

Prima di *Dobbs*. La scure dell'*Original intent* su cinquant'anni di nodi irrisolti in materia di aborto

Valeria Marzocco*

BEFORE *DOBBS*. THE AXE OF *ORIGINAL INTENT* ON FIFTY YEARS OF UNRESOLVED ABORTION ISSUES

ABSTRACT: *Dobbs v. Jackson* marks an *Overruling* in Supreme Court jurisprudence of historic significance. By denying constitutional relevance to the right to abortion, the Court restores an originalist reading of the US Constitution and selectively operates on the subject of civil rights, arguably ushering in a season that could have repercussions for reproductive rights and women's freedom to exercise control over their own choices. The qualification of abortion, which had been consolidated with *Roe v. Wade* and later with *Planned Parenthood v. Casey*, had been far from without weaknesses. Both the Court's *dissenting opinions* and legal doctrine had addressed these aspects, focusing on the *Penumbra* of the Fourteenth Amendment of the US Constitution, reflecting on the appropriateness of anchoring abortion to the equality clause offered by the Thirteenth Amendment, and focusing on the limits of a construction based on the public/private dichotomy. Fifty years of unresolved issues, of which this essay attempts to summarise the main issues.

KEYWORDS: Originalism; abortion; privacy; equality; feminist jurisprudence

ABSTRACT: *Dobbs v. Jackson* segna un *Overruling* nella giurisprudenza della Corte Suprema dalla portata storica. Negando rilevanza costituzionale al diritto di aborto, la Corte restituisce una lettura originalista della Costituzione americana e opera selettivamente sulla materia dei diritti civili, probabilmente inaugurando una stagione che potrebbe avere ricadute sui diritti riproduttivi e sulla libertà delle donne a esercitare il controllo sulle proprie scelte. La qualificazione dell'aborto, che si era consolidata con *Roe v. Wade* e poi con *Planned Parenthood v. Casey*, era stata tutt'altro che priva di elementi di debolezza. Tanto le *dissenting opinion* della Corte, quanto i contributi della dottrina erano intervenuti su questi aspetti, focalizzandosi sulla *Penumbra* del XIV emendamento della Costituzione americana, riflettendo sull'opportunità di ancorare l'aborto alla clausola di uguaglianza posta dal XIV emendamento, e ponendo al centro i limiti di una costruzione fondata sulla dicotomia tra pubblico e privato. Cinquant'anni di nodi irrisolti, dei quali in questo saggio si prova a sintetizzare le principali questioni.

PAROLE CHIAVE: Originalismo; aborto; privacy; eguaglianza; giurisprudenza femminista

* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: valeria.marzocco@unina.it. Contributo sottoposto a referaggio.

SOMMARIO: 1. *Come ai tempi di Enrico IV*. Il culto ideologico del testo costituzionale – 2. *Dobbs* e la tesi dell'eccezionalità del diritto di abortire – 3. Un *overruling* non sorprendente – 4. Privacy e aborto. La dottrina delle «sfere separate» – 5. Considerazioni minime su un'occasione mancata.

1. *Come ai tempi di Enrico IV*. Il culto ideologico del testo costituzionale

A quasi cinquant'anni da *Roe v. Wade*¹, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconfigurato la qualificazione giuridica dell'aborto². Una decisione che lo espunge dall'ambito delle libertà fondamentali coperte dal XIV emendamento, affidando alla decisione politica la valutazione su un diritto che, pure consolidato nella sua costante giurisprudenza, era stato al centro di un dibattito dottrinale assai vasto e non necessariamente assorbito entro le prospettive ideologiche che sul tema riflettono visioni morali conflittuali e probabilmente difficili da comporre.

Le motivazioni del *revirement* deciso dai giudici costituzionali statunitensi sono già al vaglio della dottrina³, nei molteplici aspetti che l'impianto argomentativo del testo concede agli interpreti, come nelle conseguenze che esso potrà o meno avere entro il complesso assetto istituzionale americano in cui la sentenza produrrà i suoi effetti. Indubbio è che *Dobbs v. Jackson* sia un arresto dalla portata storica, che pone in azione una specifica tecnica di approccio al testo costituzionale non inedita nella giurisprudenza della Corte, quella dottrina dell'*Original intent* che si tende erroneamente ad ancorare a un'elaborazione teorica assai recente⁴, smarrendone così i legami con la più profonda e risalente tradizione del formalismo interpretativo⁵, per come esso si è prodotto in alcuni momenti emblematici della storia del più alto organo giurisdizionale americano⁶.

Già nel 1897, quando il testo della Costituzione degli Stati Uniti d'America ha poco più di 100 anni, e il XIV emendamento è stato ratificato da circa trenta, il cuore di questa tecnica era rappresentato in un testo classico del pensiero giuridico americano⁷. Nelle parole di Oliver Wendell Holmes Jr., che, della Corte Suprema sarebbe stato tra i più longevi e insigni componenti⁸, legando il suo nome a uno

¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Sulla giurisprudenza della Corte consolidatasi dopo la storica pronuncia del 1973: M. ZIEGLER, *Abortion and the Law in America. Roe v. Wade to the Present*, New York, 2020.

² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. No. 19-1392, (2022). Per la consultazione del testo della decisione della U.S. Supreme Court: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

³ Di un «territorio inesplorato» al quale l'*overruling* della Corte esporrebbe il futuro della qualificazione dell'aborto scrivono: D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *Rethinking Strategy after Dobbs*, in *Stanford Law Review Online*, 75, 1, 2022, 1.

⁴ La dottrina dell'*Original Intent* risale, come noto, agli anni Sessanta, legandosi a una forma di reazione rispetto alla giurisprudenza che vedeva la Corte Suprema guidata da Earl Warren, impegnata in una interpretazione estensiva dei diritti civili. Per una panoramica: S.G. CALABRESI (ed. by), *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Washington DC, 2007.

⁵ Sul rapporto tra originalismo e formalismo: T.B. NACHBAR, *Twenty-First Century Formalism*, in *University of Miami Law Review*, 75, 1, 2020, 113-189.

⁶ J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Baltimore-London, 2005.

⁷ O.W. HOMES JR., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 5, 1897, 991-1009.

⁸ Holmes fu giudice della Corte Suprema dal 1902 al 1932. Un periodo in cui, facendosi interprete di una visione progressista dell'interpretazione costituzionale, egli ispirò la sua attività presso la Corte a un'esigenza di armonizzazione o di mediazione dei confliggenti interessi che percorrevano la società americana dei primi decenni del Novecento: R. POUND, *Judges Holmes's Contribution to the Science of Law*, in *Harvard Law Review*, 34, 5, 1921, 449-453 (spec. 449-450).

degli arresti non a caso accostati a *Dobbs* da una parte della dottrina, *Lochner v. New York*⁹, c'era qualcosa di «rivoltante» nell'acquiescenza interpretativa a un modello di *Rule of Law* che si voglia rintracciare nella lettera di una regola scritta «ai tempi di Enrico IV». Ancor più, «se i fondamenti su cui (*il Rule of Law*) si istituì sono svaniti da tempo, e la regola persiste semplicemente per cieca imitazione del passato»¹⁰.

In quegli ultimi anni dell'Ottocento, di là dall'affermarsi è quella «rivolta contro il formalismo»¹¹ nel cui quadro si sarebbero inserite dottrine come quella della giurisprudenza sociologica e del realismo americano, delle quali Holmes è considerato uno dei principali ispiratori¹². Occorrerà, soprattutto, attendere qualche anno prima che l'accademico di Harvard firmi la sua *dissenting opinion* in *Lochner v. New York*. Una pagina della giurisprudenza americana, quest'ultima, celebre per molte ragioni, tra le quali vi è certamente il paradigma che *Lochner*, a suo modo, ancora è in grado di rappresentare rispetto al rapporto tra *formalismo* e *ideologia* nel ragionamento giuridico.

In un momento storico segnato da profondi e rapidi cambiamenti sociali, questo nodo teorico si misurava per la prima volta esplicitamente sul testo costituzionale e, nello specifico, sul concetto giuridico di *liberty* cristallizzato nel XIV emendamento. E di esso, così ad avviso di Holmes, offriva un'interpretazione in cui quel rapporto tra *forma* e *valore* si saldava, prestandosi a farsi funzione di una prospettiva normativa, alla quale Holmes si opponeva, rimarcando due elementi su cui non a caso si è tornato in questi mesi a riflettere.

Paradossalmente, in quella celeberrima *opinion* di minoranza, compariva un richiamo alla tradizione «del nostro popolo e del diritto». Essa, però, non era richiamo al culto letterale del testo costituzionale che, in quell'occasione, altro non appariva se non infingimento intriso di un'ideologia economica contraria ai principi di una razionalità derivante dalla storia e dal senso comune. La tradizione era *diritto vivente*, la cui funzione di adeguamento nell'ambito dell'attività interpretativa si consacrava in un aforisma ben presente a generazioni di giuristi: «general propositions do not decide concrete cases»¹³.

Era, in sintesi, un invito a riflettere sulle ipotesi in cui il privilegio accordato alla lettera della disposizione normativa – o, se si vuole, il suo *culto* – può farsi segno di una censura opposta al cambiamento dei costumi, delle opinioni sociali dominanti, irrigidendo il testo costituzionale nel punto di vista ideologico che si intende surrettiziamente far prevalere.

⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Interessante, a testimonianza del consolidarsi della rilevanza di questo arresto nella prospettiva originalista, ricordare quanto Justice Antonin Scalia afferma in un suo *dissenting* (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003]) a proposito dell'estensione interpretativa del XIV emendamento in relazione al reato di sodomia: una copertura che andrebbe apprezzata, ricordando *Lochner*, non diversamente da quanto, nel 1905, fu ritenuto di affermarla con riguardo al diritto di lavorare «per più di 60 ore alla settimana in un panificio» (*ivi*, 592).

¹⁰ O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, cit., 1001.

¹¹ Su ciò, M.G. WHITE, *The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century*, in *Journal of the History of Ideas*, 8, 2, 1947, 131-152.

¹² Per l'influenza di Holmes sull'antiformalismo americano: W.E. RUMBLE JR., *Legal Realism, Sociological Jurisprudence and Mr. Justice Holmes*, in *Journal of the History of Ideas*, 26, 4, 1965, 547-566. Su Holmes e il giusrealismo, mi sia consentito di rinviare a: V. MARZOCCO, *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano*, Torino, 2018.

¹³ *Lochner v. New York* (Justice Holmes Jr., *Dissenting*), 76 e 75.

Rivolgersi a un passato così lontano, quando invece vicinissima è la decisione con cui *Dobbs* invalida cinquant'anni di dottrina costituzionale sull'aborto, non deve destare stupore. Di certo, perché qualche ipotesi di accostamento tra *Lochner* e *Dobbs* si è in questi mesi letta, e anche in considerazione del rinvio a *Lochner* operato dalla Corte, intendendo da esso marcare una distanza¹⁴.

Vi è però qualcosa di interessante che il *dissent* di Holmes consente di rilevare sul punto dell'uso che della tradizione e della lettera del testo costituzionale può farsi, lì dove esso contrastava l'esito di quella decisione *facendo leva* proprio su di una radice originaria della volontà costituente la quale, sul tema delle concezioni da privilegiare della libertà, era chiamata a fare da baluardo contro una concezione sclerotizzata e astratta del XIV emendamento e, per questo, funzionale a scopi di natura ideologica.

Quest'argomento – che affermava la volontà del costituente dentro la tradizione vivente del popolo, rendendola così argine rispetto al formalismo – declinava, di tutta evidenza, un modo di intendere la funzione dell'argomento originalista completamente opposto alla funzione che gli assegna la dottrina dell'*original intent*, poiché ne affermava in qualche modo la sua ritraduzione e vivificazione interpretativa attraverso un circuito di validazione sociale e storica.

Dinanzi all'impianto argomentativo di *Dobbs* si è nel quadro di un diverso paradigma, che vuole l'originalismo declinazione a tratti radicale del formalismo interpretativo: una dottrina che si è andata formalizzando negli ultimi trent'anni nella dottrina costituzionalistica americana, la quale, nel suo nucleo, può essere effettivamente rappresentata con l'immagine di una «mano morta», che dal passato si allunga e si estende sul presente, limitando l'attività delle Corti, e facendole custodi a salvaguardia di contenuti sostantivi irrigiditi per come essi furono posti in un lontano passato¹⁵.

Di questa tensione, è prova il largo impiego che *Dobbs* fa di argomentazioni di matrice storica, chiamate a perimetrare la corretta definizione di ciò che nel XIV emendamento non può farsi assorbire, al netto delle libertà che nel tempo in esso sono state consacrate sotto l'egida del diritto alla privacy¹⁶.

Un originalismo a tratti paradossale, dal quale conseguono due effetti: ricostruire un significato giuridico della disposizione sclerotizzata alla sua lettera, escludendo pertanto ogni approccio interpretativo di matrice storico-evolutiva, e, ridimensionare, indebolendolo di fatto, quel richiamo alla «tradizione del popolo» di cui il diritto costituzionale americano è pervaso, poiché la sua forza vitalizzante è ridotta allo specifico significato espresso dalle maggioranze attuali: la Corte sull'aborto non può che tacere, poiché esso è questione che appartiene e va restituita, nelle parole del Justice Alito, alla sua matrice politica, dunque agli Stati¹⁷.

¹⁴ Il passo in questione riguarda il concetto di liberty accolto nel XIV emendamento e il criterio dell'aderenza agli «insegnamenti della storia», voluto ad arginare il rischio che i giudici cadessero «a ruota libera dentro un esercizio del giudizio politico che caratterizzò decisioni screditate come *Lochner v. New York*» (*Dobbs v. Jackson*, p. 14). Su ciò: C.R. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of *Bolling v. Sharpe**, in *Harvard Public Law Working Paper*, 22-30 (last rev. 15 nov. 2022).

¹⁵ M.W. McDONNELL, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, in *George Washington Law Review*, 66, 1988, 1127-1140.

¹⁶ Sulla dottrina dell'*incorporation*: R.L. CORD, *The Incorporation Doctrine and Procedural Due Process Under the Fourteenth Amendment: An Overview*, in *Brigham Young University Law Review*, 3, 1987, 867-904.

¹⁷ In ciò vi è, secondo la Corte, l'esigenza di operare un *overruling* di *Roe* e di *Casey*, tornando a rimettere la questione «al popolo e ai loro rappresentanti eletti»: *Dobbs v. Jackson*, 68.

2. *Dobbs* e la tesi dell'eccezionalità del diritto di abortire

Negli Stati Uniti d'America, l'aborto è un tema da sempre fortemente esposto alle pressioni del potere politico e non vi è dubbio che *Dobbs* sia un arresto che è legittimo intendere in una prospettiva di questo tenore, senza tuttavia lasciarsi del tutto risolvere in essa. Pur non volendo sottostimare l'importanza, forse la decisività, del prodursi di una maggioranza in seno alla Corte, che ha certamente reso possibile quello che a tutti gli effetti è uno dei più significativi *overruling* della storia della giurisprudenza della Corte Suprema¹⁸, occorre anche considerare che la dottrina *Roe*, nonostante la polarizzazione dell'opinione pubblica americana in un dibattito ideologico a tratti veemente, si sia consolidata nella giurisprudenza della Corte suprema per quasi cinquant'anni. Com'è altrettanto evidente che a queste influenze la costruzione giuridica che ne affermava il rango di diritto costituzionalmente assorbito dalla tutela accordata dal XIV emendamento alla privacy abbia resistito, pure nel modificarsi e ridefinirsi degli equilibri politici che si sono avvicinati in seno alla Corte.

Se il tema della composizione politica è una questione da non eludersi, altrettanto evidentemente occorre riconoscere, senza infingimenti, che il paradigma che *Dobbs* invalida era ormai una costruzione indebolita. Un canone che restava inalterato, certo. Il quale però, da tempo, tanto i rilievi insinuati in alcune opinioni di minoranza, quanto le pagine di letteratura giuridica prodotte in materia avevano contribuito ad erodere.

Questi cinquant'anni di discussione, affacciatasi anche in seno alla Corte, erano state altrettante direttrici di indagine, nei cui sviluppi la questione sottoposta al vaglio era stata una, ed era la stessa su cui *Dobbs* ha scritto la fine del canone *Roe*: la fondatezza del profilo costituzionale del diritto di aborto riconosciuto come declinazione delle libertà tutelate dal concetto di privacy. Diversamente dall'interpretazione prevalsa in *Dobbs*, la dottrina e le opinioni di minoranza avevano argomentato però diversamente i punti di criticità che quella costruzione rivelava: talvolta, facendo leva sulle ragioni concettuali e dommatiche che suggerivano di correggere l'ancoramento costituzionale del diritto ad abortire, in altri casi insediando i propri argomenti all'interno di teorie radicalmente critiche, che ricadevano sull'aborto muovendo dal significato e dai limiti del concetto giuridico di privacy accolto dai giudici costituzionali.

Conta forse rilevare che, soprattutto nell'ambito dei primi approcci, come anche negli altri, seppur più debolmente, si faceva spazio un argomento classico, ancora una volta già presente nel *dissent* di Holmes in *Lochner v. New York*, lì dove si alludeva al fatto che, dinanzi alla necessità di vagliare le condizioni che rendono libera la determinazione individuale, una parte dello scrutinio non potesse non riguardare il tema dell'uguaglianza¹⁹.

¹⁸ Su questi aspetti, non è irrilevante che la Corte, davanti alla quale il *Mississippi Gestional Age Act* pendeva dal dicembre del 2021, abbia dal 2020, con la contestata nomina di Amy Coney Barrett, una composizione politicamente orientata a posizioni conservatrici, consolidandosi in un equilibrio politico che neanche l'ingresso di Ketanji Brown Jackson, promosso da Biden nel febbraio del 2022, riesce a spostare. Di ciò il *Certiorari* reso al Quinto Circuito della Corte d'Appello dalla U.S. Supreme Court è in parte il prodotto. Per un'analisi di questi aspetti, anche riflettendo su *Dobbs*: J.S. SCHACTER, *Polarization, Nationalization, and the Constitutional Politics of Recent State Supreme Court Elections*, in *Wisconsin Law Review*, 5, 2022, 1311-1336.

¹⁹ *Lochner v. New York* (Justice Holmes Jr. *Dissenting*), 76.

È un aspetto, quest'ultimo, che *Dobbs* elude del tutto, rivelando quale sia la tesi normativa (della quale l'argomentazione giuridica è funzione) che si intendesse far prevalere: cancellare, non riformulandola, una garanzia costituzionale che è un fondamentale diritto delle donne, e che oggi è restituita al fragile e instabile terreno delle maggioranze politiche espresse nel quadro di un modello democratico in profonda crisi di rappresentatività e partecipazione in molte realtà istituzionali, compresi gli Stati Uniti²⁰.

Dobbs v. Jackson è, anche da questo punto di vista, una pronuncia che pone al centro il problema del rapporto tra *formalismo* e *ideologia*, riversando nel canone dell'*Original intent* le tensioni che esso ha sovente assecondato nella storia della giurisprudenza della Corte Suprema²¹. In questo senso, è però anche, più specificamente, un testo esemplare che condensa alcuni tratti paradigmatici di una specifica vocazione della dottrina originalista, tra i quali vi è la tendenza a leggere nel senso di una specularità performativa il rapporto tra la volontà delle maggioranze, per come essa si pone storicamente nel presente, e quella che può ricostruirsi al tempo in cui la Costituzione fu posta nel passato.

Proviene da ciò lo spiccato *favor* per un argomento «della sovranità popolare», che si afferma saldandosi nel rinvio all'originario significato della volontà costituente, la quale giustifica il vincolo a cui deve attenersi il lavoro delle Corti, restringendone il perimetro di esercizio dell'attività interpretativa e, con essa, offrendo un'interpretazione circa la forma di una politicità che ne è un aspetto decisivo nell'assetto istituzionale americano²².

Questi elementi sono esplicitamente richiamati da *Dobbs*, che costruisce le sue argomentazioni su un impianto che veicola un'interpretazione del XIV emendamento aderente a standard di affidabilità letterali²³, afferma come indebita l'estensione della sua garanzia al caso dell'aborto, e lo restituisce ai canoni di ammissibilità di ordine politico rappresentativo, come già illustrati da Antonin Scalia, nella sua *dissenting opinion* di *Casey*²⁴.

Anche per queste ragioni, l'accostamento tra *Dobbs* e *Lochner* è tutt'altro che privo di interesse.

Detto ciò, occorre tuttavia non smarrire il senso della storia, e con essa, quello della storia della giurisprudenza della Corte, su almeno alcuni punti essenziali.

Il primo è certamente quello della costruzione per via giurisprudenziale e dottrinale del concetto di libertà come posto dal XIV emendamento: un percorso che si è riannodato nel tempo, e in termini

²⁰ Su ciò, occorre certamente considerare come, da *Roe v. Wade*, si instauri un processo di sostanziale inibizione del potere regolatorio degli Stati sulla materia dell'aborto e ciò, di tutta evidenza, è una questione che tocca il rapporto tra giudice e legislatore: M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law. American Failures and European Challenges*, Cambridge-London, 1987, 30 ss.

²¹ J.S. SCHACTER, *The Confounding Common Law Originalism in Recent Supreme Court Statutory Interpretation: Implication for the Legislative History Debate and Beyond*, in *Stanford Law Review*, 1, 51, 1998, 1-71. Su questi aspetti, *amplius*, M. N. BERMAN, *Originalism is Bunk*, in *New York Law Review*, 1, 84, 2009, 1-96.

²² Su questi temi, resta classico: G. BOGNETTI, *Malapportionment: ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Milano, 1966, spec. 269 ss.

²³ Per questo standard, la Corte rinvia addirittura alla tesi dell'analisi linguistica («the language of the instrument»), intesa come origine di ogni approccio corretto al testo costituzionale affermata nel 1824 (*Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 [1824], 189).

²⁴ Nelle parole affidate all'*opinion* parzialmente dissenziente di Scalia, «l'ammissibilità dell'aborto e le limitazioni su di esso devono essere risolte come lo sono la gran parte delle questioni importanti della nostra democrazia: dai cittadini che provano a persuadersi a vicenda e poi votano»: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (Justice Scalia, *Dissenting*), 979.

saldi, al concetto di privacy e al complesso di diritti che da esso ne sono stati via via enucleati²⁵. L'altro è che la Corte, in *Dobbs*, opera in qualche modo chirurgicamente su questo impianto, sezionando da esso la materia dell'aborto da un complesso più ampio di libertà, relative alla vita sessuale, personale, riproduttiva, fondate anch'esse nello stesso quadro.

In *Roe v. Wade*, il fondamento costituzionale del diritto all'aborto era stato una costruzione interpretativa operata nella *penumbra* del XIV emendamento²⁶. Un'operazione interpretativa che, sulla materia dell'aborto, si riallacciava alla qualificazione della privacy in termini di principio anch'esso non esplicitamente previsto, ma desumibile da un novero di diverse previsioni costituzionali: il primo, quarto, quinto e quattordicesimo emendamento²⁷.

Al cospetto del canone introdotto dalla Corte nel 1973, che aveva trovato continuità e specificazione in pronunce successive²⁸, l'impianto originalista adottato da *Dobbs* fa leva però su di un argomento principe, e questo riguarda l'*eccezionalità* del diritto di aborto nel novero dei diritti che hanno trovato garanzia di tutela costituzionale entro il XIV emendamento e delle clausole costituzionali a fondamento della privacy, in ragione del dilemma morale – l'aborto è una «critical moral question» – a cui esso espone la coscienza dei singoli. L'aborto è tema che chiama in causa le «opinioni appassionate e ampiamente divergenti» dei cittadini, e tale considerazione è proposta come un dato che sarebbe banale da considerare, se non fosse, nell'*opinion* di maggioranza estesa dal Justice Alito, saldato come un fatto, cristallizzato e non controvertibile, alla prova storica che specularmente lo traduce nella ragione a sostegno della sua mancata previsione da parte dei Costituenti²⁹, oltre che della sua criminalizzazione diffusa nelle legislazioni statali prima di *Roe*³⁰.

Pur non spingendosi a riconoscere personalità giuridica al feto, la Corte trae dalla sua personalità morale – implicita nella definizione del prodotto del concepimento in termini di «unborn human being»³¹ – ragioni sufficienti a costringere entro un significato letterale (e originario) la rilevanza da

²⁵ Sulla costruzione giuridica del concetto di privacy nella giurisprudenza della Corte: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Per un'analisi, in rapporto alla *Penumbra* del *Bill of Rights*: H.T. GREELY, *A Footnote to «Penumbra» in Griswold v. Connecticut*, in *Constitutional Commentary*, 6, 2, 1989, 251-266.

²⁶ Per l'impiego della metafora della "penumbra" nel pensiero di Holmes (come esercizio proprio e necessario dell'attività interpretativa del giudice dinanzi a casi dubbi, «una linea tracciata in qualche luogo della penombra tra il buio e la luce, altrimenti destinati a restare nell'incertezza»: O.W. HOLMES, JR., *The Theory of Torts*, in *American Law Review*, 7, 1873, 652-670 [654]).

²⁷ *Griswold v. Connecticut*, cit., 481-486.

²⁸ Su ciò, per una recente e ampia analisi: G. VIGGIANI, *La questione giuridica dell'aborto negli Stati Uniti*, in *AG About Gender*, 3, 5, 2014, 108-138.

²⁹ *Dobbs v. Jackson*: per la definizione dell'aborto come dilemma morale (32); sulla sua divisività (4); per l'argomento storico (23 ss.).

³⁰ Può non essere irrilevante, in chiave ricostruttiva, sottolineare le ampie convergenze che l'impianto argomentativo proposto da Samuel Alito in *Dobbs* mostra con un suo *dissent* (al quale aderivano i Justices Thomas e Scalia) in tema di matrimonio omosessuale del 2015: *Obergefell et al. v. Hodges*, U.S. 2584 (2015) (Justice Alito, *Dissenting*), il quale esordiva in questi termini: «La Costituzione non dice nulla sul matrimonio omosessuale, ma la Corte sostiene che il termine "libertà" nel Due Process Clause del XIV emendamento ricomprenda questo diritto».

³¹ Il mutamento di paradigma posto da *Dobbs* sulla materia dell'aborto passa anche attraverso una scelta linguistica e concettuale, la quale, sulla definizione del feto, supera il concetto di «vita in potenza», di per sé già

accordarsi a una concezione della libertà, che, nella qualificazione costituzionale, non può confondersi con le opinioni soggettive³².

La Costituzione non fa alcun espresso riferimento all'aborto, e non avrebbe potuto, secondo la Corte, non già per ragioni storiche di carattere culturale, né tanto meno perché potrebbe intendersi in ciò una pagina di quella dicotomia tra *pubblico* e *privato* che ha costretto la condizione femminile per secoli³³. La non previsione dell'aborto è un *fatto* dal quale si desume un *valore*: il primo rivela non già un dato, ma indica ciò che *deve essere* nell'attualità del perimetro in cui può definirsi legittima l'interpretazione del testo.

3. Un *overruling* non sorprendente

Roe v. Wade non è solo una sentenza sull'aborto, è anche una decisione che segna un passaggio decisivo nella dottrina della Corte Suprema in materia di *privacy*³⁴. Un aspetto, quest'ultimo, niente affatto marginale, se si valuta che è nel perimetro coperto dal concetto di *privacy* che *Roe* si afferma come un arresto osservabile da un punto di vista sociologico-giuridico, poiché si fa tappa di un percorso di emancipazione femminile del Novecento, al quale offre uno strumento di qualificazione attraverso un'interpretazione storico-evolutiva del testo costituzionale. Tuttavia, occorre considerare che, negli anni successivi, sarebbe stato proprio il connubio tra *privacy* e *aborto* a essere revocato in dubbio da una parte del pensiero femminista, all'esterno e all'interno del pensiero giuridico.

Va detto che, nel corso degli anni Sessanta, la battaglia per la legalizzazione dell'aborto, nella sensibilità del pensiero femminista³⁵, si esplicita nel quadro della rivendicazione dei diritti civili. Un obiettivo, al quale la Corte, nel 1973, con il concetto di *privacy*, offre una copertura giuridica capace di porsi in paradossale sintonia con l'idea, propria del femminismo degli anni Settanta, liminare alla rivendicazione di una proprietà del proprio corpo intesa come controllo delle scelte sessuali, che si è creduto di riconoscere nell'affermazione di un'intangibilità dello spazio identitario (*privato*) separato dalla funzione procreativa (*pubblica*)³⁶.

Andavano in questa direzione almeno due arresti che preparavano *Roe*, nei quali le vicende da cui originavano i casi giunti alla Corte riguardavano proprio il tema della divaricazione tra *sessualità* e *procreazione*, giungendo, nelle sue cure, a delineare la rilevanza costituzionale al diritto alla *privacy*,

ambiguo, affermato in *Roe v. Casey*, per aderire senza discuterne affatto alla lettera del *Mississippi Gestional Age Act*: su ciò, *Dobbs v. Jackson*, 31.

³² Diversamente da altre ipotesi, la protezione dell'aborto non può ritenersi in alcun modo implicita nel testo, poiché occorre non confondere il riferimento alla libertà previsto dal XIV emendamento con quella «naturale tendenza umana a confondere ciò che l'emendamento protegge con le nostre opinioni sulla libertà cui tutti gli americani dovrebbero godere»: *Dobbs v. Jackson*, 2.

³³ Cfr., § 4.

³⁴ D. GARROW, *Liberty and Sexuality. The right to privacy and the making of Roe v. Wade*, Berkely-Los Angeles-London, II edition, 1998.

³⁵ Su questi aspetti: R.B. SIEGEL, *Roe's Roots: The Women's Rights Claims That Engendered Roe*, in *Boston University Law Review*, 90, 2010, 1875-1907 (spec. 1896 ss.).

³⁶ Argomenti interessanti sul tema della *ownership* si ritrovavano in: J.J. THOMSON, *A defense of Abortion*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1, 1971, 47-66.

sebbene non espressamente sancito nella Carta costituzionale³⁷. Si inaugurava così una stagione in cui la dottrina degli «implied rights» avrebbe segnato la strategia principale di un'interpretazione estensiva del XIV emendamento, esponendosi altresì all'obiezione di un abuso di discrezionalità politica nella selezione degli interessi da tutelare che, in fondo, è la principale criticità su cui *Dobbs* costruirà il proprio ritorno all'*Original intent* del Costituente in materia di aborto³⁸.

Interpretando il clima dell'epoca e iscrivendosi all'origine di un processo di estensione delle libertà civili che avrebbe visto la Corte suprema impegnata ad assottigliare il diaframma che segna le diverse declinazioni *politiche* sedimentatesi nel rapporto tra giudici e legislatore nel sistema americano, *Roe v. Wade* è stato soprattutto un arresto innovativo: ha definito uno standard per l'epoca assai avanzato in un paese in cui, ancora negli anni Settanta, l'aborto era un reato, e su di esso aveva legiferato solo un numero assai esiguo di Stati; e non vi è dubbio che sia stata una sentenza che ha, in qualche modo, dato origine a una stagione di legalizzazione dell'aborto che altri ordinamenti hanno sperimentato dopo quella decisione. Una fase di cui essa è stata antesignana e ispiratrice³⁹.

Oltre a ciò, *Roe* è altresì stato anche, nelle cure della dottrina, uno degli arresti più studiati, discussi, e a tratti contestati, tra quelli che hanno scritto la storia della giurisprudenza Corte Suprema⁴⁰.

Si è trattato di un dibattito scientifico, ma non privo di una sponda esterna, a tratti del tutto convergente, nella sensibilità di quei componenti della Corte che hanno provato a costruire un consenso intorno alle questioni che andavano emergendo tra gli studiosi e le studiose negli anni in cui pure quel paradigma si rivelava tutt'altro che sotto attacco.

³⁷ Occorre ricordare che prima di *Roe* vi fosse stato un unico precedente in materia di aborto: *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971). Pur considerando come una pronuncia dell'anno prima avesse offerto, in una materia che riguardava ancora la contraccezione, un'interpretazione estensiva del concetto di privacy sul tema della sessualità, affermandone la portata discriminatoria di una sua limitazione alle sole coppie unite nel vincolo matrimoniale (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 [1972]), resta che sia stata *Griswold* (cfr. *supra*, nota 27), a tutti gli effetti il precedente senza il quale *Roe* non sarebbe stato ipotizzabile. Ciò, oltre che per il ragionamento sulla *Penumbra* del XIV emendamento, che dà origine alla dottrina progressista sui diritti civili (cfr. *supra*, nota 25), anche per l'affermazione della rilevanza del *Due Process Clause* come criterio di riconoscimento di diritti non espressamente sanciti entro il *Bill of Rights*, grazie al quale si impone il divieto dei legislatori statali di intervenire in termini restrittivi su tale spazio di autonomia delineato dalla privacy, per come ricavata dal I, IV, V, e XIV emendamento.

³⁸ Una posizione che emergeva nei *dissenting* di Hugo Black e Potter Stewart la critica contro l'abuso di politica della Corte, la quale attraverso la dottrina degli «implied rights» concentra su di sé una discrezionalità di ordine politico nella selezione di quali posizioni e interessi tutelare, sottraendolo, di fatto al legislatore: *Griswold v. Connecticut*, cit. (Justices Black and Stewart, *Dissenting*), 508 ss.

³⁹ Su ciò, la prospettiva giuridica inaugurata da *Roe*, avrebbe avuto diverse ricadute in Europa, delle quali il caso dell'Italia e della Germania federale è emblematico. Se, in Germania, il *BundesVerfassungsgericht* si pronunciava nel senso della criminalizzazione della pratica abortiva (BVerfG, sez. I, 25 apr. 1975), la Corte Costituzionale italiana, nello stesso anno emanava un arresto importante sul tema (C.C. 27/1975), dichiarando la parziale illegittimità del reato di aborto previsto dall'art. 546 c.p., e preparando la strada alla legge 194/1978. Una riflessione in chiave di raffronto si trova in: A. BARAGGIA, *Il complesso bilanciamento nelle leggi sull'aborto: una prospettiva comparata*, in *Notizie di Politeia*, 35, 2019, 7-15.

⁴⁰ Per uno sguardo complessivo: L. GREENHOUSE, R.B. SIEGEL, *Before (and After) Roe v. Wade: New Questions about Backlash*, in *Yale Law Journal*, 8, 120, 2011, 2028-2087.

A chi ha seguito le vicende della giurisprudenza della Corte sull'aborto successiva a *Roe*, non è oscura la circostanza per cui, nelle posizioni di minoranza di quegli arresti, non vi è solo la possibilità di osservare l'affinarsi di una posizione originalista la cui parabola si è oggi consolidata in *Dobbs*.

Sebbene in un quadro che si ritrovava a ribadire il canone dell'aborto come diritto che trovava riconoscimento nella privacy, ipotesi di una diversa prospettazione emergevano, e se queste, talvolta, si limitavano all'avvertimento a prestare adeguata protezione sotto il profilo della rilevanza costituzionale dell'aborto nella garanzia all'uguale possibilità delle donne di esercitare la propria libertà di scelta⁴¹, in altri casi, quel quadro lo ponevano in dubbio⁴², assorbendo più generalmente la critica al nesso tra privacy e aborto per come prospettato da una parte della dottrina giuridica e per come era stato consolidato dalla Corte⁴³.

Questa discussione aveva avuto uno dei suoi punti di caduta più autorevoli nell'esigenza di inaugurare una nuova stagione di difesa dell'aborto, basata sulla copertura offerta dalla clausola di uguaglianza⁴⁴. Una tesi che si sviluppava in dottrina muovendo da distinti approcci, e che, nella cornice degli orientamenti della Corte suprema, trovava una prospettazione cristallina nella posizione di Ruth Bader Ginsburg, la quale riusciva a cogliere, e ad anticipare, un approccio al canone *Roe* fondato su di una concezione dell'autonomia e della libertà di autodeterminazione delle donne che si sarebbe dovuta liberare dal principale limite che ad essa conferiva il loro assorbimento nella mera privacy. Occorreva sollevare il velo sul rapporto tra scelte procreative, libertà sessuale e condizioni di accesso alla cittadinanza democratica. E si apriva così una strada che non poteva non avere ricadute su *Roe* e sulla pretesa che esso era andato affermando, circa il fatto che l'esercizio dell'aborto fosse una mera questione di astratta libertà di scelta sulle vicende della propria vita privata. L'aborto, come la maternità, erano un tema politico e strutturalmente non separabile né dalla cittadinanza democratica, né dalle condizioni del suo uguale esercizio⁴⁵.

In realtà erano state questioni che si erano fatte palesi già nel corso degli anni Settanta, sviluppandosi dentro il dibattito filosofico e scientifico degli anni successivi⁴⁶. Esse, tuttavia, avrebbero fatto il lo-

⁴¹ Nel 1983, era stato di questo segno un *dissent* di Justice O'Connor, lì dove si era evidenziata come, più ancora della copertura offerta dal XIV emendamento, garantire il diritto all'aborto alla donna ricadesse nella protezione di un uguale diritto a sancire la sua libertà di scelta (*City of Akron Ctr. For Reproductive Health Inc.*, 462 U.S. 416 [1983] (Justice O'Connor, *Dissenting*), 452 ss. Si veda, su ciò, altresì: *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

⁴² «Questa Corte creò il diritto all'aborto fondato su di (un concetto) amorfo, un diritto alla privacy non scritto, il quale è basato sulla *finzione giuridica* del substantive due process»: *June Medical Services, L.L.C. et al. V. Russo*, 18-1323, 591 U.S. (2020) (Justice Thomas, *Dissenting*), 14 ss.

⁴³ Nella mole della letteratura, si veda, almeno: G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse-New York, 1985; C.R. SUNSTEIN, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, in *Columbia Law Review*, 1, 92, 1992, 1-52.

⁴⁴ A. KOPPELMAN, *Forced Labor: A Thirteenth Amendment Defense of Abortion*, in *Northwestern University Law Review*, 2, 84, 1989, 480-535.

⁴⁵ Sebbene questo fosse un argomento presente (*Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 [1986]), la questione dell'inquadramento giuridico dei diritti civili in una prospettiva implicitamente di genere – quella del «woman's role» – aveva già trovato più ampio su altre tematiche, come per esempio in materia di mescolanza etnica: (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, [1967]).

⁴⁶ R.B. SIEGEL, *Abortion and the Woman Question: Forty Years of Debate*, in *Indiana Law Journal*, 4, 89, 2014, 1365-1380.

ro ingresso nelle opinioni dei giudici solo molto dopo, certamente già in *Casey*⁴⁷ e poi, in special modo, in *Carhart*⁴⁸. Un arresto, quest'ultimo, in cui al vaglio della Corte è sottoposto il *Partial-Birth Abortion Ban Act* e che però non invalidava il quadro di quella dottrina della non interferenza, confermata dalla Corte quale principale baluardo a garanzia del modo in cui una donna dovesse e potesse affermare il proprio ruolo sociale.

Sebbene *Carhart* resti un passaggio che ancora restava nel solco di *Roe* e di *Casey*, è in quella decisione che la questione giuridica dell'aborto registra, nel *dissent* di Justice Ginsburg, il primo e chiaro tentativo di erosione della dottrina *Roe*, a tutela di una più adeguata e salda sua protezione costituzionale dentro gli equilibri della Corte.

È un passaggio importante, in cui si afferma che debba considerarsi illegittima ogni restrizione della libertà riproduttiva della donna non già e solo perché essa sia una forma di lesione del suo diritto alla privacy, essendo la rilevanza costituzionale del diritto ad abortire da rintracciarsi nel suo diritto all'uguale partecipazione alla società democratica⁴⁹.

La prospettiva indicata da Ginsburg⁵⁰, alla quale faceva intanto eco una sempre più forte critica avanzata dalla *feminist jurisprudence* in parte convergente su questi aspetti, sarebbe rimasta al di fuori della giurisprudenza consolidatasi nelle maggioranze della Corte⁵¹.

In termini teorici, la pervicace resistenza che porta la Corte Suprema a non riformare la propria costruzione interpretativa è la tenuta di una specifica connotazione liberale di approccio all'aborto che i giudici adottano e non abbandonano negli anni. Un canone che, inaspettatamente, ritrovava una sponda esterna nella serie di argomenti che portano una parte del pensiero femminista a cristallizzare il proprio sguardo sull'aborto dentro un argomento obliquo, quello di un differenzialismo del cor-

⁴⁷ Nell'arresto (cfr. *supra*, nt. 24), che negava che il diritto d'aborto potesse essere impedito dal parere contrario del padre, Calabresi legge una traccia, sebbene involuta, che poteva riconoscersi nella giurisprudenza della Corte Suprema sviluppatasi da *Roe*, la garanzia di un'uguale libertà sessuale tra i sessi e, da ciò, del controllo dei propri diritti riproduttivi da parte della donna: G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law*, cit., 11 ss. Ciò è forse evidente soprattutto lì dove la Corte, nelle parole dei *Justices* Kennedy, O'Connor e Souter, afferma che «la libertà della donna è in gioco in un significato unico rispetto (a quello che esso assume nella) condizione umana e unico per il diritto»: *Planned Parenthood v. Casey*, cit., 852.

⁴⁸ Il tema su cui la Corte si esprime è quello del *Partial Birth Abortion*, tecnica consistente nell'estrazione del feto dall'utero nel secondo trimestre di gravidanza, vietata con legge dallo stato del Nebraska. La pratica, al tempo oggetto di divieto in 30 Stati, sebbene sospesa in quattordici di questi per la pendenza del giudizio innanzi alla Corte, è dichiarata incostituzionale ad esito di riarticolazione degli orientamenti politici dei *Justices*. Alla pronuncia, infatti, aderiscono in cinque, mentre *Justice* Kennedy, il cui voto era stato decisivo in *Casey*, si schierava con il blocco conservatore rappresentato da Rehnquist, Scalia e Thomas: *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

⁴⁹ Ribadendo la propria tesi circa il fatto che la giurisprudenza della Corte sull'aborto strutturatasi in *Roe* e in *Casey* non avesse fondamento nella Costituzione, Ginsburg richiamava proprio un passo di quest'ultimo arresto, lì dove esso affermava, nel diritto di aborto, il riconoscimento della capacità delle donne «a controllare la propria vita riproduttiva». Si ricavava da ciò che i giudici, in questo modo, si fossero ritrovati, sebbene inconsapevolmente, non certo a richiamare una generica nozione di privacy, quanto piuttosto a porre al centro «l'autonomia delle donne a determinare il corso della propria esistenza, e così a partecipare con uguaglianza di opportunità ai diritti di cittadinanza»: *Gonzales v. Carhart* (Justice Ginsburg, *Dissenting*), 172.

⁵⁰ Occorre rilevare che si trattasse di una tesi precocemente affermata da Ruth Bader Ginsburg: R.B. GINSBURG, *Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, 63, 2, 1985, 375-386.

⁵¹ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), 1996, 98.

po, il quale non solo non riesce a far penetrare nella giurisprudenza della Corte la divaricazione concettuale tra *maternità* e *gestazione*, ma finisce per aderire implicitamente a quella separazione tra sfera pubblica e sfera privata che ne faceva da cornice.

4. Privacy e aborto. La dottrina delle «sfere separate»

Nella tradizione del diritto inglese, la questione dell'inizio della vita si definisce in base al criterio del *quickening*, ovvero del movimento del feto all'interno del grembo materno⁵². Si tratta del principio alla luce del quale molte legislazioni sull'aborto, compresa quella italiana, bilanciano due diversi interessi oggetto di tutela, la vita prenatale e la salute della gestante, periodizzando nel primo trimestre la fase in cui l'aborto è da ritenersi praticabile⁵³.

In paradossale sintonia con un paradigma che si ritrovava evocato dalla tesi della *ownership* del proprio corpo affermata da una parte del femminismo, soprattutto nel corso degli anni Settanta, che faceva dell'aborto una questione affidata a una pretesa di non interferenza dello Stato sull'aborto, *Roe*, ancorando alla privacy il diritto di abortire, manteneva la dicotomia concettualmente alla base di questo bilanciamento. Si tratta di una polarizzazione tra la *gestante* e il *feto*, la quale, guardata sotto il profilo giuridico, pone in una dinamica di opposizione l'esistenza di un interesse pubblico alla vita, di cui lo stato è titolare, alla qualificazione di un diritto ad autodeterminarsi nelle proprie scelte.

È una cornice concettuale che segna un significativo contrasto rispetto a una prospettiva di genere all'aborto, ed è il punto focale su cui si delineava, nel femminismo giuridico, la critica alla «dottrina delle sfere separate», della quale si rintracciava in *Roe* un paradigma esemplare da aggredire. Internamente alla *feminist jurisprudence*, tali obiezioni erano, così, inevitabilmente rivolte a parte del femminismo che ora aveva scelto consapevolmente di tenere attiva tale distinzione, aderendo esplicitamente a una concezione della privacy intesa come spazio di autonomia decisionale da tenersi immune dall'ingerenza istituzionale⁵⁴, in altri casi se ne era ritrovata implicitamente in sintonia, reiterando un'idea di intangibilità delle scelte sul proprio corpo alla quale il concetto della privacy rinvia senz'altro, proprio nella tradizione di *common law*⁵⁵.

Va detto che sulla critica a *Roe*, da questo punto di vista, le classiche contrapposizioni che hanno segnato gli sviluppi del femminismo sono una cornice in fondo non adeguata⁵⁶.

⁵² Per una ricostruzione, utili sono i vari saggi che si trovano in: W.B. BONDESON, H.T. ENGELHARDT JR., ET AL. (ed. by), *Abortion and the Status of the Fetus*, New York, 1983.

⁵³ Per una lettura critica su questi aspetti, specialmente in *Roe*, in cui il criterio è impiegato in una logica di bilanciamento tra interesse pubblico e autodeterminazione sulle scelte, sotto l'egida della privacy: N.K. RHODEN, *Trimester and Technology: Revamping Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 95, 4, 1986, 639-697.

⁵⁴ In questi termini, della privacy si declina un significato del tutto in linea con la definizione offerta da Dworkin, che la intende come «autonomia deliberativa»: la privacy indica un'area d'intangibilità da parte del potere pubblico rispetto alla sfera dell'autonomia decisionale dei propri cittadini riguardante questioni politiche, morali o etiche (R. Dworkin, *Freedom's Law*, cit.).

⁵⁵ M.A. FINEMAN, *The Neutered Mother, The Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*, London, 1995, spec. 186-189.

⁵⁶ Su questi aspetti, in chiave ricostruttiva sulle posizioni espresse dalla *feminist jurisprudence* con riguardo al confine pubblico/privato: R. GAVISON, *Feminism and the Public/Private Distinction*, in *Stanford Law Review*, 45, 1, 1992, 1-46.

Nella sua declinazione giuridica, mentre certamente era tenuta per ferma dalle studiose che lavoravano criticamente sul canone liberale, mantenendo la tutela offerta dalla privacy all'aborto per come indicata dalla giurisprudenza della Corte⁵⁷, più articolato era il punto di vista emergente nella componente più radicale del movimento, anche e soprattutto quando essa si ritrovava a discutere il fondamento culturale implicito nella separazione tra pubblico e privato su cui la Corte aveva costruito il fondamento costituzionale all'aborto, ragionando sui problemi e sui rischi da essa derivanti⁵⁸.

Nel lavoro di studiose come Martha Fineman, la protezione offerta dalla privacy ai diritti delle donne finisce per accettare implicitamente lo schema di una dicotomia tra pubblico e privato⁵⁹, che porta con sé il peso dell'ideologia del patriarcato, e che pretende l'abdicazione dello Stato⁶⁰ da una dimensione privata in cui le condizioni dell'esercizio della libertà sono tutt'altro che neutre, come il caso dell'aborto testimonia⁶¹. Contro la fittizia universalità di un soggetto liberale atomizzato nella sua astrattezza e nella sua invece evidente mascolinizzazione, vi è così da misurarsi su di una diversa concezione della soggettività, la quale si apprezza e si struttura nel contesto delle asimmetrie storiche e culturali⁶². Un quadro che non è nient'affatto tutelato dall'assenza dello Stato, ma dalla penetrazione della sua azione perequativa⁶³.

Se, come si è rilevato, su questi temi, non poteva che prodursi una distanza con le posizioni assunte dal femminismo liberale, più sottile si poneva la divergenza con prospettive le quali, muovendo da analoga critica ai dispositivi giuridici facenti leva sulla medesima ideologia, indicavano un diverso approccio alla dottrina delle «sfere separate». Preservare il concetto della privacy come centrale nel

⁵⁷ Su ciò, si veda: L.C. McCLAIN, *Reconstructive Tasks for a Liberal Feminist Conception of Privacy*, in *William & Mary Law Review*, 40, 3, 1999, 759-794; A.L. ALLEN, *Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society*, Washington, 1988.

⁵⁸ In questa direzione d'indagine, la critica rivolta da questa parte del pensiero femminista si trova a focalizzarsi sul XIV emendamento, mettendo in luce il carattere performativo derivante dalla sua interpretazione liberale. Un canone cristallizzato nella giurisprudenza della Corte, che «nel nome della garanzia costituzionale a protezione della libertà individuale protegge anche *aggressivamente* le profonde gerarchie che si producono in materia di salute, status, razza, orientamenti sessuali, e genere, agevolando quelle pratiche di discriminazione»: R. WEST, *Progressive Constitutionalism: Reconstructing the Fourteenth Amendment*, Durham (NC), 1994, 164-165.

⁵⁹ In questi termini, *Roe v. Wade* non solo sarebbe stato un compromesso, ma avrebbe agevolato la perdurante tenuta dell'aborto nel perimetro dei confini tra pubblico e privato: F. OLSEN, *Unraveling Compromise*, in *Harvard Law Review*, 103, 1, 105-135.

⁶⁰ C.A. MACKINNON, *Toward a Femist Theory of the State*, Cambridge-London, 1989, 191, ss.

⁶¹ C.A. MACKINNON, *op. cit.*, 189-194.

⁶² D'altra parte, è anche vero che in qualche caso gli argomenti prodotti da quello stesso femminismo che più fortemente ha attaccato la dicotomia pubblico/privato, talvolta siano caduti in contraddizione. È il caso della critica rivolta da Fineman alla privacy, che è intesa come strumento di protezione ancora valido per la tutela della famiglia: M.A. FINEMAN, *Societal Factors Affecting the Creation of Legal Rules for Distribution of Property at Divorce*, in *Family Law Quarterly*, 23, 2, 1989, 279-299.

⁶³ Quando si considera la privacy in termini di autodeterminazione o autonomia decisionale, per questo, si finisce con il condensare in un unico concetto sommario due opposte questioni che, se non adeguatamente vagliate, rischiano di avere conseguenze non marginali con riguardo a tutte le forme di esercizio della determinazione individuale, nascondendone il punto più problematico per soggetti, come le donne, per le quali il riconoscimento della norma patriarcale è talvolta difficile da rilevare, in ragione degli elementi di interiorizzazione inconscia che essa ha prodotto: K. ABRAMS, *Sex Wars Redux: Agency and Coercition in Feminist Theory*, in *COLUMBIA LAW REVIEW*, 95, 2, 1995, 304-376.

contrasto alle discriminazioni di genere⁶⁴ sarebbe stato possibile, purché in un'ottica di rivendicazione ad una pretesa di regolazione del privato; la privacy, detto altrimenti, avrebbe dovuto consolidarsi come concetto giuridico da declinarsi in contesto, nel vaglio che alla libertà di autodeterminazione individuale offrono le condizioni dei casi apprezzabili in concreto, e nella pretesa che l'ingerenza pubblica possa e debba darsi lì dove essa sia effettivamente in grado di garantire condizioni di uguaglianza⁶⁵.

Muovendo uno sguardo più complesso alla giurisprudenza della Corte, e uscendo dalla centralità del paradigma *Roe*⁶⁶, si costruiva così un approccio certamente critico nei riguardi della privacy come categoria performativa della dottrina delle «sfere separate», ma non rivolto a teorizzare il suo radicale superamento. Nella prospettiva di Catharine MacKinnon, la privacy, come categoria, suggella certamente l'area di una intangibilità protetta della riservatezza, che intesa nel suo significato tradizionale e canonico, implica un retrocedere del potere statale dall'obbligo di protezione e tutela di una sfera in cui le donne, per retaggi culturali e assetto della vita familiare, finivano per essere ricondotte ed esposte⁶⁷. E, altrettanto indubbiamente, si tratta di riconoscere in ciò una tradizione dottrinale responsabile di aver ottenebrato le condizioni dell'ineguaglianza di genere che corrono all'interno delle relazioni tra uomo e donna, lasciandola totalmente priva di ogni adeguata attenzione sotto il profilo della dottrina costituzionale⁶⁸.

Tenendosi esteri agli approcci radicali prodotti da una parte del femminismo, piuttosto che abbandonare la privacy, si affermava però un'esigenza diversa, al cui cuore vi era un'opera di risemantizzazione del concetto, possibile alla luce dell'opportunità di aprire i significati giuridici che in esso si sono consacrati nella tradizione alle forme di un esercizio dell'autodeterminazione individuale che chiedono di essere riconosciute e tutelate dentro un quadro che tenga conto, e non occulti, le pretese di uguaglianza scaturenti dalle ineguaglianze materiali.

⁶⁴ Cfr., *supra*, nota 57.

⁶⁵ C. McCLAIN, *Inviolability and Privacy: The Castle, the Sanctuary, and the Body*, in *Yale Journal of Law and Humanities*, 7, 1, 1995, 195-242.

⁶⁶ In alcuni casi, (*Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 [1980]), sostiene la studiosa, si rivela la questione centrale che l'aborto pone, che è quella dell'eguaglianza di accesso nelle condizioni di disuguaglianza materiale che intervengono e orientano il processo di autodeterminazione delle donne circa le proprie scelte procreative: nessun obiettivo che miri all'emancipazione della soggettività femminile può non tener conto della ricaduta identitaria e stereotipizzante che fattori come la classe, l'etnia, le condizioni economiche impongono alle donne: C.A. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality Under Law*, in *Yale Law Journal*, 100, 5, 1991, 1281-1328. Ed è per questo che una parte delle studiose avanzavano la necessità di evidenziare una traccia capace di mostrare come, anche in assenza di livelli di discriminazione formale, queste disuguaglianze permanessero, non solo nella giurisprudenza della Corte, ma anche entro una legislazione restrittiva che continuava a respingere le donne sul piano della sfera domestica: R.B. SIEGEL, *The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy*, in *Yale Law Journal*, 105, 8, 1996, 2117-2208 (spec. 2154-2174).

⁶⁷ Sul piano delle costrizioni non sociali, ma culturali, meno visibili e interiorizzate dalle stesse donne: T.E. HIGINS, *Democracy and Feminism*, in *Harvard Law Review*, 110, 8, 1997, 1657-1703.

⁶⁸ C.A. MACKINNON, *Towards a Feminist Theory*, cit., 190-192.

5. Considerazioni minime su un'occasione mancata

La soglia che distingue la sfera pubblica da quella privata, anche e perché tradizionalmente coincidente con un'idea di famiglia, o di luogo domestico, è percorsa, nella storia politica e giuridica della modernità, da una prospettiva di genere⁶⁹. In quest'ottica, non si tratta di dimenticare o negare che la gravidanza sia esperienza del corpo, quanto piuttosto di affermare come questo, il corpo, sia sempre *segno* che sostiene e promuove *significati*⁷⁰.

È un profilo che le studiose e attiviste femministe mettevano in luce nel corso degli anni Settanta, lì dove *maternità* e *gestazione* erano pensate all'interno di un discorso sull'aborto che si focalizzava sulla scelta a essere madri, ovvero su qualcosa che si proiettava ben al di là del corpo gestante, e il divieto di aborto ne veniva rappresentato come un'indebita costrizione rispetto alla propria libertà di autodeterminazione sociale e pubblica: una forzatura, imposta alle donne *ad essere madri contro la loro volontà*⁷¹. Del tutto evidentemente, l'argomento della proprietà del corpo, pure sostenuto da una parte del femminismo, si è mostrato tutt'altro che idoneo a far luce su questo aspetto, che invece, come si è rappresentato in precedenza, era stato ben delineato nell'accento posto sulla questione che davvero l'aborto pone: quella della maternità e dell'uguale accesso alla cittadinanza.

Nella tradizione del pensiero americano, la riflessione del femminismo, toccando il più ampio tema della distinzione tra poteri pubblici e privati, non percorre di certo itinerari inesplorati⁷². Di essi, piuttosto, essa recepisce il principale punto di caduta, lì dove riflette sul carattere ideologico che sta implicito in una concezione dell'autonomia, la quale si esprimerebbe per definizione in atti necessariamente ricadenti in quadro di libera determinazione, tornando a concentrarsi sulla dinamica di tipo cogente che percorre la sfera del privato.

Di questo impianto, il femminismo, in fondo, si limita a trarre le conseguenze, lì dove considera come il pericolo maggiore che minaccia l'autonomia decisionale delle donne non venga dalla sfera pubblica, ma da quella privata.

Nelle diverse declinazioni che se ne sono date, è certamente in questa critica all'*ideologia delle due sfere* che si incardina la discussione che più generalmente ha messo a fuoco i limiti della dottrina *Roe*: piuttosto che ritrovare il fondamento costituzionale del diritto all'aborto nella intangibilità delle scelte intime e personali, si sarebbe dovuto evidenziarne una sua più diretta derivazione dalla clausola d'uguaglianza. Ciò, dacché, proprio il caso dell'aborto, consente di comprendere fino a che punto

⁶⁹ T.E. HIGGINS, *By reason of their sex: Feminist Theory, Postmodernism, and Justice*, in *Cornell Law Review*, 80, 6, 1995, 1536-1594.

⁷⁰ Judith Butler ha scritto che il genere ha a che fare con una sorta di performance richieste dal costruito culturale in cui si sviluppa, con le relative sanzioni e *taboo*. In questo senso, il genere si esplica sul piano sociale, ma anche su quello dei diritti che si rivendicano nel suo nome. Riflettendo su Antigone, il genere rivela così sempre per Butler delle conseguenze in qualche modo *punitive*, poiché coloro i quali falliscono nel compiere ciò che rientra nelle pretese che originano da quella forma identitaria che si cristallizza in esso sono regolarmente esposti alla ritorsione della società: J. BUTLER, *Undoing Gender*, New York, 2004, spec. 170 ss.

⁷¹ D.E.H. RUSSELL, N. VAN DE VEN (ed. by), *Crimes against Women: The Proceedings of the International Tribunal*, Palo Alto (CA), 1976.

⁷² L. FULLER, *American Legal Realism*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 82, 5, 1934, 429-462 (spec. 435-438).

possano e debbano spingersi le battaglie per il riconoscimento di diritti basati sull'uguaglianza nella loro viva portata⁷³.

Il contributo che il femminismo ha offerto dal perimetro esterno del pensiero liberale è stato sostanzialmente questo: la questione dell'aborto, se tenuta nella sola cornice di tutela offerta dalla privacy, manca di esser colta come un tema che ha a che fare con il *dominio* sulle donne e con la dinamica di *oppressione* che ricade sulle loro scelte.

Non si tratta di una questione che riguarda astrattamente come e quando bilanciare il rapporto tra l'autonomia delle scelte in materia riproduttiva ("il privato") e interesse dello stato a proteggere la vita ("pubblico"), ma di garantire uguaglianza di accesso, e dunque effettività, a quelle scelte. D'altra parte, è proprio nel radicamento entro la privacy del riconoscimento giuridico dell'aborto che si è ritrovato l'argomento principale a giustificazione dell'assenza di un obbligo statale a coprire attraverso il bilancio della spesa pubblica le spese sanitarie delle donne che decidano di praticare l'interruzione di gravidanza. Ed è questo, certamente, un punto che riguarda l'accesso alla cittadinanza e le condizioni del suo concreto esercizio, se è vero che scegliere o meno di essere madri è qualcosa che non si consuma nel rapporto identitario con il proprio corpo, ma che riguarda il proprio progetto esistenziale, e che dipende dai fattori di contesto, come quello economico, sociale, culturale.

È, per molti versi, il limite concettuale della tutela che la dottrina *Roe* riconosceva all'aborto, ancora radicata in una concezione formale della libertà (e dell'uguaglianza), che accettava in termini surrettizi il maschile come *norma*. La funzione che soprattutto la rivendicazione dell'uguaglianza formale – incardinata nella lotta per il riconoscimento dei diritti civili e politici – ha avuto, nel contrastare quelle forme di oppressione che riguardano l'esclusione delle donne dalla dinamica della vita pubblica è indubbia. E tuttavia, il caso dell'aborto ne rivela le aporie, ponendo in primo piano il tema delle differenze materiali, di cui il dato biologico è in qualche modo una delle forme, ed esigendo che siano concettualizzate, anche in ragione di ciò, le forme di soggettivazione che rendono effettivi i processi di accesso alla cittadinanza democratica.

Occorre certamente rilevare che, nonostante vi sia ampio consenso nel dibattito femminista sull'inadeguatezza tanto del concetto di privacy, tanto di quello dell'uguaglianza formale a garantire un'autentica strategia giuridicamente solida per consentire la liberazione delle donne, soprattutto gli approcci riformatori del femminismo non sempre hanno indicato adeguatamente in merito al superamento di queste criticità⁷⁴. Se proficuo è il discorso che il femminismo conduce sull'uguaglianza, più opaca è la prospettiva che si delinea nell'approccio critico rivolto al concetto della privacy, del quale non sono in fondo ben chiare le concezioni che si intende promuovere, una volta formulate le obiezioni del caso. È una questione che forse solo la Corte suprema, riformando *Roe*, avrebbe potuto affrontare.

Eppure, prima di *Dobbs*, era rimasto sostanzialmente immutato ciò che in *Casey* si consolidava nelle parole dei *Justices* O'Connor, Kennedy e Souter, in *Casey*: «al cuore della libertà vi è il diritto di definire il proprio concetto di esistenza, di senso, di universo e del mistero della vita umana. Le credenze

⁷³ R. COLKER, *Feminist litigation: An Oxymoron? – A study of the Briefs Filed in William L. Webster v. Reproductive Health Services*, in *Harvard Women's Law Journal*, 13, 1990, 137-188.

⁷⁴ R.B. SIEGEL, *Abortion and the Woman Question*, cit.

riguardanti questi temi non sono in grado di definire la personalità se sono formate sotto costrizione dello Stato»⁷⁵.

Special issue

⁷⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*, cit., 851.

