



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2022

La decostituzionalizzazione
in chiave populista
sul corpo delle donne:
è la decisione *Dobbs* a essere
«egregiously wrong from the start»

di Laura Ronchetti

EDITORIALE SCIENTIFICA

LA DECONSTITUZIONALIZZAZIONE
IN CHIAVE POPULISTA
SUL CORPO DELLE DONNE:
È LA DECISIONE *DOBBS* A ESSERE
«EGREGIOUSLY WRONG FROM THE START»*

di Laura Ronchetti

Professoressa associata di Diritto costituzionale
Università degli studi del Molise

*«La negazione
della libertà dell'aborto
rientra nel veto globale
che viene fatto
all'autonomia della donna»
(C. Lonzi, 1970)*

SOMMARIO: 1. LA STORICITÀ REGRESSIVA DELLA *DOBBS* NON FA OSTAGGI; 2. LA NEUTRALIZZAZIONE SESSUALE DELLA GRAVIDANZA; 3. L'ORIGINALISMO E L'USO PATRIARCALE DELLA STORIA; 4. *LIBERTY AND AUTHONOMY* DELLE DONNE: IL NULLA DAVANTI ALLA *PERSONHOOD* DEL CONCEPITO; 5. DALL'ALTRA PARTE DELL'OCEANO; 6. IL POPULISMO SUL CORPO DELLE DONNE VS COSTITUZIONALISMO.

1. La storicità regressiva della *Dobbs* non fa ostaggi

*Dobbs*¹ è una pronuncia storica, una di quelle che cambiano il corso

* «*Roe was egregiously wrong from the start*» è la secca asserzione dell'Opinion of the Court scritta dal giudice Alito e sottoscritta da Thomas, Gorsuch, Kavanaugh e Barret in Supreme Court of the United States, No. 19-1392, *Thomas E. Dobbs, State Health Officer Of The Mississippi Department Of Health, Et Al., Petitioners V. Jackson Women's Health Organization*, June 24, 2022, disponibile sul sito istituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti, da ora in poi *Opinion*, p. 6.

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) costituzionalizzò a livello federale l'accesso alla procedura di aborto in riferimento alla sfera inviolabile della propria vita intima (*privacy*) con argomentazioni che vennero in parte corrette e integrate in riferimento diretto al XIV Emendamento con la successiva sentenza *Casey* (*Planned Parenthood*

degli eventi e moltissime esistenze, ma segna anche le fragili condizioni di “sopravvivenza”² del costituzionalismo democratico moderno. Purtroppo è, infatti, anche una decisione estremamente regressiva almeno sotto tre profili: neutralizza il soggetto di diritto da ogni differenza sessuale nella procreazione umana; teorizza e compie la decostituzionalizzazione di un diritto considerato fondamentale da cinquant’anni; abbraccia un populismo che non incontrerà più limiti se non quelli scolpiti nella “tradizione” o meglio nelle origini del popolo statunitense³.

Le ricadute immediate per le donne e tra queste ancor più per quelle razzializzate e povere, ma soprattutto le giovani, sono devastanti. Si annunciano, tuttavia, tempi ancor più bui per chiunque abbia tardiva-

of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)): «*Constitutional protection of the woman’s decision to terminate her pregnancy derives from the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*». Se la *Roe* dichiarò che la libertà includeva il diritto alla privacy [cfr. A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2017, pp. 48-56], *Casey* articolò il concetto di autonomia aggiungendo che il diritto di scegliere se e quando avere un figlio rendeva più facile per le donne «partecipare equamente alla vita economica e sociale della nazione».

La *Roe* introdusse una suddivisione della gravidanza per trimestri cui corrispondeva un differenziato riconoscimento dell’interesse dello Stato a disciplinare la procedura di aborto: tale interesse era del tutto inesistente nel primo trimestre; fino alla *viability*, ossia alla capacità del feto di sopravvivere fuori dal grembo, l’interruzione poteva essere prevista soltanto per tutelare la salute della madre; nell’ultimo trimestre lo Stato poteva vietare l’aborto, salva la necessità di preservare la vita o la salute della madre. Con la sentenza *Casey* e successive si passa al criterio dell’*undue burden* per valutare le discipline statali: legittime purché non rendessero eccessivamente gravoso per la gestante abortire. Cfr. M.C. ERRIGO, *Corte Suprema e diritto all’aborto. Il caso della Louisiana e l’importanza della libertà di poter scegliere*, in *Federalismi.it*, 2021.

¹ È doveroso ricordare la clamorosa anticipazione della “*draft opinion*” di maggioranza (nella versione del 10 febbraio 2022) su *Politico.com*, il 2 maggio 2022, che ha provocato innumerevoli commenti prima ancora della pubblicazione ufficiale della lunghissima sentenza qui in commento.

² Il richiamo è all’interrogativo affrontato da G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013.

³ Come spiega A. BURATTI, *Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2019, n. 10, p. 438: «Nato per contenere gli eccessi di protagonismo e la discrezionalità interpretativa verificatisi durante la Corte Warren, l’appiattimento dei diritti fondamentali sulla tradizione storica nazionale implica (...) un’opzione ideologica conservatrice e conformista, che disarmava la Corte rispetto alla comprensione dei mutamenti sociali ed impedisce la protezione di interessi isolati e minoritari, o comunque critici rispetto agli assetti sociali dominanti riversati nelle tradizioni sociali».

mente ottenuto il riconoscimento dei propri diritti costituzionali alla luce dell'interpretazione evolutiva del XIV Emendamento⁴.

Così espressamente chiede l'opinione concorrente del giudice Thomas⁵, costruita tutta intorno alla citazione di sue precedenti opinioni ma non per questo meno pernicioso, anzi quasi il manifesto del movimento reazionario cristiano che plaude per questo *overruling*⁶ della dimensione costituzionale dell'autonomia procreativa delle donne. Il giudice Thomas non crede che la *Due Process Clause* del XIV Emendamento, che era la base costituzionale del diritto all'aborto, protegga diritti sostanziali, né quelli riproduttivi delle donne né quelli delle persone razzializzate né in genere i diritti sessuali⁷.

Viceversa chi sapientemente intreccia la *critical race theory* con un

⁴ La *Dobbs* è una minaccia per molte sentenze impostate similmente alla *Roe*, come *Griswold v. Connecticut*, che ha ricompreso nella privacy l'accesso alla contraccezione, e *Obergefell v. Hodges*, che ha aperto il matrimonio alle persone dello stesso sesso. L'opinione del giudice Alito, invece, distingue alcune di queste sentenze dalla *Roe*, ma la *dissenting opinion*, su cui si rinvia oltre, considera queste «*Scout's honor*», parole di boy-scout, perché «*the future significance of today's opinion will be decided in the future*».

⁵ Justice Thomas adotta una *concurring opinion* perchè l'*Opinion of the Court* non arriva a mettere in discussione i precedenti resi in materia di contraccezione, libertà sessuale e matrimoni fra persone dello stesso sesso. Thomas, invece, avverte che ciò avverrà il prima possibile, perché il *substantive due process* «ha fatto male al paese in molti modi». Thomas sostiene la tesi che la *Due Process Clause* del XIV Emendamento sia solo procedurale e non anche sostanziale: la «*Due Process Clause at most guarantees process*», dichiara citando una sua celebre presa di posizione (*McDonald v. Chicago*, 561 U. S. 742, 811 (2010)); ammonisce che «*the notion that a constitutional provision that guarantees only 'process' before a person is deprived of life, liberty, or property could define the substance of those rights strains credulity for even the most casual user of words*». Di conseguenza ribadisce che «*because the Due Process Clause does not secure any substantive rights, it does not secure a right to abortion*».

⁶ Come segnalano A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Elisione di un diritto costituzionale: l'overruling di Roe v. Wade*, in corso di pubblicazione su *Foro italiano*, «Elena Kagan, autrice della main opinion nel caso *Kimble v. Marvel Entm't, LLC*, 135 S. Ct. 2401 (2015), aveva messo in guardia (...) da un uso disinvolto dell'overruling». Ciò nonostante proprio in materia di aborto si intravedevano i tentativi di abbattere la *Roe* già da qualche anno come dimostra il commento al caso nel *Gonzales v. Carhart*, del 18 aprile 2007, di A. SPERTI, *La Corte Suprema statunitense ed il tema dell'aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso «Roe v. Wade»?», in *Foro it.*, 2007, IV, p. 396.*

⁷ La richiesta di questo *overruling* viene da lontano e fu esplicitata dal Justice Scalia nel 1989 che nella sua opinione concorrente sosteneva che la sentenza *Webster* già stava cassando la *Roe* ma troppo implicitamente mentre sarebbe stato necessario

feminist legal approach segnala che l'incapacità della società statunitense di riconoscere che la gravidanza coatta sia anche un retaggio della schiavitù, che la gravidanza forzata anzi sia stata fondamento stesso della schiavitù e fonte dei profitti della tratta degli schiavi, contribuisce a minare le concezioni di libertà e di autonomia in ottica di genere⁸.

Il classico problema del rapporto tra testo costituzionale, storia e interpretazione si abbatte senza scrupoli, dunque, proprio sulla faticosa strada per la costituzionalizzazione dell'autonomia riproduttiva delle donne.

2. La neutralizzazione sessuale della gravidanza

Le donne non sono mai citate in quanto persone di sesso femminile nelle opinioni della maggioranza della Corte, ma sempre in quanto madri: non si diventa più madre con il parto, ma con la fecondazione. La fecondazione – unico momento della riproduzione in cui i due sessi sono simmetrici perché i gameti devono essere due, mentre il resto del processo procreativo è appannaggio del solo sesso femminile – assurge a momento “vitale” in senso proprio, nel senso che dà vita e la dà sin dall'inizio, dal primo momento. Sin da quel primissimo istante la donna diventerebbe già madre in quanto portatrice di una “vita potenziale” che con l'aborto diventerebbe, invece, «*unborn human being*»⁹:

attaccare direttamente la «sovranità autoattribuitasi dalla Corte in un tema squisitamente politico».

⁸ Così K. CRENSHAW, la maggior interprete dell'approccio intersezionale nonché presidente dell'*Afro American Political Forum*, *Our Statement on Bodily Autonomy*, 25 giugno 2022, disponibile sul sito ufficiale della citata Associazione, che sostiene che in tal modo si dimostri «ancora una volta che le intersezioni tra patriarcato, razzismo ed eteronormatività continueranno a minare le libertà che tutti noi diamo per scontate, a meno che non impariamo ad affrontarle contemporaneamente. La nostra risposta non deve essere isolata rispetto a un problema che è storicamente e continuamente interconnesso».

⁹ Così è scritto nella legge del Mississippi in discussione: il *Gestational Age Act*, GAA, approvato il 19 marzo 2018 che consente l'aborto non oltre le 15 settimane di gestazione, salvo il caso di emergenza sanitaria o di grave anomalia del feto. Impugnata dall'unica clinica attiva nel territorio e da un medico fu sospesa in primo grado (*Jackson Women's Health Org. v. Currier*, 349 F.Supp.3d 536 (S.D. Miss. 2018)), poi dichiarata incostituzionale in appello (*Jackson Women's Health Org. v. Dobbs*, 945 F.3d 265 (5th Cir., 2019)). Lo Stato del Mississippi, però, il 15 giugno 2020 propose alla Corte Suprema federale una “*petition for a writ of certiorari*”, l'istanza con cui si segnala una

la donna quindi, unico sesso dotato dell'utero, smette di essere persona dotata di autonomia sul proprio corpo perché questo diventa servente al processo di riproduzione di un nuovo essere umano. Nella *Dobbs* addirittura non si argomenta neanche troppo intorno alla costruzione giuridica che individua due centri di interesse giuridico in un unico corpo (quello fecondato della donna) che poi consente di operare un bilanciamento tra contrapposti diritti, perché si concentra sull'interesse costituzionale dello Stato a tutelare la vita potenziale. Le madri, scrive Alito, possono pur sempre non riconoscere i figli e comunque trovare il giusto sostegno. Tanto basta. Quel che conta è ribadire l'interesse pubblico a proteggere la vita potenziale¹⁰.

Si tratta di posizioni diffuse¹¹, d'altra parte, sebbene di norma vengano ricondotte a valutazioni morali, etiche e religiose, da non imporre con legge¹²: è necessario ancorare la riflessione giuridica al dato di realtà che solo una donna può abortire, cioè interrompere una gravidanza, perché solamente una donna può restare incinta e portare a termine il processo procreativo; soltanto le donne, dunque, non possono sottrar-

questione come meritevole di *review* [2020 WL 3317135 (U.S.)] [cfr. P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, 2000, pp. 34 ss.].

¹⁰ La critica principale mossa alla *Roe* sarebbe l'assenza di una seria riflessione sulla legittimità dell'interesse degli Stati a proteggere la vita fetale, *Opinion*, p. 37.

¹¹ «Non si può contestare che il diritto alla vita nasce nel momento del concepimento, perché la vita non è soltanto quella di relazioni», ha dichiarato alla Radio Vaticana il presidente della Corte costituzionale, A. BALDASSARRE, *L'aborto? solo per salvare la madre*, in *La Repubblica*, 27 aprile 1995: «Il diritto alla vita – ha detto – coincide con il momento dell'individualità, che non significa separazione dalla madre ma avere già un qualche cosa di autonomo anche all'interno del ventre materno». «Dal punto di vista costituzionale – ha sottolineato – è molto difficile, anzi direi impossibile riconoscere l'aborto come diritto di libertà della madre». Baldassare dovette precisare il 7 maggio che «Come membro della Corte costituzionale ho sempre votato le sentenze in materia di aborto, compresa quella dell'88 sull'autodeterminazione della donna».

¹² Dal punto di vista giuridico, portando all'estreme conseguenze questa impostazione che spodesta la donna fecondata della propria autodeterminazione e connessa autorealizzazione per proteggere la vita potenziale, si dovrebbe perlomeno rendere normativa la responsabilità sessuale dei fecondatori, ipotizzando la criminalizzare degli uomini che, senza il dovuto consenso informato e sottoscritto dalla donna, dovessero avere rapporti sessuali non protetti da anticoncezionali: detto altrimenti la libertà sessuale maschile dovrebbe incontrare limiti nell'interesse pubblico di non “dare vita” quando l'interesse pubblico a proteggere quella stessa vita potenziale dovesse arrivare ad annichilire ogni padronanza sul proprio corpo e destino da parte della donna. Per un quadro completo di tutte le questioni si rinvia a M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020.

si alle conseguenze di una gravidanza indesiderata. Detto altrimenti, se la sessualità sicura dovrebbe essere responsabilità di entrambi i sessi, la gestazione è processo biologico, morale, sentimentale, relazionale e giuridico che coinvolge corpo-mente delle sole donne e di coloro che esse vorranno accanto.

Eppure Alito non mostra alcun tentennamento quando afferma perentoriamente che la procedura di accesso all'aborto non è una *sex-based regulation*, respingendo così l'idea che la decostituzionalizzazione dell'aborto possa essere «un “mero pretesto” progettato per effettuare una discriminazione ingiustificata contro i membri di un sesso o dell'altro»¹³. Forse tale affermazione sarebbe risultata ancor più dissonante se la costituzionalizzazione dell'accesso all'aborto non fosse avvenuta sotto l'egida della sola *Due Process Clause* ma avesse coinvolto anche l'*Equal Protection Clause* che avrebbe confinato il divieto di aborto a tradizionale «*gender discrimination*»¹⁴. In altre parole la neutralizzazione della gravidanza è per certi versi originaria e questo limite interpretativo della *Roe* mostra ora la sua fragilità.

Sono molte le fonti e forti le voci, invece, che affermano che una «*forced motherhood is sex inequality*»¹⁵. Il quadro giuridico e politico sul tema è ben riassunto dalla Risoluzione del Parlamento europeo quando afferma che «i diritti sessuali e riproduttivi, compreso l'aborto sicuro e legale, costituiscono un diritto fondamentale; che la criminalizzazione, il ritardo e la negazione dell'accesso all'assistenza all'aborto sicura e legale costituisce una forma di violenza contro le donne e le ragazze; che diversi organismi di tutela dei diritti umani hanno affermato che la negazione dell'aborto sicuro e legale può rappresentare una tortura o un trattamento crudele, disumano e degradante; che gli aborti non sicuri che causano la morte in un contesto di divieto di aborto dovrebbero essere intesi come “uccisioni arbitrarie di genere, di cui sono vittime solo le donne in conseguenza di discriminazioni operate dalla legge”»¹⁶.

Che l'interruzione della gravidanza indesiderata sia questione che

¹³ *Opinion*, pp. 10-11.

¹⁴ R. BADER GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N.C. L. Rev. 375, 1985; S. LAW, *Rethinking Sex and the Constitution*, 132 U. Pa. L. Rev. 955, 1984, p. 987.

¹⁵ C. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality Under Law*, 100 Yale L.J. 1281, 1991, p. 139.

¹⁶ Considerando P della Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022,

rende massimamente evidente la necessità di guardare all'ordinamento giuridico in ottica di differenza sessuale e di genere emerge nell'opinione dissenziente, "dolente" e priva di quel "rispettosamente" che di norma le accompagna¹⁷, di tre giudici (Breyer, Kagan e Sotomayor): vi si ricorda il profondo impatto che il controllo sull'autonomia corporea e sulle decisioni relative alla gravidanza hanno sulla vita delle donne; vi si afferma che l'opinione della maggioranza si tradurrà in «una limitazione dei diritti delle donne e del loro status di cittadine libere ed eguali» e che saranno le donne povere a risentire maggiormente di questa decisione, perché potrebbero non avere le risorse per recarsi in altri Stati dove l'aborto continuerà a essere protetto; vi si esprime la convinzione che rispettare le donne come esseri umani autonomi vuol dire lasciare loro la scelta sostanziale sulla decisione più sostanziale e più di impatto sulla loro intera vita.

L'attacco che l'*Opinion* maggioritaria sferra al criterio della *viability*¹⁸, infine, chiude il cerchio rispetto al rifiuto di qualunque compromesso su un tema che certamente non è ora meno divisivo di prima. Il

Minacce al diritto all'aborto nel mondo: possibile revoca del diritto all'aborto negli Stati Uniti da parte della Corte suprema, (2022/2665(RSP)), P9TA (2022) 0243.

¹⁷ L'opinione dissenziente è data «*with sorrow*» e senza quel "rispettosamente" che la prassi non ha mai negato a nessuna precedente sentenza.

¹⁸ La richiesta di *certiorari* dello Stato del Mississippi era: «*the Court should grant review and reject 'viability' as the bright line for determining when a state may legislate to advance its substantial interests in health, safety, and dignity*». Lo Stato del Mississippi aveva, al momento della richiesta di *certiorari*, precisato che «le questioni presentate in questa istanza non richiedono alla corte di sconfessare *Roe v. Wade*». La Corte Suprema ha concesso il *certiorari* (05-26-2021 U.S. Sup. Ct. Actions 1) dedicato espressamente solo a «*Constitutionality of Pre-Viability Prohibitions on Elective Abortions*». A *review* concessa, tuttavia, l'atteggiamento dello Stato ricorrente è cambiato, il dibattito si è radicalizzato e la sentenza *Dobbs* arriva a un clamoroso *overruling* della *Roe* che introduceva il principio dell'inesistenza di un interesse dello stato a proteggere la vita fetale prima della c.d. *viability* del feto, p. 45, vale a dire la sua autonomia dal corpo fecondato della donna. Alito, invece, ribatte: «*We begin with the common law, under which abortion was a crime at least after "quickening" – i.e., the first felt movement of the fetus in the womb, which usually occurs between the 16th and 18th week of pregnancy*». Come spiega Alito in nota tutto si gioca su quel «*at least*». Infatti «sebbene l'aborto precoce non fosse di per sé considerato un omicidio, non ne consegue che l'aborto fosse consentito dalla *common law*, tanto meno che l'aborto fosse un diritto legale», p. 18. La *Dobbs*, dunque, contesta duramente questo criterio con argomentazione paradossali ma anche con riferimento alla mutabilità di questo momento nel tempo, in relazione allo sviluppo delle tecniche: se nel 1973 era 28 settimane, oggi potrebbe arrivare alle 23.

criterio della “vivibilità” del nascituro, vale a dire la capacità del feto di vita autonoma dal corpo della donna, si mostra invece ragionevole per escludere o meno qualunque interesse pubblico alla protezione della vita fetale. La legge n. 194 del 1978 in qualche modo poggia proprio su questo compromesso, che è peraltro accentuato dall’obiezione di coscienza, dalla previsione della settimana di riflessione per poter interrompere la gravidanza, dall’intervento del giudice tutelare per le minorenni¹⁹.

Il netto rifiuto della *viability* a favore della vita umana sin dal concepimento rifugge da qualunque ragionevole compromesso apparendo espressione di un biologismo ideologico del tutto indifferente alla qualità della vita delle donne in termini di salute psicofisica e di integrità dell’autonomia corpo-mente delle persone di sesso femminile.

3. L’originalismo e l’uso patriarcale della storia

L’argomentazione giuridica è quella originalista²⁰, che si dimostra la più adeguata a ripristinare l’ordine perduto del maschio bianco benestante eterosessuale, cristallizzata nei cento anni che intercorrono dal 1868 al 1973. La storia successiva, anche quella di rango costituzionale, deve essere cancellata secondo la Corte Suprema perché tutta sbagliata sin dall’inizio, sin dalla *Roe*.

Il giudice Alito, dopo aver riepilogato (e raccolto in due appendici) tutte le normative criminalizzanti l’aborto dall’approvazione del XIV Emendamento fino alla *Roe*²¹, si è guardato bene tuttavia dall’includere nella storia e nella tradizione degli Stati Uniti d’America il numero di aborti comunque praticati, a costo della propria vita, dalle donne²²

¹⁹ Sia permesso rinviare al mio *Aborto e diritto: l’autodeterminazione sessuale e procreativa delle donne*, in C. BOTTI, I. BOIANO (a cura di), *Dai nostri corpi sotto attacco. Aborto e politica*, Roma, 2019, pp. 39-63.

²⁰ Per il pluridecennale dibattito sull’interpretazione costituzionale negli USA si rinvia a *The Debate Between Originalism and Nonoriginalism*, in E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2002, pp. 17 ss. Sul suo significato attuale e radicalizzato vd. C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Lettera AIC*, n. 7 /2022.

²¹ *Opinion of the Court*, p. 25: «*an unbroken tradition of prohibiting abortion on pain of criminal punishment persisted from the earliest days of the common law until 1973*».

²² L’opinione dissenziente, invece, sottolinea che «*women seeking illegal abor-*

fecondate da uomini privi di qualunque responsabilità nella loro sessualità, liberi di sentirsi soggetti autonomi e indipendenti.

La storia antica, moderna e contemporanea lo insegna, come ricorda il Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne²³: le donne da sempre ricorrono all'aborto clandestino, come molte autodenunciarono proprio all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso, a partire dalle 343 che firmarono il Manifesto scritto da Simone de Beauvoir nel 1971²⁴, passando per l'Italia²⁵ e approdando anche negli Stati Uniti. Proprio all'inizio della Settanta i movimenti di liberazione delle donne spariavano le carte dappertutto, anche montando un processo politico alla criminalizzazione delle donne, giovanissime come Gigliola Pierobon e Marie-Claire Chevalier, che abortivano anche se era vietato dalla legge²⁶.

tions in hotel rooms and home kitchens; of women trying to self-induce abortions by douching with bleach, injecting lye, and penetrating themselves with knitting needles, scissors, and coat hangers. It is a history of women dying».

²³ Risoluzione PE citata, C: «Il Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne ha osservato che configurare i servizi di aborto come reato non produce alcun effetto deterrente; che, come rilevato dal gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla discriminazione contro le donne e le ragazze, quando l'aborto è criminalizzato e soggetto a restrizioni legali, l'interruzione di gravidanza in condizioni di sicurezza non è possibile per tutte le donne, a causa della loro situazione socioeconomica, e diventa pertanto un privilegio per le donne avvantaggiate da tale punto di vista, mentre le donne con risorse limitate sono costrette a ricorrere a aborti non sicuri e clandestini che mettono a rischio la loro vita e la loro salute; che, secondo l'OMS, «la percentuale di aborti non sicuri è notevolmente più elevata nei paesi con leggi sull'aborto altamente restrittive che in paesi con leggi meno restrittive». Tra le adolescenti di età compresa tra i 15 e i 19 anni, la gravidanza e le complicanze del parto sono la principale causa di morte a livello mondiale.

²⁴ *Manifeste des 343 salopes*, in *Nouvel Observateur*, n° 334, 5 avril 1971.

²⁵ C. LONZI, *Sessualità femminile e aborto* (1971), in ID, *Sputiamo su Hegel e altri scritti*, Milano, 2010, p. 53: «Noi di Rivolta femminile sosteniamo che da uno a tre milioni di aborti clandestini calcolati in Italia ogni anno costituiscono un numero sufficiente per considerare decaduta di fatto la legge antiabortiva». Ad agosto 1971 apparve il testo dell'autodenuncia per aborto predisposto dal Movimento di Liberazione della Donna, in *Liberazione Notizie*, n. 0, 4 agosto 1971, come avvenne nel 1972 negli Stati Uniti.

²⁶ Nel 1972 l'Associazione *Choisir*, di cui era presidente de Beauvoir, riuscì a trasformare in un processo politico la legge antiabortista che aveva portato in tribunale la giovanissima Marie Claire, come si può apprendere dalla pubblicazione integrale degli atti ad opera della Associazione con il titolo originale *Avortment: une loi en procès. L'affaire de Bobigny*, Paris, 1973 con una prefazione della stessa S. de BEAUVOIR che, p. 12, scriveva: «*la loi sur l'avortment est une pièce du système que la société a mis*

Ancora oggi il Ministero della salute italiano stima intorno ai 10.000-13.000 aborti clandestini l'anno, farmacologici prevalentemente, fenomeno che si ritiene in crescita²⁷, pur a fronte di una diminuzione progressiva di quelli ufficiali e della maggior accessibilità alla contraccezione di emergenza a partire dal 2020.

In altri termini Alito esclude dalla storia, e quindi dall'ordinamento giuridico, parte essenziale della democrazia nordamericana che si autorganizzava per l'aborto sicuro sin dagli anni sessanta e che ottenne la costituzionalizzazione dell'autonomia procreativa delle donne in una visione dinamica dell'interpretazione costituzionale²⁸. Ma esclude dalla storia anche tutta la letteratura scientifica²⁹ ritenendo irrilevanti i saggi del 1968/70 pur citati in nota, per dare risalto soltanto a «*the "eminent common-law authorities (Blackstone, Coke, Hale, and the like)" (...), all describe abortion after quickening as criminal*»³⁰, e proprio per questo tacciati nella sentenza *Roe* di essere antiabortisti militanti.

4. *Liberty and autonomy* delle donne: il nulla davanti alla *personhood* del concepito

Al di là del rozzo originalismo che destoricizza la Costituzione pro-

en place pour opprimer les femmes». Nella traduzione italiana *Un caso di aborto. Il processo Chevalier*, Torino, 1974, L. TORNABUONI, *Nota introduttiva*, p. VII, scriveva che «il tribunale francese ha prosciolto Marie-Claire Chevalier. Il tribunale italiano ha concesso a Gigliola Pierobon il “perdono giudiziale”: la colpevole può essere perdonata; riconosciuta innocente, no». Poco oltre aggiunge, accanto al numero di donne denunciate e processate, i dati dell'allora Ministero della sanità che attestava 850 mila aborti clandestini l'anno.

²⁷ A. POMPILI, *Aborto in Italia, ritorno alla clandestinità? La relazione ministeriale sulla 194 non fa luce sulla realtà di un fenomeno che è cambiato nel tempo e non aiuta ad affrontare le criticità di un sistema che spesso di fatto nega il diritto delle donne a un aborto sicuro*, in *Micromega*, 4 luglio 2022: «Non pochi, a ben vedere, ma comunque qualcosa non quadra: nel 2016 gli aborti legali sono stati 84.926; aggiungendo ad essi i 10.000-13.000 clandestini, risulta una percentuale di procedure al di fuori della legge compresa tra il 10 e il 13,2% del totale. Nel 2020, su 66.413 aborti volontari legali, i clandestini sarebbero stati il 13-16% del totale».

²⁸ Cfr., *inter alios*, L. LADER, *Abortion II. Making the Revolution*, Boston, 1973, dove richiama i suoi libri sul movimento per la depenalizzazione dell'aborto già degli anni Cinquanta del Novecento.

²⁹ *Opinion*, p. 15, «*Nor had any scholarly treatise of which we are aware*».

³⁰ *Opinion*, p. 17.

prio citando continuamente il concetto di storia, il caso *Dobbs* incrina direttamente l'interpretazione costituzionale tra testo e contesto: si de-costituzionalizza un diritto non espressamente previsto in Costituzione.

Ovviamente la scrittura è la prima garanzia di rigidità di un diritto fondamentale e, infatti, alcune recentissime Costituzioni, come quella cubana, sanciscono espressamente i diritti sessuali e riproduttivi³¹. Non ritengo che sia la struttura peculiare delle disposizioni costituzionali a impedire che l'accesso all'aborto sicuro e legale sia sancito espressamente nelle leggi fondamentali: d'altra parte la recente esperienza irlandese³² dimostra il contrario ed è proprio per ottenere questa superiore garanzia che il PE, sebbene purtroppo con formulazione desessualizzata³³, propone di inserire il diritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È pur vero, tuttavia, che il diritto, tantomeno quello costituzionale, non è soltanto un insieme di disposizioni e neanche di norme ma è anche «determinazione della condizione umana» nella sua concretezza³⁴ che dalla comunità degli interpreti³⁵, a partire dalle Corti costituzionali, può ricevere maggiore o minore tutela. Per questo *Dobbs* dimostra quanto sia determinante riprendere la riflessione sui fondamentali, come i concetti di libertà, eguaglianza e autonomia³⁶.

³¹ La nuova Costituzione della Repubblica di Cuba del 2019 sancisce che «lo Stato promuove il pieno sviluppo delle donne e la loro piena partecipazione sociale. Assicura l'esercizio dei loro diritti sessuali e riproduttivi, le protegge dalla violenza di genere in qualsiasi delle sue manifestazioni e spazi, e crea i meccanismi istituzionali e legali per questo» (art. 43). Sebbene non preveda espressamente l'aborto legale e sicuro, stabilisce che «l'obiezione di coscienza non può essere invocata al fine di eludere il compimento della legge o di impedire ad altri il suo compimento o l'esercizio dei loro diritti» (art. 54). Sia permesso rinviare al mio *Uno sguardo sulla nuova Costituzione cubana nella prospettiva italiana*, in A. BARENGHI, L.B. PÉREZ GALLARDO, M. PROTO (a cura di), *Costituzione e diritto privato. Una riforma per Cuba*, Napoli, 2019, pp. 305-317.

³² Thirty-sixth Amendment of the Constitution Act 2018: «*Provision may be made by law for the regulation of termination of pregnancy*».

³³ Il PE ritiene che occorra presentare al Consiglio una proposta intesa a modificare la Carta dei diritti fondamentali come segue: «Articolo 7 bis (nuovo). «Articolo 7 bis. *Diritto all'aborto. Ogni persona ha diritto all'aborto sicuro e legale*»».

³⁴ G. FERRARA, *Riflessioni sul diritto*, Napoli, 2019, p. 16.

³⁵ Esemplare dei diversi modi di concepire l'interpretazione costituzionale e il suo rapporto con il testo scritto è G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.

³⁶ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari, 2016.

Sebbene Alito ci tenga a distinguere l'aborto dagli altri *unenumerated rights* sostenendo che soltanto il primo non sia radicato nella storia e tradizione della nazione, in realtà è costretto a non trascurare del tutto la ricostruzione costituzionale del diritto all'accesso all'aborto sulla base dell'XIV Emendamento, con riferimento al concetto di *liberty*. È vero che la *Roe* è ricordata spesso per il riferimento alla sfera intima preclusa a qualunque intervento statale (*privacy*)³⁷, esponendosi, dunque, alle critiche che si trattasse di una ricostruzione interpretativa di stampo liberale, massima espressione dello stato negativo che rafforza la distinzione tra privato/pubblico³⁸ come dimostra la successiva giurisprudenza sul rapporto tra interruzioni di gravidanza e sistema sanitario. Al tempo stesso, però, già la *Roe* espressamente definiva l'aborto un diritto fondamentale connesso alla «*personal liberty*» (al 153), impostazione che maturerà nel caso *Casey* in cui la libertà di fare «scelte intime e personali» diventa «centrale» «per la dignità e l'autonomia personale»³⁹: «il cuore della libertà è il diritto di definire il proprio concetto di esistenza, di significato, di universo e di mistero della vita umana».

Con la *Casey*, dunque, si approda alla dimensione costituzionale dell'autonomia personale ricomprensiva dell'autodeterminazione procreativa come determinante per lo sviluppo della personalità e la piena partecipazione alla vita collettiva delle donne.

Ma Alito ribatte seccamente che in una «*ordered liberty*» è possibile *to think, to say but not to act* autonomamente quando si porta in grembo un nuovo essere umano. Detto altrimenti, sin dal concepimento il corpo della donna non è più suo ma un corpo pubblico, un contenitore che può pensare, può dire ma non può agire sul suo stesso corpo. Detto altrimenti, le donne sono esseri umani che godono di capacità giuridica ma non della capacità di agire, di agire sul proprio corpo che protegge la *personhood* del concepito.

³⁷ *Roe* ha definito questo diritto come diritto alla privacy, 410 U.S., 154.

³⁸ Cfr. C. A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard, 1989, pp. 184-194 dedicate a *Abortion: On Public and Private*. C. A. MACKINNON, *Le donne sono umane?*, Roma-Bari, 2012, p. 64, contestualizzava la sua critica alla *Roe*, che riproduce la dicotomia privato/pubblico tramite il riferimento alla privacy, ribadendo che la questione dell'aborto sia inseparabile dalla sessualità. Sul dibattito femminista sulla *Roe* e la *Casey* si rinvia a A. De MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, 2020, pp. 82-87.

³⁹ *Casey*, 505 U.S., 851.

Lapidario Alito afferma che «*“liberty” is a capacious term*»⁴⁰ e che l'autonomia è un concetto troppo generico, che potrebbe estendersi all'uso di droghe o alla prostituzione⁴¹.

Potrebbe sembrare financo paradossale che sia proprio Alito a ricordare che la libertà incontra limiti e, infatti, i limiti che invoca non sono quelli discendenti dalla superiore legalità costituzionale di giurisprudenza pluridecennale né quelli derivanti dalla consapevolezza che l'autonomia personale è un concetto strettamente connesso a quello di interdipendenza, un concetto relazionale che richiede di situare e ses-suare il soggetto in modo che possa esercitare davvero il diritto di darsi un proprio ordinamento⁴². Secondo la Corte i limiti che costruiscono la *ordered liberty* delle donne incinta è quello della madre per destino, dell'ordine del concepito dotato di personalità giuridica che evidentemente ritorna alla ribalta con spavalderia.

La legge del Mississippi in discussione, d'altra parte, non richiedeva un *overruling* così devastante da portare alla decostituzionalizzazione del diritto all'accesso all'aborto in ogni fase della gravidanza, facendo essa riferimento a 15 settimane dal concepimento, mentre in Italia si accede volontariamente entro la dodicesima e si può intervenire fino al quinto mese. In qualche misura ne è prova l'*Opinion* del Chief Justice Roberts, che concorda con la maggioranza nel solo dispositivo perché sarebbe stato opportuno un *self-restraint* della Corte⁴³: «*the broader path the Court chooses entails repudiating a constitutional right we have not only previously recognized, but also expressly reaffirmed applying the doctrine of stare decisis*». Secondo Roberts, infatti, sarebbe stato possibile rigettare il criterio della vivibilità del feto come data ultima per il libero esercizio della decisione abortiva, quindi anticiparla alla quindicesima settimana senza mettere in discussione l'attribuzione del diritto della donna di interrompere la gravidanza.

5. Dall'altra parte dell'Oceano

La sentenza *Dobbs*, invece, arriva a decostituzionalizzare del tutto

⁴⁰ *Opinion*, p. 13.

⁴¹ *Opinion*, p. 32.

⁴² Mi permetto di rinviare al mio *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018.

⁴³ Seconda quella postura che V. BARSOTTI definiva *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999.

l'autonomia riproduttiva delle donne demandando ogni disciplina ai singoli Stati, che già stanno dimostrando di avere rappresentanti del popolo del tutto sordi al benessere psicofisico delle donne⁴⁴, in particolare di quelle giovani, razzializzate e povere contro le quali esercitano da anni pratiche criminalizzanti i comportamenti in gravidanza e di cui ora tracciano i dati elettronici per controllare chi è in gravidanza e cosa intenda fare. Basti citare il Texas *Heartbeat Act*⁴⁵ che vieta l'interruzione della gravidanza a «partire dal primo rilevamento di attività cardiaca fetale, quindi di norma dalla sesta settimana, e innesca una sorta di caccia alle streghe, concedendo a chiunque, *any person*, la legittimazione attiva a perseguire chi aiuti una donna ad abortire, senza che la Corte Suprema abbia avuto alcunché da obiettare al riguardo»⁴⁶.

Arriveranno ad impedire alle donne di spostarsi in altri Stati per praticare l'aborto? Useranno sanzioni financo restrittive contro le donne che non avranno altra possibilità se non quella di procurarsi clandestinamente un aborto con i farmaci?

Sembrano interrogativi drastici, ma non si tratta di timori infondati. Così come non appaiono nemmeno troppo eccessive le temute ricadute nel resto del mondo⁴⁷. D'altra parte, sebbene le costruzioni giuridiche tra i due oceani fossero inizialmente molto diverse (l'aborto è un diritto/l'aborto è un comportamento parzialmente decriminalizzato), hanno dimostrato di avere forti convergenze, già a partire dalla *Casey*⁴⁸.

Se la *Dobbs* afferma che «*ordered liberty sets limits and defines the boundary between competing interests*», è noto che il percorso che in Italia ha portato al diritto a una maternità libera, responsabile e consapevole si fonda sul bilanciamento tra gli interessi della donna che intende abortire e la «*potential life*», codificando la scissione in due del corpo fecondato della donna. Questa scissione giuridica è propedeu-

⁴⁴ Almeno dodici Stati hanno promulgato, introdotto o notificato l'intenzione di approvare discipline sulla falsariga del disegno di legge SB 8 del Texas.

⁴⁵ S.B. 8, 87th Legis., Reg. Sess. (Tex. 2021) at §171, 208(a).

⁴⁶ Così segnalano A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Elisione di un diritto costituzionale*, cit.

⁴⁷ Per i primi commenti, v. G. DORIA, *A proposito di Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: quali le implicazioni della recente sentenza della Corte suprema USA sul dibattito nazionale italiano*, in *Forumnews*, 28 giugno 2022; e M.R. MARELLA, *Roe v. Wade. L'autodeterminazione femminile espulsa dall'agenda politica statunitense*, in *Euronomadef.info*, 5 luglio 2022.

⁴⁸ Come dimostra S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012.

tica al bilanciamento tra interessi che è presente nella sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale che fa prevalere il diritto alla salute della donna, persona già in essere, rispetto al “concepito” che persona ancora non è.

Se la *Dobbs* è tutta protesa al riconoscimento della *personhood* del feto, ho espresso preoccupazione per la progressiva personalizzazione in Italia del «prodotto del concepimento» della legge sui consultori del 1975, divenuto il «concepito» nella giurisprudenza costituzionale sull'interruzione di gravidanza per il feto già ben insediato nell'utero di una donna (sent. n. 27 del 1975), termine che verrà ripreso dalla legge n. 40 del 2004 per l'embrione fecondato in vitro ancora al di fuori del corpo della donna, considerato soggetto coinvolto al pari delle altre persone nell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita (art. 1 della legge e sent. n. 48 del 2005)⁴⁹.

Se *Dobbs* decostituzionalizza l'autonomia procreativa delle donne, si deve ricordare che l'autonomia procreativa delle donne in Italia è ricondotta alla tutela della salute psicofisica ex art. 32 senza alcun diretto coinvolgimento del concetto di autonomia⁵⁰, quando invece emerge la tutela costituzionale dell'autodeterminazione del soggetto neutro sottoposto a cure connessa alla inviolabilità personale ex art. 13¹⁰⁸.

Anche nel nostro ordinamento l'autonomia riproduttiva delle donne, dunque, non è piena dal punto di vista costituzionale ed è palese il regresso in corso⁵¹. Particolarmente rilevante sotto questo profilo è la sostituzione del primato delle donne sul potere generativo, riconosciuto alla singola che accede all'interruzione volontaria della gravidanza⁵²,

⁴⁹ Cfr. il mio *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2006, dove aggiungevo «termine che soggettivizzando il frutto del concepimento facilita l'operazione di distinzione e contrapposizione tra la donna e il suo corpo fecondato».

⁵⁰ Tema ricorrente nella mia riflessione per la quale rinvio a *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSEDE, 2019, pp. 106-131.

⁵¹ Si rinvia a C. BOTTI, I. BOIANO (a cura di), *Dai nostri corpi sotto attacco. Aborto e politica*, Roma, 2019, pp. 39-63.

⁵² La legge n. 194 – nonostante tutte le sue ambiguità compromissorie – segna un passaggio determinante nella ricostruzione giuridica della maternità anche perché riconosce e garantisce l'asimmetria dei sessi nella riproduzione del genere umano attribuendo solo ed esclusivamente alla donna la decisione di cosa fare del proprio corpo fecondato, la decisione su quel potere proprio ed esclusivo del corpo delle donne che

con il soggetto giuridico “coppia di sesso diverso” nelle pratiche di fecondazione assistita⁵³.

Non a caso, ottenuto lo svuotamento della legge n. 194⁵⁴ ma anche della legge sui consultori invasi illegittimamente da obiettori e movimenti per la vita che ostacolano o non attivano i previsti compiti connessi all’accesso all’interruzione della gravidanza, torna a discutersi intorno al coinvolgimento obbligatorio dell’uomo nella scelta di abortire.

Per arginare questa deriva suggerisco una lettura che poggi su due principi fondamentali: l’art. 5 con le sue esigenze dell’autonomia e l’art. 3 con una visione complessa dell’eguaglianza che sappia leggere gli obiettivi del pieno sviluppo della personalità e dell’effettiva partecipazione alla vita consociata in ottica di genere: esercizi di autonomia con pari dignità sociale.

6. Il populismo sul corpo delle donne vs costituzionalismo

Espressamente di regressione dei diritti delle donne parla il PE⁵⁵

è la capacità di procreare: la richiesta di IVG, infatti, è attribuita esclusivamente alla donna (art. 12) e la relativa decisione è interamente affidata alla sua cosciente e responsabile scelta, alla sua totale autodeterminazione senza alcun obbligo di coinvolgere il marito o il padre naturale.

⁵³ Nella legge n. 40 del 2004 l’accesso alla fecondazione è consentito solo alle coppie, tra queste solo a quelle eterosessuali, e non alla donna in quanto tale (art. 5, l. n. 40 del 2004). Con la decisione n. 162 del 2014, che ha dichiarato illegittimo il divieto di inseminazione c.d. eterologa, la Corte costituzionale introduceva, accanto alla lettura incentrata sulla salute riproduttiva, anche quella dell’autodeterminazione. Non privo di significato giuridico, tuttavia, è che si tratti di autodeterminazione della coppia e non della donna: la sentenza afferma che «la scelta [...] di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e intima ed intangibile della persona umana [che] non può che essere incoercibile e si caratterizza per la libertà e volontarietà dell’atto». Per una riflessione più generale si rinvia a F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020.

⁵⁴ G. BRUNELLI, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III – *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Napoli, 2009, p. 823, parla di «tecniche di delegittimazione e di depotenziamento».

⁵⁵ Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2019 su *L’attuale*

proprio citando, oltre la Polonia, l'Italia⁵⁶. In particolare il Parlamento europeo ricorda che «i gruppi di riflessione conservatori vicini al diritto cristiano statunitense hanno finanziato il movimento antiabortista a livello globale; che tali finanziamenti sono stati considerevoli; che, qualora la decisione *Roe v. Wade* sia revocata, ciò potrebbe innescare un aumento del flusso di denaro con una rinnovata pressione da parte di gruppi antiabortisti in tutto il mondo»⁵⁷.

In questa chiave appare più comprensibile l'afflato democratico della Corte Suprema nella sua attuale composizione⁵⁸: «*it is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people's elected representatives*»⁵⁹, come suggeriva il giudice conservatore Scalia nel caso *Casey* del 1992 nella sua *dissenting opinion*; «la Corte ha usurpato il potere di affrontare una questione di profonda importanza

regresso dei diritti delle donne e dell'uguaglianza di genere nell'UE (2018/2684(RSP)) (2020/C 449/11).

⁵⁶ «La Polonia è l'unico Stato membro dell'UE ad aver soppresso dalle sue leggi i motivi per l'aborto, in quanto il Tribunale costituzionale, il 22 ottobre 2020, ha disconosciuto i diritti consolidati delle donne polacche portando di fatto a un divieto di aborto; l'aborto è vietato a Malta; l'aborto medico nelle prime fasi della gravidanza non è legale in Slovacchia e non è praticato in Ungheria; anche in Italia l'accesso all'aborto sta subendo erosioni; che l'accesso all'assistenza all'aborto è negato in altri Stati membri dell'UE, come avvenuto recentemente in Croazia».

⁵⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022, *Minacce al diritto all'aborto nel mondo*, cit. Già nella precedente Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2019, cit., «42. esprime preoccupazione per la considerevole influenza esercitata sulla legislazione e le politiche nazionali dagli oppositori dei diritti riproduttivi e dell'autonomia delle donne, in particolare in alcuni Stati membri, con i loro tentativi di limitare i diritti delle donne in materia sanitaria e riproduttiva, in particolare per quanto riguarda l'accesso alla pianificazione familiare e alla contraccezione, e i tentativi di limitare o abolire il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza». Si ricorda che nel 2017 il Consiglio d'Europa ha messo in guardia sulle minacce per i diritti sessuali e riproduttivi delle donne, alla luce dei tentativi di diversi membri di rendere più restrittiva la legislazione in materia di accesso all'aborto e alla contraccezione; che, analogamente, nell'agosto 2018 il Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (CEDAW) e il Comitato sui diritti delle persone con disabilità (CRPD) delle Nazioni Unite hanno rilasciato una dichiarazione congiunta in cui si sottolinea che l'accesso all'aborto sicuro e legale, come pure ai servizi e alle informazioni ad esso inerenti, sono aspetti essenziali della salute riproduttiva delle donne, esortando nel contempo i paesi a fermare la regressione nell'ambito dei diritti sessuali e riproduttivi di donne e ragazze, poiché tale regressione rappresenta una minaccia per la loro salute e le loro stesse vite.

⁵⁸ Cfr. A. RIDOLFI, *La nomina del giudice Barrett alla Corte Suprema: una possibile crisi costituzionale?*, in *LuissOpen*, 1 ottobre 2020.

⁵⁹ *Opinion of the Court*, p. 6.

morale e sociale che la Costituzione lascia inequivocabilmente al popolo»⁶⁰; «la Corte ha mandato in cortocircuito il processo democratico chiudendolo al gran numero di americani che dissentivano in qualsiasi modo dalla *Roe*»⁶¹.

L'Opinion del giudice Alito conclude che, essendo la costituzionalizzazione del diritto di aborto avvenuta nel 1973 priva di riscontro testuale nella Costituzione e nella prevalente legislazione, il divisivo tema debba «ritornare dai rappresentanti dei cittadini». La *dissenting opinion* viceversa dichiara di credere in una Costituzione che «pone alcune questioni al di fuori del governo di una maggioranza».

Non è nella Costituzione, infatti, che dovremmo trovare i limiti entro i quali contenere il conflitto?

Con la *Dobbs* si dimostra di disconoscere una certa idea di Costituzione, quella che pone limiti al potere politico e ai suoi rappresentanti per quanto democraticamente eletti: i diritti costituzionali servono proprio per evitare che maggioranze al potere, più o meno temporaneamente, possano usare il potere contro parte della popolazione. In questo caso è chiaro contro chi: non contro una minoranza ma proprio quella maggioranza della popolazione che ha la capacità di mettere al mondo le persone, ma tra queste, con la lucidità che solo un approccio intersezionale può dare, in particolare le giovani, razzializzate e povere.

Si ritorna all'onnipotenza della legge che si riteneva tramontata in un ordinamento a Costituzione rigida. Una costituzione, quella nordamericana, che offre un fondamento costituzionale quando parla di *equal treatment* e di *liberty*: la libertà è esercitata da persone in carne ed ossa, sessuate e la loro pari dignità va costruita alla luce della differenza sessuale e in ottica di genere.

Un'alleanza tra pensiero femminista e costituzionalismo democratico che affidi alla Costituzione proprio il compito di sottrarre al potere quote di autonomia personale dovrebbe elaborare una retroazione immediatamente⁶².

⁶⁰ *Opinion of the Court*, p. 44: «*the Court usurped the power to address a question of profound moral and social importance that the Constitution unequivocally leaves for the people*».

⁶¹ *Opinion of the Court*, p. 44.

⁶² Così auspico nel mio *Costituzionalismo e pensiero femminista: approcci critici da intrecciare*, in G. AZZARITI (a cura di), *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, Quaderni di Costituzionalismo.it, n. 3, Napoli, 2022, pp. 111-147.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il contributo propone una serrata critica della sentenza *Dobbs* che, con un uso rozzo della storia, deconstituzionalizza l'autonomia procreativa delle donne contribuendo all'imporsi del populismo.

EN

The contribution proposes a severe critique of the *Dobbs* ruling that, with a crude use of history, deconstitutionalises women's procreative autonomy and contributes to the rise of populism.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)