in particolare quelli che attingono alla sfera intima e personale, come quello relativo all'autodeterminazione della donna sul proprio corpo, è un terreno costantemente attraversato da forze contrastanti. Da un lato, si assiste a spinte progressiste che mirano all'ampliamento e alla consolidazione di tali diritti; dall'altro, permangono resistenze, talvolta subdole, che cercano di ridimensionarli, di svuotarli di significato, o addirittura di cancellarli.

La vigilanza si configura, quindi, come un imperativo etico e politico. Non si tratta di un mero atto di controllo, ma di una costante interrogazione critica sulle pratiche sociali, sulle dinamiche di potere e sulle narrazioni culturali che possono insidiare la piena realizzazione dei diritti. Occorre, in altre parole, mantenere "gli occhi ben aperti", per discernere le nuove forme di restrizione, di limitazione o di arretramento che possono manifestarsi, spesso sotto vesti apparentemente innocue o giustificate da retoriche conservatrici.

Abstract.- La pronuncia della Corte Suprema in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, che ha revocato il fondamento giurisprudenziale di *Roe v. Wade*, ha manifestato, con brutale evidenza, la precarietà dei diritti fondamentali, retrocedendo conquiste decennali al rango di mere aspirazioni contingenti. Sebbene argomentata nel lessico della neutralità procedurale e della sovranità popolare, la sentenza *Dobbs* ha generato una veemente contestazione per la sua percepita natura politico-ideologica. La contesa per i diritti riproduttivi femminili si delinea oggi come un terreno di scontro ineludibile, ove l'istanza di emancipazione femminile si contrappone a un ordine patriarcale intento a perpetuare il controllo biopolitico sul corpo della donna.

The Supreme Court's ruling in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, which overturned the jurisprudential foundation of *Roe v. Wade*, brutally exposed the precariousness of fundamental rights, regressing decades of progress to the status of mere contingent aspirations. Although argued within the lexicon of procedural neutrality and popular sovereignty, the *Dobbs* decision generated vehement opposition due to its perceived political-ideological nature. The contention over women's reproductive rights is now emerging as an unavoidable battleground, where the demand for female emancipation clashes with a patriarchal order intent on perpetuating biopolitical control over women's bodies.