

Susanna Mancini, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012.

Una società giusta, secondo il filosofo liberale John Rawls, garantisce a tutti “eguale libertà di cittadinanza”. E questa eguaglianza nel godimento delle libertà fondamentali è un diritto assoluto, che non ammette eccezioni né compromessi¹.

Che cosa significa, esattamente, per le donne, questa “eguale libertà”?

Rawls immagina che i principi di giustizia e di equità che governano le società giuste siano il prodotto di un accordo equo, tra individui razionali, liberi, indipendenti ed autonomi. Il loro accordo non è determinato da nessuna situazione contingente perché, quando prendono le decisioni, Rawls li colloca in una “posizione originale” di assoluta eguaglianza. Nessuno, nella posizione originale, non conosce altro che la propria umanità. Il “velo di ignoranza” preclude infatti agli individui la conoscenza delle circostanze contingenti che potrebbero ingenerare conflittualità, e quindi frustrare la possibilità di accordo sui principi di giustizia. Nessuno può sperare di trarre vantaggio da una condizione futura che non conosce, e, quindi, nemmeno dal sesso a cui si apparterrà. Dunque, come suggerisce Susan Okin, “se i principi di giustizia debbono essere adottati all’unanimità da esseri umani rappresentativi, che ignorano le particolari caratteristiche che avranno, e le loro posizioni nella società, essi debbono essere persone il cui sviluppo psicologico e morale è essenzialmente identico. E ciò significa che i fattori sociali che influenzano le differenze che attualmente sono presenti tra i sessi ... dovrebbero essere rimpiazzati da istituzioni e costumi asessuati”².

Ma è davvero possibile costruire una cittadinanza asessuata per uomini e donne? O, piuttosto, la libertà eguale non richiede invece di costruire una cittadinanza, oltre che un’uguaglianza, complessa, che tenga conto non tanto delle differenze, quanto delle (inter) dipendenze che ciascuno può sperimentare nel corso della vita³?

Queste sono le questioni fondamentali sulle quali ho costruito, in questo libro, i conflitti sull’aborto. Attraverso l’analisi di diverse generazioni di pronunce costituzionali ed internazionali, ho esplorato alcune questioni costituzionali fondamentali ed irrisolte nella regolamentazione dell’aborto. Possono i giudici esimersi dall’essere gli arbitri morali ultimi nelle controversie sull’aborto? Qual è il rapporto tra libertà sessuale e riproduttiva e cittadinanza? Quali considerazioni sostanziali, di circostanza o anche puramente strategiche, conducono i giudici ad articolare le rivendicazioni dei diritti sessuali e riproduttivi in termini di diritto alla vita, alla salute, alla dignità, alla libertà, all’uguaglianza? È diverso l’effetto se queste rivendicazioni sono espresse nel linguaggio dei diritti fondamentali oppure nel linguaggio dei diritti umani? Che cosa insegna l’analisi comparata in questo campo?

In prima approssimazione, la comparazione consente di enucleare due approcci alla regolamentazione dell’aborto. Il primo è quello inaugurato dalla Corte Suprema degli

1 J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (trad. it.), a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli (1983).

2 S. Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, New York, Basic Books (1989) 107.

3 C. Saraceno, *Tra uguaglianza e differenza: il dilemma irrisolto della cittadinanza femminile*, Testo della lezione pronunciata in occasione della terza Lettura annuale Ermanno Gorrieri, Modena - Teatro Fondazione S. Carlo - 27 marzo 2008, Fondazione Ermanno Gorrieri per gli studi sociali (2008) 41.

Stati Uniti nel 1973 con *Roe v. Wade*⁴, che costruisce l'aborto come *diritto*, ancorato prima nella *privacy* e poi in un'accezione sostanziale del *due process*, e nega al nascituro la qualità di "persona" e quindi di soggetto di diritti costituzionalmente garantiti. In questa costruzione, l'accesso all'aborto rappresenta il principio, e i limiti (materiali e procedurali) che ad esso sono apposti, le eccezioni.

L'altro modello è quello emerso dalle giurisprudenze costituzionali europee, in cui la prospettiva è rovesciata e il punto di partenza è la situazione giuridica del concepito. Qui, il principio è il divieto dell'aborto, e le situazioni in cui esso è permesso sono costruite come eccezioni. Emblematica è in questo senso la sentenza 27/1975 della Corte Costituzionale italiana, quando stabilisce che "la liceità dell'aborto deve essere ancorata a una previa valutazione delle condizioni atte a giustificarlo"⁵.

Per meglio comprendere le differenze tra i due modelli, Udo Werner suggerisce di adottare la prospettiva di Wesley Newcomb Hohfeld⁶. Hohfeld traccia una differenziazione tra diritti, doveri, immunità e privilegi. I privilegi sono la libertà dai diritti e dalle pretese altrui, mentre le immunità sono la libertà dal potere di controllo del diritto in relazione a specifici rapporti giuridici⁷. In America, si può dire che le donne hanno il privilegio di essere libere dall'interferenza statale nelle decisioni sull'aborto, mentre in Europa le donne sono immuni dal potere statale di applicare sanzioni per soddisfare il proprio interesse a proteggere la vita prenatale.

Alcuni ritengono che queste differenze, essendo sintomatiche di vedute profondamente divergenti sui rapporti tra l'individuo e lo Stato, abbiano conseguenze significative sulla composizione dei conflitti sull'aborto.

È notissima la posizione di Mary Anne Glendon, secondo la quale il discorso americano sull'aborto sarebbe stato caratterizzato da un "iperindividualismo", cioè da una situazione in cui i diritti individuali dominano la società, "from the top to the bottom", mentre in Europa gli ordinamenti giuridici enfatizzano maggiormente la dimensione sociale in cui agiscono gli individui, con la conseguenza che i diritti sono tutelati anche in relazione agli scopi sociali e collettivi che perseguono⁸.

Mary Anne Glendon accusa gli Stati Uniti di aver progressivamente tradotto le relazioni sociali nel linguaggio dei diritti. Il diritto, cioè, avrebbe finito con l'incorporare e con l'esprimere i valori comuni della società americana, per cui i termini giuridici pervadono oggi il dibattito politico e il linguaggio popolare americano e ogni conflitto morale e culturale è espresso in termini di conflitto tra diritti. Questo eccesso di "Rights Talk" provocherebbe, secondo Glendon, crescenti difficoltà a raggiungere ragionevoli compromessi: "Il vincitore prende tutto, e il perdente deve andarsene dalla città. E la conversazione è finita"⁹. E ciò esacerberebbe i conflitti, e rischierebbe di far prevalere specifici interessi sul bene generale, oltre ad inibire il dialogo e quindi la possibilità di raggiungere un consenso in grado di bilanciare valori in conflitto.

Al contrario, nella cultura giuridica dell'Europa continentale l'individuo non è costruito dal diritto come un essere isolato e pienamente sovrano su sé stesso, ma, piuttosto, come

⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵ Corte Costituzionale, sentenza 27/1975, 18 febbraio 1975.

⁶ U. Werner, *The Convergence of Abortion Regulation in Germany and the United States: A Critique to Glendon's Rights Talk Thesis*, in *Loyola of Los Angeles. International and Comparative Law Review*, vol. 18 (1996) 599.

⁷ W. Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *The Yale Law Journal*, vol. 23, n. 1 (1913).

⁸ M.A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press (1991) 12, 73, 74.

⁹ *Id.*, 9.

membro della comunità. Questo, secondo Glendon, permetterebbe di risolvere i conflitti divisivi, come quelli sull'aborto, attraverso un bilanciamento tra diritti individuali e interessi e valori collettivi¹⁰.

Glendon ritiene che questa diversa concezione dell'individuo abbia obbligato le corti europee, che si confrontano con i conflitti sull'aborto, a considerare quest'ultimo nella sua dimensione sociale. In Europa, cioè, l'aborto avrebbe avuto rilevanza al di là del conflitto tra pretese individuali all'autodeterminazione e posizione giuridica del concepito, e quindi in relazione ai valori e ai disvalori collettivi che ad esso sono connessi. Le regolamentazioni europee dell'aborto, indipendentemente dalla loro reale incidenza sulla pratica abortiva, rispetto a quella americana, avrebbero il vantaggio di non sacrificare definitivamente nessuno dei valori in gioco. Tutte le decisioni europee affermano infatti il valore centrale e condiviso della vita umana, pur lasciando ampio spazio all'esercizio dell'autodeterminazione femminile. Glendon menziona come emblematica di questa costruzione la decisione della Corte Costituzionale Federale tedesca del 1975, che sancì il primato assoluto del diritto alla vita, e dichiarò incostituzionale la legge che disciplinava l'aborto perché essa non tributava sufficiente importanza a questo valore. Anche la legge francese del 1975, che permetteva l'aborto nelle prime dieci settimane, solo se la donna era "in difficoltà" a causa della gravidanza¹¹ pare a Glendon perseguire correttamente il bilanciamento tra diversi valori ed interessi, perché la donna era il solo giudice della propria situazione. In altre parole, era la donna stessa a dover decidere se sussistesse la situazione di difficoltà, senza la necessità di un'approvazione da parte del medico né di nessun altro soggetto. Tutto quello che l'ordinamento chiedeva era una dichiarazione della sussistenza della "difficoltà", seguita da un "consulto". Quindi, l'accesso all'aborto non finiva, nella pratica, con l'essere diverso in Francia rispetto agli Stati Uniti, ma il linguaggio della legge francese, richiedendo che la donna dichiarasse sé stessa "in difficoltà" e dovesse presentarsi al consulto, diffondeva un messaggio chiaro: l'aborto è moralmente sbagliato, e le eccezioni al divieto di praticarlo debbono fondarsi su motivazioni "serie". In altri termini, la legge francese pretendeva dagli individui il riconoscimento del valore collettivo condiviso, ma non li privava della possibilità di effettuare un esercizio di responsabilità personale, che si traduceva nella decisione di dichiarare sé stessi in difficoltà¹².

Altri commentatori hanno messo in luce, invece, le "paradossali" convergenze tra la costruzione americana del conflitto sull'aborto e quelle dell'Europa continentale¹³. Ed in effetti, le convergenze non mancano, o, meglio, le costruzioni iniziali radicalmente diverse (l'aborto è un diritto/l'aborto è un comportamento parzialmente decriminalizzato), pur senza essere ripensate drasticamente, hanno lasciato il campo a soluzioni meno nette, e perciò meno disomogenee. Basti pensare che, con la sentenza *Casey*¹⁴ del 1992, la Corte Suprema degli Stati Uniti, pur confermando la dottrina del 1973 (l'aborto è un diritto), ha introdotto la *possibilità* del consulto, che soddisfa simbolicamente l'interesse dello Stato a

10 *Id.*, 71.

11 La legge c.d. "Veil" dalla sua proponente Simone Veil, n. 75-17 del 17 gennaio 1975, stabiliva la liceità dell'aborto entro la decima settimana. Con la legge n. 2001-588 del 4 luglio 2001 il termine è stato spostato a dodici settimane e il consulto è divenuto facoltativo per le donne maggiori di età (Art. L2212-1 "La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse.>").

12 L.H. Tribe, *Abortion: The Clash of Absolutes*, New York, W.W. Norton & Company (1990) 73-74.

13 R.E. Levy, A. Somek, *Paradoxical Parallels in the American and German Abortion Decisions*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 9 (2001).

14 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. (1992).

proteggere la vita prenatale. Di converso, la sentenza con cui la Corte Costituzionale tedesca è tornata, nel 1993, sulla disciplina dell'aborto, tributa all'autodeterminazione delle donne un valore molto maggiore rispetto alla pronuncia del 1975, e stabilisce che la criminalizzazione dell'aborto in certe situazioni può tradursi in una lesione della loro dignità.

L'aborto, del resto, come questione di diritto (e di giustizia) costituzionale, approda sulle due sponde dell'Atlantico nello stesso periodo storico e come risultato della polarizzazione di analoghi conflitti politici e sociali. Nel corso della storia, il diritto (consuetudinario, civile e religioso) ha sempre rivendicato il controllo sulla sessualità e sulla riproduzione. Tuttavia, fino alla fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70, la questione dell'aborto non era, semplicemente, una questione di diritto costituzionale¹⁵. Gli argomenti avanzati a sostegno della sua liberalizzazione erano espressi nel linguaggio delle preoccupazioni demografiche oppure delle politiche di salute pubblica, soprattutto in riferimento al dramma degli aborti clandestini, e all'ingiustizia di classe che la criminalizzazione dell'aborto produceva, mettendo a rischio la salute delle donne più povere¹⁶.

A provocare una drastica svolta nel senso della costituzionalizzazione del dibattito, e, poi, del conflitto, sull'aborto, fu l'affacciarsi sulla scena pubblica dei movimenti giovanili critici dei costumi sessuali tradizionali, e in particolare del movimento femminista¹⁷.

“Ogni anno in Francia, abortiscono un milione di donne. Condannate alla segretezza, sono costrette a farlo in condizioni pericolose quando questa procedura, eseguita sotto supervisione medica, è una delle più semplici. Queste donne sono velate, in silenzio. Io dichiaro di essere una di loro. Ho avuto un aborto. Così come chiediamo il libero accesso al controllo delle nascite, chiediamo la libertà di abortire”.

Con queste parole si apriva il famoso “Manifesto delle 343”, scritto da Simone de Beauvoir e firmato da donne intellettuali e celebrità della politica, dell'arte e dello spettacolo, che apparve sul *Nouvel Observateur* nell'aprile del 1971¹⁸.

Il “Manifesto” ebbe l'effetto di una bomba. Prima della sua pubblicazione l'“aborto” era, semplicemente, un taboo, una parola che nessun politico si sarebbe sognato di pronunciare pubblicamente. Una volta apparso il Manifesto, l'aborto conquistò le prime pagine dei maggiori quotidiani nazionali, ed una posizione centrale nel dibattito politico francese.

Nel giugno dello stesso anno, in Germania, *Der Stern* pubblicò l'appello dell'organizzazione femminista *Aktion 218*, firmato da 374 donne, per la liberalizzazione dell'aborto, la cui criminalizzazione, oltre a marchiare le donne come delinquenti, si traduceva nella loro “degradazione ed esposizione a situazioni di pericolo per la vita”¹⁹.

In agosto il Movimento di Liberazione della Donna italiano pubblicava un “testo di

15 R.B. Siegel, *The Constitutionalization of Abortion*, in M. Rosenfeld, A. Sajo (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press (2012) 1057 ss.

16 L. Greenhouse, R.B. Siegel (a cura di), *Before Roe v Wade: Voices that Shaped the Abortion Debate Before the Supreme Court's Ruling*, New York, Kaplan Publishing (2010); C. Tietze, *Abortion in Europe*, in *American Journal of Public Health*, vol. 57, n. 11 (1967) 1926.

17 R.B. Siegel, *Roe's Roots: The Women's Rights Claims that Engendered Roe*, in *Boston University Law Review*, vol. 90 (2010) 1875 ss.; M. Marx Ferree, W.A. Gamson, J. Gerhards, D. Rucht, *Shaping Abortion Discourse: Democracy and the Public Sphere in Germany and the United States*, Cambridge, Cambridge University Press (2002) 131–53; D. McBride Stetson (a cura di), *Abortion Politics, Women's Movements, and the Democratic State: A Comparative Study of State Feminism*, Oxford, Oxford University Press (2003).

18 *Nouvel Observateur*, n. 334 (5 aprile 1971)

(<http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20071127.OBS7018/le-manifeste-des-343-salopes-paru-dans-le-nouvel-obs-en-1971.html>).

19 *Wir haben abgetrieben!*, in *Der Stern* (Hamburg) (6 giugno 1971) 16.

autodenuncia”:

“Noi dichiariamo di aver, volontariamente e consapevolmente, abortito o aiutato altri ad abortire rendendoci loro complici. La legge clericale, ipocrita e fascista per i ‘delitti contro l’integrità e la sanità della stirpe’ che punisce questi reati esiste solo per essere violata, per uccidere secondo classe di appartenenza. L’interruzione della maternità, se eseguita da medici in condizioni igieniche, è un intervento semplice e senza rischi già oggi alla portata di chi ha denaro, cliniche specializzate e medici compiacenti e premurosi; per la maggioranza dei milioni di donne che ogni anno abortiscono, significa invece sterilità, gravi menomazioni, morte, mammane e macellai criminali. Chiediamo quindi che sia abolito il reato d’aborto e, come previsto dal progetto di iniziativa popolare del Movimento di Liberazione della Donna, l’aborto clinico divenga una prestazione disponibile per ogni classe sociale, per la maternità come libera, consapevole scelta”²⁰.

Nella primavera dell’anno dopo, negli Stati Uniti, *Ms Magazine* pubblicava l’autodenuncia di 53 donne che “avevano abortito”²¹.

Al dilagare delle autodenunce di donne che si esponevano alla possibilità di sanzioni penali, si accompagnavano, nei movimenti femministi nazionali e transnazionali, i primi tentativi di elaborazioni dei diritti e dei valori connessi alla questione dell’aborto. Negli Stati Uniti, già nel 1969, Betty Friedan, la presidente della *National Organization for Women* aveva lanciato la sua tonante campagna per il riconoscimento di quei “diritti che non sono mai stati definiti come tali, che sono essenziali per l’eguaglianza delle donne, e non sono contenuti nelle Costituzioni di questo e di altri paesi, che sono scritte soltanto da uomini. I diritti delle donne a controllare il processo riproduttivo debbono essere riconosciuti come diritti umani civili fondamentali che lo Stato non può negare o diminuire”²². Sulla stessa lunghezza d’onda, un opuscolo diffuso in Austria affermava che “la lotta contro il divieto dell’aborto è parte della battaglia per il diritto delle donne all’autodeterminazione, per l’eguaglianza nei diritti, davanti alla legge, nella sfera pubblica, sul lavoro e nella famiglia!”²³.

Sul fronte opposto, si andava organizzando la reazione della Chiesa e del laicato cattolico, in Italia, certo, ma anche in Francia, in Austria, in Germania e negli Stati Uniti. In America, la Chiesa cattolica diede vita nel 1967 ad un’organizzazione mirata ad ostacolare qualunque tentativo di decriminalizzazione dell’aborto²⁴, posto sullo stesso piano dell’omicidio e del genocidio²⁵. In Germania la principale associazione del laicato cattolico (il Comitato Centrale dei Cattolici tedeschi) assunse la posizione per cui il rispetto per la vita è condizione per la legittimità stessa dello Stato, e non può essere soggetto a compromesso alcuno²⁶. Nella posizione cattolica, è già chiaro che la criminalizzazione dell’aborto protegge una particolare accezione della dignità umana²⁷.

Questo era il clima sociale e politico in cui, tra il 1972 e il 1975, la questione dell’aborto

20 “Anche in Italia autodenunce per l’aborto” (ld.radicali.it/search_view.php?id=44852&lang=&cms=).

21 B.D. Diamonstein, *We Have Had Abortions*, in *Ms Magazine* (Spring 1972) 34.

22 B. Friedan, discorso tenuto alla “First National Conference on Abortion Laws: Abortion: A Woman’s Civil Right” (febbraio 1969), in L. Greenhouse, R.B. Siegel, *cit.*, 38.

23 M. Mesner, *Political Culture and the Abortion Conflict: A Comparison of Austria and the United States*, in D.F. Good, R. Wodak (a cura di), *From World War to Waldheim: Culture and Politics in Austria and the United States*, New York, Berghahn Books (1999) 196.

24 L. Greenhouse, R.B. Siegel, *cit.*, 2046–51, 2077–9.

25 *Ibid.*, 2049.

26 M. Spieker, *Kirche und Abtreibung in Deutschland: Ursachen und Verlauf eines Konflikts*, II ed., Paderborn, Ferdinand Schöningh Verlag (2008) 22.

dai movimenti sociali approdò nelle corti. La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, in Austria, in Germania, in Italia e in Francia fu costretta a tradurre un conflitto lacerante nel linguaggio dei diritti e dei valori costituzionali. Il clima politico, quindi, fu un fattore determinante nella “prima ondata” di decisioni sull’aborto, nonostante non possa dirsi con esattezza *come* il clima politico abbia effettivamente influenzato le decisioni giudiziarie²⁸. Né, d’altro canto, può dirsi con esattezza quale reazione abbia prodotto la costituzionalizzazione, e la contestuale soggezione alla giustizia costituzionale, della questione dell’aborto sui conflitti che ne erano stati all’origine.

Roe v. Wade rimane la pronuncia più controversa della storia americana, da molti accusata di aver innescato reazioni politiche e sociali radicali, sino alla nascita della “nuova destra”²⁹. Ma anche in Europa, dove la mediazione giurisdizionale ha provocato minore polarizzazione, la questione dell’aborto rimane fortemente divisiva. E ciò nonostante di aborto, in Europa, si parli pubblicamente sempre meno, perché la questione viene assorbita in quella più generale della bioetica, che consente l’uso di un linguaggio più algido, e lontano da quello così irrimediabilmente *demodé* dei movimenti femministi. “Oggi”, scriveva Letizia Gianformaggio nel 2004, “è diventato di moda irridere, o scandalizzarsi, nei confronti degli slogan cosiddetti ‘vetero-femministi’, *in primis* quello arcinoto sulla ‘gestione’ del proprio utero. Ebbene, quale è il senso di questa irrisione? Di questo scandalo? Cosa c’è di scandaloso nell’affermare che il corpo femminile è della donna? Cioè nel trasformare un genitivo partitivo in genitivo possessivo?”³⁰. Gianformaggio aveva ragione, e le sue non erano domande retoriche. L’irrisione degli ideali femministi e suffragisti fu una componente essenziale del fascismo, che li fece apparire come ridicoli e superati dal nuovo modello femminile promosso dal regime³¹. Il risultato di aver così troncato con la tradizione femminista italiana, fu la totale impreparazione alla politica della generazione di donne che si affacciò alla vita repubblicana, con le conseguenze che sono oggi sotto gli occhi di tutti. L’aborto non è solo, né prevalentemente, una questione di bioetica. E per quanto sia una questione altamente divisiva, la sua divisività non ha necessariamente a che fare con concezioni *morali* inconciliabili, ma, piuttosto, con concezioni *politiche* antagoniste. L’aborto è soprattutto un affare di donne, perché la sua regolamentazione, e le motivazioni che ne sono alla radice, sono intimamente connesse al riconoscimento dell’*habeas corpus*, che le donne hanno faticato immensamente a conquistare e che è condizione prima ed essenziale per una cittadinanza inclusiva ed eguale. In questo senso, la preoccupazione di Letizia Gianformaggio è più che mai fondata. La rivendicazione da parte delle donne della “proprietà” del proprio corpo, e, quindi, del controllo sulla sfera riproduttiva, è fastidiosa perché attacca alle fondamenta i ruoli e le gerarchie di genere su cui è stata costruita la cittadinanza moderna. Le rivendicazioni connesse all’aborto sono profondamente disturbanti, perché costringono ad affrontare e a ripensare quella che Silvia Niccolai ha felicemente definito come una “economia sessuale di illibertà” a cui

27 R.B. Siegel, *Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-sex Marriage*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 2 (2012) 355 ss.

28 M. Nijsten, *Abortion and Constitutional Law. A Comparative European-American Study*, Firenze, European University Institute (1990) 223 ss.

29 R. Post, S. Siegel, *Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, n. 2 (2007).

30 L. Gianformaggio, *La riproduzione medicalmente assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, in www.forumcostituzionale.it (2004).

31 V. De Grazia, *How Fascism Ruled Women. Italy 1922-1945*, Berkeley, University of California Press (1992).

“l’aborto, nella sua storia millenaria, è stato funzionale”³². L’aborto è il sintomo dell’asimmetria e della subalternità che hanno storicamente caratterizzato le relazioni sessuali tra uomini e donne, ma è anche, al tempo stesso, una promessa di libertà e di emancipazione sessuale dalla portata rivoluzionaria. Ed è questa ambivalenza che le corti degli anni ’70 non riescono a gestire, ignorando, nelle loro decisioni, le radici patriarcali della sessualità, e rifiutando di riconoscere la libertà sessuale e riproduttiva delle donne. Così non rimane che costruire l’aborto in termini di un *conflitto* tra i diritti di due soggetti, per cui il corpo della donna finisce per essere abitato da un nemico.

Questo non significa che l’aborto non abbia *anche* una dimensione morale significativa, legata al valore che si attribuisce alla vita prenatale. Nel primo Capitolo del libro mi concentro proprio sul dilemma morale con cui l’aborto costringe i giudici a confrontarsi, e sulle tecniche e le politiche giudiziarie con cui essi rispondono alla necessità di assumere decisioni moralmente impegnative. Questo esercizio di comparazione, però, mette a nudo due cose: la prima è che i giudici non possono esimersi dall’assumere il ruolo di arbitri morali nei conflitti in cui le divisioni sono irreconciliabili, ma anche “che sul terreno morale non esiste garanzia di accordo né di compromesso, ma solo possibilità di reciproca tolleranza. E la tolleranza consiste, in questo caso, nel riconoscere alle diverse concezioni il carattere di legittime posizioni morali, nessuna delle quali è squalificabile come ‘immorale’ solo perché non condivisa”³³. Il che equivale a dire che le questioni morali connesse all’aborto che ruotano intorno al valore della vita del concepito non possono essere risolte dal diritto, il quale può privilegiare una convinzione, oppure adottare una posizione di pluralismo morale, che consente la coesistenza del massimo numero di concezioni possibili.

La seconda cosa che mette in luce la comparazione è che l’uso della morale nella regolamentazione dell’aborto è in larga misura strumentale rispetto ad esigenze di altro ordine, soprattutto di ordine simbolico e politico. Il che, dal punto di vista pratico, si traduce spesso in uno scollamento tra gli argomenti morali su cui si fonda la decisione giudiziaria e l’ampiezza dell’accesso all’aborto. Contrariamente a Mary Anne Glendon, non credo che questo scollamento persegua necessariamente il fine di conciliare l’aderenza al valore della vita con la necessità di garantire spazi di autonomia individuale. Piuttosto, credo che il linguaggio dei diritti fondamentali, e la filosofia che ad essi è sottesa, incontrino un limite strutturale pressoché invalicabile quando è in gioco la sfida a quello che Carol Pateman definì il “contratto sessuale”, su cui è fondata la cittadinanza moderna³⁴. I diritti fondamentali contengono nel loro patrimonio genetico l’esclusione delle donne: sono, in effetti, diritti modellati sulla nozione settecentesca del cittadino: maschio, borghese. Al contrario, i diritti umani, con la loro dimensione morale prima che politica, e la loro titolarità posta in capo a tutti gli esseri umani, possono offrire una piattaforma migliore nella regolamentazione di fenomeni divisivi e contro-culturali come l’aborto. E lo conferma l’analisi che conduco, nel secondo Capitolo, delle decisioni assunte da organi internazionali, come i Comitati ONU e la Corte Interamericana dei Diritti (ma non, significativamente, la Corte di Strasburgo, assai più impregnata dalla cultura costituzionale degli Stati Membri), e da corti interne “in dialogo” con il livello internazionale.

Questo dialogo e questa interazione sono preziosi, se si spera di costruire una cittadinanza complessa ed eguale per donne e uomini. E ciò soprattutto a fronte delle sfide lanciate, a partire dagli Stati Uniti, dai nuovi gruppi antiabortisti. Rispetto agli anni ’70 il clima culturale è profondamente cambiato. Gli argomenti a sostegno della vita prenatale hanno lasciato il campo ad argomenti fondati sul diritto naturale e sulla biologia. Rispetto

32 S. Nicolai, “La legge sulla fecondazione assistita e l’eredità dell’aborto”, in www.costituzionalismo.it, 2 (2005).

33 L. Gianformaggio, *op.cit.*

34 C. Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press (1988).

alla strategia basata sulla difesa del concepito, il salto di qualità è notevole. La difesa del concepito, infatti, non è un argomento in grado di convincere le “maggioranze ragionevoli” della necessità di bandire l’aborto. Indipendentemente da quali siano i reali termini del bilanciamento effettuato dalle corti, l’argomento della “difesa del concepito” si presta ad un’analisi proporzionale, ed a un risultato compromissorio. Al contrario, i nuovi argomenti antiabortisti, fondati sulla *innaturalità* dell’aborto, hanno un potenziale distruttivo radicale, perché mirano all’eliminazione della nozione stessa del conflitto, ed alla vittimizzazione parallela della donna e del concepito. Nell’ultimo Capitolo mostro come, negli Stati Uniti, questi argomenti dai movimenti sociali siano ormai approdati nella legislazione statale e federale e nella giurisprudenza della Corte Suprema. A fronte di questo attacco, che mira con tutta evidenza a rimettere in gioco i termini della cittadinanza femminile, la difesa del diritto di aborto assume un significato fondamentale, intimamente legato alla promozione dell’eguale libertà delle donne.

INDICE - SOMMARIO

PREMESSA
INTRODUZIONE

L'ABORTO COME PROBLEMA COSTITUZIONALE

CAPITOLO I

I GIUDICI E L'ABORTO: TRA MORALE E TECNICHE DI BILANCIAMENTO

1. È POSSIBILE PER I GIUDICI NON ENTRARE NEL MERITO DELLE QUESTIONI MORALI QUANDO DECIDONO SUI DIRITTI FONDAMENTALI?
2. LA MORALITÀ DELL'ABORTO NELLA PROSPETTIVA DI GIUDICI DIVERSI
 - 2.1. Argomenti solo apparentemente tecnico-giuridici che nascondono giudizi morali
 - 2.2. Argomenti morali espliciti
3. LA MORALE DELLA DIGNITÀ
 - 3.1. Tra diritto e stereotipo: la Corte Suprema degli Stati Uniti
 - 3.2. Tra dignità e riprovazione: la Corte Costituzionale Federale tedesca
 - 3.3. Una dignità per due: la Corte Costituzionale ungherese
 - 3.4. La dignità femminile: il Tribunale Costituzionale polacco
 - 3.5. La dignità kantiana: la Corte Costituzionale colombiana
4. IL PROBLEMA DELLA CONGRUENZA TRA ARGOMENTI MORALI UTILIZZATI E DECISIONE GIUDIZIARIA
5. QUALI LIMITI E VINCOLI DEVONO INCONTRARE I GIUDICI QUANDO DECIDONO SU QUESTIONI MORALI FORTEMENTE DIVISIVE?

CAPITOLO II

ABORTO, GENERE E CITTADINANZA TRA DIRITTI UMANI E DIRITTI FONDAMENTALI

1. DIRITTI FONDAMENTALI E CITTADINANZA DI GENERE
2. LA RIVOLUZIONE DEI DIRITTI UMANI
 - 2.1. L'aborto e i trattati internazionali a protezione dei diritti umani
 - 2.2. L'aborto in Colombia: l'apporto dei trattati sui diritti umani
3. L'ABORTO IN EUROPA
 - 3.1. L'aborto e l'Unione Europea tra circolazione dei servizi e libertà
 - 3.2. L'aborto nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà

Fondamentali

CAPITOLO III

ABORTO, EGUAGLIANZA E STEREOTIPI DI GENERE: LE NUOVE SFIDE

1. LE NUOVE SFIDE DEL MOVIMENTO *PRO-LIFE*: I REALI TERMINI DEL BILANCIAMENTO
 - 1.1. La tutela del concepito
 - 1.2. Le nuove strategie antiabortiste: il costituzionalismo cattolico

2. L'ABORTO È CONTRARIO AL DIRITTO NATURALE? DAL SOUTH DAKOTA A WASHINGTON, LA LUNGA MARCIA DEI NUOVI ARGOMENTI *PRO-LIFE*
 - 2.1. South Dakota: Il Rapporto della "Task Force to Study Abortion"
 - 2.2. Washington: dalla Task Force alla Corte Suprema: *Gonzales, Attorney General v. Carhart et al.*
 - 2.3. Da Washington a dove? Le nuove strategie anti-abortiste

3. LA STRADA ALTERNATIVA: L'APPROCCIO DELL'EGUAGLIANZA E L'ANTI STEREOTIPO
 - 3.1. Da Stoccolma a Washington: Ruth Bader Ginsburg e l'approccio antistereotipo
 - 3.2. La dottrina anti-stereotipo e l'aborto

INDICE DELLE OPERE CITATE