

**“To Be or Not to Be: This is the Question”.**  
**L'Unborn Human Being nell'esperienza giuridica statunitense**  
**statale e federale prima e dopo il caso Dobbs v. Jackson Women's**  
**Health Organization**

*Laura Fabiano\**

“TO BE OR NOT TO BE: THIS IS THE QUESTION”. THE UNBORN HUMAN BEING IN THE FEDERAL AND STATES US EXPERIENCE BEFORE AND AFTER DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION  
Abstract: In the United States, especially at the state level, the unborn child has already been widely acknowledged as human being overcoming the so called “born alive rule”. A line of demarcation is that in which the recognition of the human being to be born as a “person” contrasts with the protection of the fundamental rights of the mother. This debate has been fired up by Dobbs case.

KEYWORDS: Abortion; fetal rights; maternal rights; self-determination; federalism

ABSTRACT: Nell'esperienza statunitense, soprattutto in ambito statale, all'individuo ancora nel grembo materno sono già stati ampiamente riconosciuti dei diritti ed uno status di “individualità umana” a prescindere dal verificarsi della nascita superando con ciò la c.d. “born alive rule” inizialmente affermata in ambito giurisprudenziale. La linea di confine oltre la quale, tuttavia, la giurisprudenza non sembra essersi spinta è quella ove il riconoscimento dell'*unborn human being* quale “persona” si pone in contrapposizione con la tutela dei diritti fondamentali materni. Ciò considerando, risulta evidente la ragione per cui, a fronte di alcune linee argomentative proposte nella sentenza *Dobbs*, il dibattito dottrinale, dell'opinione pubblica e finanche giurisprudenziale sul tema sia stato sollecitato con nuovo vigore.

PAROLE CHIAVE: Aborto; diritti fetali; diritti materni; autodeterminazione; federalismo

SOMMARIO: 1. L'aborto, il caso *Dobbs* e le scelte assiologiche concernenti i diritti riproduttivi – 2. L'*Unborn human being* nell'apparato argomentativo della decisione *Dobbs* – 3. Gli *Human Right Amendments* e le *Personhood Provisions* nel diritto federale e statale e l'impatto della decisione *Dobbs* sulla loro interpretazione – 4. L'*Unborn human being* quale vita potenziale (ancora parte della madre) o vita concreta ed entità autonoma – 5. La scissione dell'identità fetale dall'identità materna nel diritto federale: L'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004 – 6. Dall'autonomia al possibile antagonismo: diritti fetali v. diritti materni nella giurisprudenza statale e

---

\* Professore Associato di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari “A. Moro”. Mail: [laura.fabiano@uniba.it](mailto:laura.fabiano@uniba.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

federale – 7. Diritti fetali e autodeterminazione femminile fra teorie riduzioniste e personaliste del concetto di individualità umana.

## 1. L'aborto, il caso *Dobbs* e le scelte assiologiche concernenti i diritti riproduttivi

Il tema dei diritti riproduttivi, a ragione delle profonde implicazioni morali cui esso è inevitabilmente collegato, costituisce da sempre, nell'esperienza statunitense, un terreno di aspre controversie e di acceso dibattito<sup>1</sup>.

Lo scontro sul diritto all'aborto (fra difensori delle politiche *pro choice* e sostenitori delle scelte normative e giurisprudenziali *pro life*) rappresenta solo uno fra i numerosi argomenti collegati al più ampio tema della libertà riproduttiva nell'ambito del quale si possono ricomprendere altre complesse tematiche quali la contraccezione, il diritto all'identità sessuale, l'induzione alla gravidanza attraverso tecniche di assistenza alla fecondazione, l'utero in affitto, la selezione eugenetica degli embrioni, ecc. Si tratta di questioni apparentemente molto diverse fra loro ma tutte collegate da elementi assiologici comuni e, dunque, le scelte che attengono a ciascuna fra queste tematiche finiscono inevitabilmente per condizionare il dibattito sulle opzioni politiche concernenti le altre<sup>2</sup>.

Non sorprende pertanto che la recente decisione *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*<sup>3</sup> con la quale la Corte suprema degli Stati Uniti d'America, disconoscendo i precedenti storici in tema di diritto all'aborto nell'esperienza statunitense (*Roe v. Wade*<sup>4</sup> e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>5</sup>), ha sancito l'inesistenza nella Costituzione federale di una qualunque garanzia del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza (e, di conseguenza, la rinnovata possibilità per gli Stati di disciplinare del tutto autonomamente tale ambito), abbia prodotto un'enorme reazione sociale, politica e mediatica non solo per le sue più strette conseguenze (il fatto "nudo e crudo" che in numerosi Stati della Federazione l'accesso all'aborto è oramai vietato e spesso criminalizzato<sup>6</sup>) ma anche per le implicazioni più ampie connesse a tale decisione e collegate all'impatto che la motivazione che correde il disposto della sentenza *Dobbs* potrà produrre su molte altre tematiche etiche sulle quali, nell'esperienza statunitense, si consumano scontri ideologici profondi e violenti<sup>7</sup>.

Le ragioni argomentative elaborate nel caso *Dobbs* si fondano su concettualizzazioni che sottendono ad assiomi innovativi del panorama valoriale in relazione al quale si sono precedentemente compiute le scelte normative e giurisprudenziali attinenti la tutela e la valorizzazione dei diritti di autodetermi-

<sup>1</sup> Cfr. G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, reperibile all'url: <https://www.biodiritto.org/Pubblicazioni/Gruppo-BioDiritto/Papers-selezionati-in-seguito-alla-call-Le-Corti-e-l-inizio-della-Vita>; S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 257 ss.

<sup>2</sup> Cfr. S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Il Governo del Corpo*, I, Milano, 2022, spec. 1341 ss.

<sup>3</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022).

<sup>4</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>5</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992).

<sup>6</sup> Su cui si rinvia al rapporto del *Committee on Health, Education, Labor, & Pensions Democratic Staff Report, Impacts of a Post-Roe America. The state of abortion policy after Dobbs*, August 1, 2022. Reperibile all'url: <https://www.help.senate.gov/imo/media/doc/8.01.2022%20Final%20Post-Dobbs%20Report.pdf>.

<sup>7</sup> Sul punto cfr. L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2022, 5 ss.

nazione riproduttiva. Ciò in quanto la decisione sembra aprire alla tematica dei diritti dell'*unborn child* (che nella sentenza è più volte definito, richiamando la legge del Mississippi oggetto del ricorso, "*unborn human being*") contrapposti ai diritti di autodeterminazione materna.

La questione attiene al dibattuto tema dello "statuto del nascituro", argomento che si spinge al di là del riconoscimento di alcuni diritti in capo al concepito subordinati all'"evento nascita"<sup>8</sup> (momento a partire dal quale è prevalentemente attribuita la capacità giuridica alla persona fisica)<sup>9</sup>. Il tema, difatti, si riferisce, più profondamente, alla concezione dell'essere umano in fase prenatale (embrione o feto a seconda della fase gestazionale) come "qualcuno" piuttosto che "qualcosa"<sup>10</sup> con tutte le conseguenze in termini giuridici che tale presupposto comporta<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. Come noto, il nascituro può, ad esempio, ereditare in una successione o essere destinatario di una donazione. La validità di tali atti negoziali è tuttavia subordinata all'evento nascita, momento a partire dal quale l'atto si perfeziona (ed in vista del quale è possibile che i genitori curino gli interessi del nascituro stesso). Con riguardo all'ordinamento italiano cfr. F.D. BUSINELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Democrazia e Diritto*, 1988, 213 ss. Cfr. inoltre P. RESCIGNO, *Nascita (dir. civ.)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1965, 11 ss.; F. SCARADULLA, *Nascita (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Milano, 1977, 520 ss.; A. FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1982, 473; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1982, 499 ss.; P. RESCIGNO, *Nascita*, in *Digesto Civile*, XII, Torino, 1995, 1 ss.; P. ZATTI, *I dilemmi della nascita*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, 1998, 897 ss.

<sup>9</sup> I principali codici civili europei prevedono, al pari del codice civile italiano che «La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita» (art. 1 c. 1 e 2) su cui cfr. F. GIARDINA, *art.1*, in *Commentario al Codice civile*, A. BARBA, S. PAGLIANTINI, (a cura di), 2012; il c.c. spagnolo all'art. 29 prevede che «*El nacimiento determina la personalidad; per el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*» e all'art. 30 aggiunge che «*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*» Il BGB tedesco all'articolo 1 sancisce a propria volta che «la capacità giuridica inizia con il completamento della nascita». La normativa statunitense che riconnette la personalità giuridica alla nascita sarebbe da ricercarsi in via interpretativa, secondo una certa dottrina, in quanto letteralmente disposto nel XIV Emendamento ed al riferimento alla nascita che tale disposizione prevede ove sancisce che la cittadinanza statunitense è attribuita a «tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti d'America e soggette alla sua giurisdizione [...]». Si tratta, come risulta evidente, di una forzatura interpretativa in quanto è palese come la dicitura del XIV Emendamento intendesse tracciare una differenziazione fra cittadini e stranieri piuttosto che fra nati e "non nati" e tuttavia è innegabile che il momento della nascita venga posto quale spartiacque a partire dal quale considerare sussistente il godimento di alcuni specifici diritti. Sul punto cfr. K.J. HOLLOWELL, *Defining a Person under the Fourteenth Amendment: a Constitutionally and Scientifically Based analysis*, in *Regent University Law Review*, 14, 67 ss, 2001-2002.

<sup>10</sup> L'espressione è mutuata dal volume di G.M. CARBONE, *L'embrione umano: qualcosa o qualcuno?*, 2005. Sul tema la dottrina è ampia. Si rinvia in generale a Cfr. P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1990, 438 ss.; L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e biogiuridica*, in *Medicina e Morale*, 53, 2, 2004, 301 ss.; G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2004, 13 ss.; G. BISCONTINI, L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002; R.C. BARRA, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Jus*, 2000, 157 ss.; V. DURANTE, *La "semantica dell'embrione" nei documenti normativi: uno sguardo comparatistico*, in *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 13, 4, 2010, 37 ss., <https://doi.org/10.30899/dfj.v4i13>.

<sup>11</sup> Cfr. A. GVOZDEN, *Fetal protection laws and the "personhood" problem: toward relational theory of fetal life and reproductive responsibility*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 112, 2, 2022, 407 ss. Sul tema, per un'analisi generale, si rinvia a V.L. RAPOSO, C. PRATA, I. ORTIGAO DE OLIVEIRA, *Human Rights in Today's Ethics: Human Rights of the Unborn (Embryos and Foetus)?*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 62, 63, 2008, 95-111.

Come si vedrà, nell'esperienza statunitense, soprattutto in ambito statale, all'individuo ancora nel grembo materno sono già stati ampiamente riconosciuti dei diritti ed uno *status* di "individualità umana" a prescindere dal verificarsi della nascita superando con ciò la c.d. "*born alive rule*" inizialmente affermata in ambito giurisprudenziale<sup>12</sup>. La linea di confine oltre la quale, tuttavia, la giurisprudenza non sembra essersi spinta è quella ove il riconoscimento dell'*unborn human being* quale "persona" si pone in contrapposizione con la tutela dei diritti fondamentali materni. Ciò considerando, risulta evidente la ragione per cui, a fronte di alcune linee argomentative proposte nella sentenza *Dobbs*, il dibattito dottrinale, dell'opinione pubblica e finanche giurisprudenziale sul tema sia stato sollecitato con nuovo vigore.

## 2. L'*Unborn human being* nell'apparato argomentativo della decisione *Dobbs*

Come noto, il caso *Dobbs* concerneva la legittimità del *Mississippi's Gestational Age Act*<sup>13</sup>, un atto normativo in base al quale era posto un divieto statale all'interruzione volontaria della gravidanza dopo 15 settimane dall'inizio della gestazione<sup>14</sup>. Ad esito della decisione della Suprema Corte tale normativa è stata considerata legittima e la Corte ha ripudiato gli storici precedenti federali che garantivano il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza nel contesto giuridico statunitense.

Al fine di effettuare l'*overruling* dei precedenti *Roe* e *Casey*, il giudice redattore Alito ha fatto uso del c.d. *Glucksberg test* partendo dalla constatazione per cui le clausole del *Due process* e dell'*Equal protection* del XIV Emendamento garantiscono la protezione di diritti non espressamente menzionati in Costituzione nel rispetto, tuttavia, di alcuni parametri (delineati nel precedente *Washington v. Glucksberg*<sup>15</sup>). In base alla decisione *Glucksberg* un diritto per essere considerato implicitamente garantito

<sup>12</sup> *Dietrich v. Inhabitants of Northampton, Massachusetts Supreme Judicial Court, 138 Mass. 14 (1884)*. Su tale giurisprudenza e sul suo superamento si rinvia al prosieguo del contributo.

<sup>13</sup> *House Bill 1510* del 2018.

<sup>14</sup> Salvo in casi di gravi emergenze mediche o di severe condizioni di abnormità del feto.

<sup>15</sup> *Washington v. Glucksberg, 521 US 702 (1997)* in cui la Suprema Corte ha negato l'esistenza nella Costituzione federale di un diritto al suicidio assistito (nei termini di omicidio del consenziente sulla base della *Due process clause*). Sull'utilizzo da parte della maggioranza della Corte del *Glucksberg test* è possibile avanzare qualche riflessione critica connessa alla fragilità argomentativa e di qualificazione giuridica che esso può innescare. Ciò che è accaduto, ad esempio, in occasione del caso *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach, 495 F.3d 695 (D.C. Cir. 2007), cert denied, 552 U.S. 1159 (2008)* quando la Corte di Appello per il distretto della Columbia ha negato l'esistenza del diritto dei malati terminali ad utilizzare farmaci sperimentali mentre, in maniera evidente, il tema andava qualificato in relazione al diritto individuale di salvarsi la vita con tutti i mezzi leciti a propria disposizione. La decisione è commentata sull'*Harvard Law Review, 121, 2008, 185 ss.* Cfr. inoltre P.W. LESLEY, *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. Von Eschenbach: Access to Experimental Drugs: Is Access to Experimental Drugs a Fundamental Right When it Comes to the Treatment of the Terminally Ill?*, in *North Carolina Central University Science & Intellectual Property Law Review, 10, 1, Article 2, 27 ss. 2017*. La questione qualificatoria nella valutazione circa la sussistenza o meno di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito non è nuova all'esperienza della Corte suprema sol se si consideri la famigerata sentenza *Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)* ove il supremo giudice federale sancì l'inesistenza nella Costituzione di un "diritto alla sodomia" (e, sulla base di ciò, la legittimità delle leggi statali che sanzionavano i rapporti omosessuali) pur inquadrandosi la questione (come la stessa Corte diversi anni dopo chiarì nella sentenza *Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)*) nella diversa determinazione circa la portata del diritto alla *privacy* secondo i canoni costituzionali.

dalla Costituzione federale deve essere profondamente radicato nella storia e nelle tradizioni della Nazione («*deeply rooted in this Nation's history and tradition*») o deve essere considerato implicito nel concetto di “libertà ordinata” («*implicit in the concept of ordered liberty*») che caratterizza l'ordinamento statunitense<sup>16</sup>.

In una lunga parte della motivazione il giudice Alito si sofferma pertanto a valutare se l'aborto possa essere considerato un diritto radicato nella storia e nelle tradizioni statunitensi giungendo alla conclusione per cui tale tipo di profondo legame non sussista<sup>17</sup>. Successivamente, il redattore della decisione di maggioranza procede a valutare se l'aborto possa essere considerato un diritto implicito nel concetto di “libertà ordinata” che connota l'ordinamento del Paese. L'espressione “*ordered liberty*”, che risale ad uno *standard* elaborato dal giudice Cardozo nella decisione *Palko v. Connecticut*<sup>18</sup>, viene utilizzata nella parte della decisione nella quale il giudice Alito si impegna a decostruire il rapporto di connessione fra il diritto alla *privacy* e il diritto all'aborto spostando il piano della motivazione sul tema della corretta interpretazione della portata del diritto alla *privacy* inteso come diritto che garantisce la libera autodeterminazione individuale.

La decisione richiama, dunque, il principio affermato in *Roe* per cui l'aborto è un diritto sotteso alla libera autodeterminazione individuale (garantito dall'*autonomy privacy*) e tuttavia tale diritto, pur delineato in questi ampi termini, non implica, secondo Alito, un'incondizionata libertà individuale in quanto la convivenza sociale necessita che la libertà individuale sia “*ordered*” ovvero limitata in un rapporto di bilanciamento con tutti gli altri diritti ed interessi che l'ordinamento è tenuto a garantire<sup>19</sup>. La sentenza evidenzia, in primo luogo, il fatto che la decisione *Roe* si fondi su un'interpretazione del diritto all'autodeterminazione personale che, oltre a non essere condivisa da molti Stati, è troppo ampia (“*too much*”<sup>20</sup>) giacché, in realtà, implicherebbe la necessità di sdoganare anche molti altri limiti (quali, ad esempio, droga e prostituzione)<sup>21</sup>. Inoltre, l'opinione di maggioranza critica il ragionamento argomentativo di *Roe* in relazione al fatto che nella sentenza del 1973 vengono richiamate numerose decisioni concernenti la libertà di autodeterminazione individuale (*Loving v. Virginia*<sup>22</sup>, *Turner v. Safley*<sup>23</sup>, *Griswold v. Connecticut*<sup>24</sup>, *Eisenstadt v. Baird*<sup>25</sup>) ma non si tiene conto che in quei precedenti il diritto reclamato non si bilanciava con alcun interesse contrapposto di pari grado come invece, evidentemente, accade nel caso dell'aborto ove è necessario bilanciare la volontà materna di

<sup>16</sup> Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 11-30.

<sup>17</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 11 ss.

<sup>18</sup> *Palko v. Connecticut*, 302 US 319 (1937). Il concetto di “*ordered liberty*” nella ricostruzione dei diritti impliciti nella protezione offerta dalla *Due process clause* è richiamato nella giurisprudenza successiva della Suprema Corte. Cfr. ad esempio *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) at 721.

<sup>19</sup> Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 30 ss.

<sup>20</sup> Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

<sup>21</sup> Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

<sup>22</sup> *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

<sup>23</sup> *Turner v. Safley*, 482 US 78 (1987).

<sup>24</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

<sup>25</sup> *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

interrompere una gravidanza con il fatto che un aborto comporta la soppressione di un “*unborn human being*”<sup>26</sup>.

Tenuto conto di queste considerazioni<sup>27</sup> i precedenti *Roe* e *Casey* sono dichiarati *overruled* e la Corte stabilisce che le normative statali che impongono un divieto o una qualunque normazione concernente l’aborto vanno valutate secondo il *rational based standard of review*; giacché l’aborto, infatti non è un diritto costituzionalmente garantito, le normative che lo restringono godono di una “*strong presumption of validity*” e, per essere legittime, devono essere razionali e orientate al perseguimento di un legittimo interesse statale<sup>28</sup>. Sulla base di tale rinnovato *standard* di valutazione il *Mississippi’s Gestational Age Act* è considerato, dunque, costituzionalmente legittimo.

Il riferimento ai diritti prenatali quali contraltare del diritto materno all’autodeterminazione riproduttiva non si esaurisce nella lettura della parte argomentativa redatta dal giudice Alito. Esso, difatti, riecheggia (in forme sfumate) anche nell’apparato motivazionale che sostiene le opinioni concorrenti del giudice Kavanaugh e del *Chief Justice* Roberts.

L’opinione concorrente del giudice Kavanaugh pare rafforzare “per differenza” l’idea che la maggioranza della Corte sostenga i diritti del feto: il giudice Kavanaugh sottolinea difatti più volte, nella propria opinione individuale, che in merito al tema dell’aborto la Costituzione federale «nulla dice» e pertanto va considerata neutrale. Al pari di Kavanaugh, anche la maggioranza della Corte sostiene che nella Costituzione federale statunitense non si rintracci un diritto all’aborto e tuttavia, nel promuovere tale apparentemente identica osservazione, il giudice concorrente e la maggioranza divergono in termini argomentativi giacché l’*opinion* della Corte, nella parte motiva, ricostruisce ciò che “nella storia e nella tradizione nazionale statunitense è profondamente radicato” in tema di interruzione volontaria della gravidanza e lascia trapelare la sussistenza di una generalizzata aversione all’aborto nelle esperienze statali precedenti al caso *Roe*<sup>29</sup>. Tale approccio argomentativo sollecita inevitabilmente il dubbio che nell’interpretazione costituzionale si possa, in teoria, rintracciare un inverso divieto di aborto a tutela dell’*unborn human being* i cui diritti sono considerati in diretto rapporto di bilanciamento con i diritti materni. È, in effetti, proprio da tali conclusioni che prende le distanze Kavanaugh quando sostiene che invece, a suo parere, la sentenza *Dobbs* non comporta in alcun modo un’interpretazione costituzionale che possa condurre ad un futuro generalizzato divieto

<sup>26</sup> Nell’opinione della Corte il Giudice Alito propone tale osservazione sia in apertura («*Roe’s defenders characterize the abortion right as similar to the rights recognized in past decisions involving matters such as intimate sexual relations, contraception, and marriage, but abortion is fundamentally different, as both Roe and Casey acknowledged, because it destroys what those decisions called “fetal life” and what the law now before us describes as an “unborn human being”*», *Dobbs, Opinion of the Court*, 5) sia a chiusura della motivazione («*What sharply distinguishes the abortion right from the rights recognized in the cases on which Roe and Casey rely is something that both those decisions acknowledged: Abortion destroys what those decisions call “potential life” and what the law at issue in this case regards as the life of an “unborn human being”*», *Dobbs, Opinion of the Court*, 32).

<sup>27</sup> Sull’argomentazione della decisione *Dobbs* si rinvia, più approfonditamente, a L. FABIANO, *Tanto tuonò che piove*, cit.

<sup>28</sup> Sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 77.

<sup>29</sup> Peraltro, la stessa appendice alla decisione Alito (contenente un lungo elenco di risalenti normative statali avverse all’aborto) né vorrebbe essere una plastica conferma.

dell'aborto. Tuttavia, la sua affermazione, tanto più in quanto "solitaria", conferma la sussistenza di questo dubbio più che fugarlo.

Con riguardo all'opinione concorrente del giudice Roberts, egli sostiene che, del deciso *Roe*, vi sia un aspetto da preservare (attinente alla definizione del diritto costituzionale da garantire) ovvero il diritto autodeterminativo della donna di poter decidere sulla propria facoltà riproduttiva ed un aspetto da ripudiare (attinente alle modalità attraverso cui la Corte del 1973 ha ritenuto di garantire il detto diritto) ovvero il concetto di "viability" (e le sue conseguenze normative).

La critica mossa dal giudice Roberts al concetto di *viability* si ancorà, in modo interessante, all'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema; in particolare il *Chief justice* considera importante un decisione adottata dalla Corte suprema federale nel 2007, il caso *Gonzales v. Carhart*<sup>30</sup> ove viene affermata con chiarezza l'idea che il feto sia, a prescindere dal momento della vitalità, «un organismo vivente nel grembo materno»<sup>31</sup>. È tale giurisprudenza, secondo Roberts, a dover fungere da nuovo spartiacque per valutare la legittimità di normative che consentono l'aborto entro e non oltre determinati periodi gestazionali da valutarsi, dunque, non più in relazione al concetto "rigido" di *viability*, ma secondo una canone di ragionevole bilanciamento di valori contrapposti ove la garanzia del diritto all'aborto deve comprimersi, per quanto possibile, a vantaggio della vita prenatale del feto senza tuttavia finire per essere rinnegato del tutto.

Ad ulteriore conferma dell'importanza attribuita dalla maggioranza della Corte alla tematica del riconoscimento della vita in fase gestazionale vi è la considerazione per la quale, nell'opinione di Alito, si contesta ai giudici dissenzienti (Sotomayor, Kagan e Breyer) il fatto che gli stessi, nella loro opinione dissenziente, non diano alcun peso ai diritti della vita gestazionale rilevando l'irrazionalità che sarebbe insita nel tentativo dei giudici in dissenso di stabilire un momento (nel corso della gravidanza) a partire dal quale ciò che è consentito può essere vietato. Tale osservazione, che ad una più attenta lettura sembra poco centrata sulle argomentazioni dell'opinione dissenziente (la quale, in realtà, si concentra sul rapporto fra aborto e determinazione individuale piuttosto che sul concetto di diritto all'aborto di per sé) sottolinea una volta in più, se ce ne fosse bisogno, il peso che la tematica del riconoscimento giuridico della vita prenatale assume nell'apparato motivazionale di maggioranza e conferma come il tema sia considerato al centro del dibattito sulla legittimità o meno del diritto all'interruzione della gravidanza.

<sup>30</sup> *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). Con la pronuncia *Gonzales*, la Corte ha valutato come legittimo il *Partial Abortion Ban Act* del 2003, un Atto del Congresso che vietava una particolare tipologia di aborto considerandolo particolarmente "efferato". La sentenza apre certamente al tema del divieto di una modalità medica di interruzione della gravidanza giustificato da «*ethical and moral concerns*». Sulla decisione cfr. il commento di A. SPERTI *La Corte suprema statunitense e il tema dell'aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso "Roe v. Wade"?* in *Il Foro italiano*, 130, 7-8, 2007, 395, 396, 403, 404.

<sup>31</sup> *Gonzales v. Carhart*, *Syllabus*: «*by common understanding and scientific terminology, a fetus is a living organism while within the womb, whether or not it is viable outside the womb*».

### 3. Gli *Human Right Amendments* e le *Personhood Provisions* nel diritto federale e statale e l'impatto della decisione *Dobbs* sulla loro interpretazione

La decisione *Dobbs* non entra nel merito della valutazione tecnica concernente il momento a partire dal quale il prodotto di un concepimento può essere considerato una vita umana<sup>32</sup> e, tuttavia, sembra porre tutte le premesse necessarie perché le normative statali possano essere fondate su tale presupposto con tutte le conseguenze che ciò comporta.

La riflessione collegata al tema dei diritti fetali riecheggia forme argomentative utilizzate in passato dai giudici dissenzienti nelle decisioni che si discostavano dalla maggioranza a favore del diritto all'aborto<sup>33</sup> ed è stata posta dai sostenitori delle politiche antiabortiste sin dai primi momenti susseguenti all'adozione della decisione *Roe v. Wade*.

A partire dalla metà degli anni settanta, ad esempio, si sono susseguiti dei tentativi federali di approvazione di c.d. *Human Life Amendments* finalizzati a ribaltare la decisione del 1973 facendo leva sul riconoscimento costituzionale della vita prenatale<sup>34</sup>. Tali proposte non hanno mai raggiunto un consenso sufficiente per divenire credibili soprattutto a causa del fatto che coloro che si opponevano a tali emendamenti hanno sempre evidenziato le ricadute di tali disposizioni costituzionali su temati-

<sup>32</sup> «*Our decision is not based on any view about when a State should regard prenatal life as having rights or legally cognizable interests*», sentenza *Dobbs*, *Opinion of the Court*, 29. Su questo aspetto quanto affermato dalla Corte statunitense sembra analogo a ciò che è stato affermato qualche anno prima dalla Corte Edu nella sentenza del 16 dicembre 2010 (ric. n. 25579/05 del 15 luglio 2005) A, B e C c. Irlanda: «*The Court recalls that it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals including on the question of when life begins. By reason of their "direct and continuous contact with the vital forces of their countries", State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the "exact content of the requirements of morals" in their country, as well as on the necessity of a restriction intended to meet them*» (A, B e C c. Irlanda, punto 223). Qualche riflessione su tale ultima decisione è rinvenibile in S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 aprile 2013, spec. 16 ss.; cfr. anche A. BARAGGIA, *La sentenza A.B. and C. v. Ireland sotto la lente dell'ordinamento irlandese: osservazioni a prima lettura*, in *Rivista AIC*, 2, 2011; D. TEGA, *Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B e C contro Irlanda*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 marzo 2011.

<sup>33</sup> Si pensi ad esempio alle argomentazioni proposte dal giudice White e condivise da Rehnquist nella decisione *Thornburgh v. American College Obstetrician and Gynecologist*, 476 US 747 (1986): «*the termination of a pregnancy typically involves the destruction of another entity: the fetus. However one answers the metaphysical or theological question whether the fetus is a "human being" or the legal question whether it is a "person" as that term is used in the Constitution, one must at least recognize, first, that the fetus is an entity that bears in its cells all the genetic information that characterizes a member of the species homo sapiens and distinguishes an individual member of that species from all others, and second, that there is no nonarbitrary line separating a fetus from a child or, indeed, an adult human being. Given that the continued existence and development – that is to say, the life – of such an entity are so directly at stake in the woman's decision whether or not to terminate her pregnancy, that decision must be recognized as sui generis, different in kind from the others that the Court has protected under the rubric of personal or family privacy and autonomy*», at 792.

<sup>34</sup> Fra le diverse proposte discusse la più nota è certamente l'*Hatch Egelton Amendment* la quale, votata al Senato il 28 giugno 1983, riceveva 49 voti sui 63 necessari per poter essere approvata. I dati sono reperibili all'url: <https://www.humanlifeaction.org/downloads/sites/default/files/HLAhghlts.pdf>. Sul punto cfr. D. WESTFALL, *Beyond Abortion: The Potential Reach of a Human Life Amendment*, in *American Journal of Law & Medicine*, 8, 2, 1982, 97 ss.

che ultronee rispetto all'aborto quali la contraccezione e la procreazione assistita. La medesima dinamica si è del resto verificata in ambito statale<sup>35</sup> ove, infatti, anche in Stati tradizionalmente conservatori, gli elettori hanno prevalentemente temuto di votare per emendamenti di tal genere in considerazione delle conseguenze di tali revisioni costituzionali sui temi concernenti la contraccezione e la procreazione assistita<sup>36</sup>.

Ad una revisione costituzionale orientata secondo tali direttrici si è tuttavia approdati in due Stati: sin dal 1988, infatti la Costituzione dell'Arkansas prevede, nell'*Amendment 68 (section 2)*, che «*The policy of Arkansas is to protect the life of every unborn child from conception until birth, to the extent permitted by the Federal Constitution*» prediligendo dunque una dicitura che esplicitamente fa salvo il rispetto di quanto (eventualmente), in modo diverso, sia valutato in relazione all'interpretazione della Costituzione federale; più recentemente, nel 2018, in Alabama, attraverso l'adozione dell'*Amendment 2*, è stata riconosciuta la sacralità della vita prenatale ed i diritti degli *Unborn children*<sup>37</sup>.

In diversi altri Stati, ove la strada della revisione costituzionale non è stata tentata (o è esplicitamente fallita), sono invece rinvenibili delle *Personhood provisions* in *Statute* adottati dal legislatore sia nell'ambito della disciplina sull'aborto sia quali più generali dichiarazioni di principio<sup>38</sup>.

La questione del vincolo giuridico posto dalle norme che riconoscono l'inizio vita in momenti precedenti alla nascita è stata posta alla Corte suprema federale nel caso *Akron v. Akron center for Reproductive Health*<sup>39</sup> (nel 1983) e, successivamente, nella decisione *Webster v. Reproductive Health Service*<sup>40</sup> (nel 1989).

Nel caso *Akron*, vergato del Giudice Powell, la Corte, ancora impegnata a confermare (sotto diversi profili) quanto sancito nel precedente *Roe v. Wade*, sanzionava come illegittime diverse disposizioni inserite in un'ordinanza comunale che erano orientate a scoraggiare le donne gravide ad accedere liberamente all'aborto. In un punto della sentenza la Corte si esprime su di una disposizione specifica la quale prevedeva che il medico dovesse informare la donna gravida del fatto che «*the unborn child is a human life from the moment of conception*», previsione che viene sanzionata dalla suprema Cor-

<sup>35</sup> Ove ha operato con grande attivismo l'organizzazione *Personhood USA* ([personhood.org](http://personhood.org)), un'associazione a sfondo religioso esplicitamente dedicata al tema *pro-life*, che ha posto il riconoscimento della personalità fetale fra i suoi principali obiettivi sin dalla sua fondazione nel 2008. Constatato come troppo difficile da conseguire il tentativo di approdare ad un emendamento costituzionale *pro life* a livello federale tale associazione si è concentrata sul sostegno a proposte referendarie di riforma delle costituzioni statali finalizzate al riconoscimento della vita prenatale.

<sup>36</sup> Ciò si è verificato in Stati tradizionalmente conservatori come Nevada, Missouri, Florida, Colorado e Mississippi. Cfr. M. MANIAN, *Lessons from Personhood's Defeat: Abortion Restrictions and Side Effects on Women's Health*, in *Ohio State Law Journal*, 74, 1, 2013, 75 ss.

<sup>37</sup> Cfr. L. PELUCCHINI, *Rights Fell on Alabama: il diritto all'aborto negli Stati Uniti a seguito degli emendamenti costituzionali in Alabama e West Virginia*, in *diritticomparati.it*, 22 novembre 2018.

<sup>38</sup> Ariz. Rev. Stat. Ann. § 1-219; Ga. Code Ann. § 1-2-1 (West); Corporations; Kan. Stat. Ann. § 65-6732 (West); Ky. Rev. Stat. Ann. § 311.720 (West); Mo. Rev. Stat. § 1.205; Mont. Code Ann. § 50-20-102 (West); 18 Pa. Stat. and Cons. Stat. Ann. § 3202 (West); Tenn. Code Ann. § 39-15-214 (West); Utah Code Ann. § 76-7-301.1 (West); Utah Code Ann. § 78B-3-109 (West)

<sup>39</sup> *Akron v. Akron ctr. for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983).

<sup>40</sup> *Webster v. Reproductive Health Service*, 492 US 490 (1989).

te perché in contrasto con il vincolo posto nel caso *Roe* aggiungendo che «*a State may not adopt one theory of when life begins to justify its regulation of abortions*»<sup>41</sup>.

Il caso *Webster* viene deciso alla fine degli anni ottanta e si rivela invece essere una vicenda giurisprudenziale che, complice un parziale rinnovo nella composizione personale della Corte suprema<sup>42</sup>, fa registrare per la prima volta dal 1973 una parziale inversione di tendenza della giurisprudenza della suprema Corte in tema di aborto.

Il caso concerneva una legge del Missouri la quale poneva delle restrizioni alla pratica dell'aborto nelle strutture pubbliche e stabiliva che i medici valutassero la vitalità del feto a partire dalla ventesima settimana. La Corte adotta una decisione che si presenta molto complessa sotto il profilo strutturale e che denota le tensioni che stanno maturando in seno ad essa<sup>43</sup>. Nel merito, pur non producendo alcun *overruling* del precedente *Roe*<sup>44</sup>, la Corte pone in discussione molti elementi introdotti in quel caso a partire dalla suddivisione in trimestri della gravidanza quale elemento cui ancorare la sussistenza della vitalità del feto<sup>45</sup> sottolineando, peraltro, l'importanza dell'interesse statale a tale garanzia a prescindere da un concetto di "viability" determinato, nella decisione *Roe*, in modo giudicato eccessivamente rigido<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> *Akron v. Akron ctr. for Reproductive Health*, 462 US 416 at 444 (1983).

<sup>42</sup> Ai giudici Stewart, Douglas, Burger, e Powell susseguono rispettivamente i giudici O'Connor, Stevens, Scalia e Kennedy, nominati tutti da amministrazioni repubblicane. Tranne il Giudice Stevens, che viene nominato dal Presidente Ford, gli altri *Justice* sono infatti nominati da Reagan. Certamente la Presidenza di nomina non è l'unico elemento da considerare per valutare la giurisprudenza di un giudice della Corte suprema e tuttavia, considerata la connotazione politicamente polarizzata che il dibattito sul tema dell'aborto aveva assunto non può, in questo caso neanche essere trascurata. Sul rapporto fra composizione della Corte suprema e giurisprudenza della stessa si rinvia a L. FABIANO, *Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense nella procedura di nomina dei suoi giudici*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Corti costituzionali. Composizione Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011, 63 ss.

<sup>43</sup> Difatti, la Corte raggiunge l'unanimità della decisione, redatta dal giudice Rehnquist, esclusivamente nella parte II-C della sentenza; i giudici White, O'Connor, Scalia e Kennedy si associano alla decisione anche per le parti I, II-A e II-B. Rehnquist inoltre, scrive anche un'opinione concorrente, sottoscritta da White e Kennedy, mentre la O'Connor e Kennedy scrivono ognuno una propria *concurring opinion*. Blackmun è invece autore di una opinione in parte concorrente ed in parte dissenziente sottoscritta da Brennan e Marshall ed infine il giudice Stevens scrive da solo una propria *opinion concurring in part e dissenting in part*.

<sup>44</sup> La Corte afferma esplicitamente di non aver *overruled* il precedente *Roe* evidenziando peraltro come il caso sottoposto alla sua attenzione, per come è posto, non conduce di per sé a tale disconoscimento: «*Both appellants and the United States as Amicus Curiae have urged that we overrule our decision in Roe v. Wade. Brief for Appellants 12-18; Brief for United States as Amicus Curiae 8-24. The facts of the present case, however, differ from those at issue in Roe. Here, Missouri has determined that viability is the point at which its interest in potential human life must be safeguarded. In Roe, on the other hand, the Texas statute criminalized the performance of all abortions, except when the mother's life was at stake. 410 U.S. at 410 U. S. 117-118. This case therefore affords us no occasion to revisit the holding of Roe, which was that the Texas statute unconstitutionally infringed the right to an abortion derived from the Due Process Clause, id. at 410 U. S. 164, and we leave it undisturbed. To the extent indicated in our opinion, we would modify and narrow Roe and succeeding cases*». *Webster*, part III.

<sup>45</sup> «*Roe's rigid trimester analysis has proved to be unsound in principle and unworkable in practice*», *Webster*, 492 US 494.

<sup>46</sup> «*We do not see why the State's interest in protecting potential human life should come into existence only at the point of viability, and that there should therefore be a rigid line allowing state regulation after viability but prohibiting it before viability*» *Webster*, 492 US 519. Nella sentenza viene inoltre avanzata un'affermazione si-

Fra le diverse questioni poste alla Corte nel caso *Webster* figura la valutazione sulla legittimità costituzionale del preambolo della legge impugnata in base al quale «[l]a vita di ogni essere umano inizia al concepimento» e che «i bambini non ancora nati hanno interessi tutelabili nella vita, nella salute e nel benessere». Pronunciandosi su questo punto, nell'evoluzione della vicenda giurisprudenziale, tanto la Corte di Distretto tanto la Corte di appello avevano sanzionato l'illegittimità di tale passaggio. Diversamente, la Corte suprema ritenne che i detti giudici avessero "equivocato" quanto già affermato nel precedente caso *Akron*, e ne rivide il disposto sancendo che le *personhood provisions* non possono implicare alcuna regolamentazione che si ponga in contrasto col precedente *Roe*. La Corte valutò che «Il preambolo non regola, nei suoi termini, gli aborti o qualsiasi altro aspetto della pratica medica» e che, dunque «il § 1.205.2 può essere interpretato come nient'altro che norma orientata ad offrire protezione ai bambini non ancora nati in materia di responsabilità civile e successione, il che è consentito ai sensi della decisione *Roe v. Wade*»; la Corte aggiunse inoltre che «la misura in cui il linguaggio del preambolo potrebbe essere utilizzato per interpretare altri statuti o regolamenti statali è qualcosa che solo i tribunali statali possono decidere in via definitiva e, fino a quando tali tribunali non avranno applicato il preambolo per limitare in qualche modo le attività dei ricorrenti, è inappropriato che i tribunali federali ne valutino l'interpretazione»<sup>47</sup>.

Il tema del vincolo posto dalle *Personhood provisions* e dagli *Human Right Amendments* è stato argomento di valutazione nei decenni scorsi anche da parte di alcune Corti statali le quali, tuttavia, in ossequio ai vincoli giurisprudenziali federali, ne hanno offerto un'esegesi riduttiva. Nel 1994, ad esempio, nel caso *Knowlton v. Ward*<sup>48</sup>, la Corte suprema dell'Arkansas ha svuotato di significato l'Emendamento 68 negandone esplicitamente l'autoesecutività affermando che «*In order for a constitutional provision to be self-executing, there must be language in the provision indicating that it is intended as a present enactment, complete in itself as definitive legislation, or contemplates subsequent legislation to carry it into effect*»<sup>49</sup>.

---

gnificativa ove la Corte chiarisce che la proclamazione della sussistenza di un diritto all'aborto, garantito nella penombra del XIV Emendamento (attraverso il diritto alla *privacy*), non implica di per sé un necessario impegno statale alla garanzia di accesso delle donne a tale pratica medica<sup>46</sup>. La Corte è consapevole della portata innovativa che la decisione implica, conducendo, peraltro, a disconoscere molte fra le decisioni adottate nel decennio precedente (In particolare la Corte cita i casi *Colautti v. Franklin*, 439 U. S. 379 (1979), and *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983)), e nondimeno sottolinea apertamente il fatto che la questione cruciale alla base di tale particolare inversione giurisprudenziale è che l'aborto è tema che (pur nell'ambito di una cornice costituzionale che spetta alle Corti, ed in particolare alla Corte suprema, bilanciare) dovrebbe essere definito nell'arena del dibattito e dei processi democratici (Sulla decisione *Webster* cfr. a A.I.L. CAMPBELL, *The Constitution and Abortion*, in *Modern Law Review*, 1990, 238 ss.; A. GRUBB, *The New Law of Abortion: Clarification or Ambiguity?*, in *Criminal Law Review*, 1991, 659 ss.; G. BINION, *Webster v. Reproductive Health Services*, in *Women & Politics*, 11, 2, 1991, 41 ss.; M.E. CHOPKO, *Webster v. Reproductive Health Services: A Path to Constitutional Equilibrium*, in *Campbell Law Review*, 12, 1990, 181 ss.).

<sup>47</sup> *Webster*, at 491.

<sup>48</sup> *Knowlton v. Ward*, 889 S.W.2d 721, 726 (Ark. 1994).

<sup>49</sup> «*We turn to Section 2 of Amendment 68, which states that it is the public policy of this state to "protect the life of every unborn child from conception until birth". Knowlton argues that this section of Amendment 68 is a self-executing provision that prohibits the State from engaging in any activity that furthers or advances abortions. We disagree. In order for a constitutional provision to be self-executing, there must be language in the provision indicating that it "is intended as a present enactment, complete in itself as definitive legislation, or contemplates subsequent legislation to carry it into effect". Myhand v. Erwin, 231 Ark. 444, 452, 330 S.W.2d*

L'impatto della decisione *Dobbs* sull'interpretazione di tali fonti si è reso tuttavia evidente, con effetto immediato, nella giurisprudenza delle Corti statali del Paese.

Emblematico, nel 2022, è stato il caso *Isaacson v. Brnovich*<sup>50</sup>. La vicenda processuale, sorta dinanzi alla *United States District Court* per il Distretto dell'Arizona, riguardava una legge di modifica della normativa in tema di aborto del medesimo Stato (adottata nel 2021) che sanzionava l'interruzione volontaria della gravidanza qualora decisa per fini attinenti esclusivamente alla salute del feto (finalità che insieme alla selezione della razza e del sesso veniva vietata in quanto considerata a fini eugenetici)<sup>51</sup>. La legge impugnata poneva una dichiarazione iniziale di principio in base alla quale «*The Laws of this State shall be interpreted and construed to acknowledge, on behalf of an unborn child at every stage of development, all rights, privileges and immunities available to other persons, citizens and residents of this State, Subject only to the Constitution of the United States and Decisional interpretations thereof by the United States Supreme Court*»<sup>52</sup>. La detta normativa era stata impugnata nell'agosto del 2021<sup>53</sup> e le richieste dei querelanti erano state accolte, con la concessione di una *preliminary injunction*, il 28 settembre 2022, da parte della Corte distrettuale la quale aveva considerato vaga la normativa sul divieto di aborto collegato alle condizioni fetali (e pertanto in violazione del XIV Emendamento)<sup>54</sup>. La medesima Corte distrettuale aveva ritenuto di non doversi pronunciare sulla *Personhood provision* richiamandosi al caso *Webster v. Reproductive health service*.

---

68 (1959), citing 16 C.J.S. § 38, Const. Law, p. 146. It is self-executing if: it supplies a sufficient rule by means of which the right given may be enjoyed and protected, or the duty imposed may be enforced; and it is not self-executing when it merely indicates principles, without laying down rules by means of which those principles may be given the force of law. Cooley's Const. Law (7th Ed.), 0. 121. Section 2 of Amendment 68 merely expresses the public policy of the state. It does not provide any means by which the policy is to be effectuated and therefore cannot be considered a self-executing provision. In particular, it cannot be construed as prohibiting the kind of activity suggested by Knowlton», *Knowlton v. Ward*, 889 S.W.2d 721, 726 (Ark. 1994). La mancata autoesecutività delle disposizioni costituzionali di principio è argomento diffuso nel costituzionalismo statale statunitense cfr. ad esempio *North Carolina School Boards Ass'n. contro Moore*, 359 NC 474, 512 (2005) («*This Court has long recognized that some constitutional provisions are self-executing while others require legislative action to implement and enforce the purpose and mandates of the provision*»). Cfr. sul punto M.A. SCHWARTZ, *Claims for Damages for Violations of State Constitutional Rights--Analysis of the Recent Court of Appeals Decision in Brown v. New York; The Resolved and Unresolved Issues*, in *Touro Law Review*, 14, 3, Spring 1998, 657-674. Il tema è trattato (con maggiore riguardo al diritto federale) anche da J. HARRISON, *Jurisdiction, Congressional Power, and Constitutional Remedies*, in *Georgetown Law Journal*, 86, 7, July 1998, 2513-2524.

<sup>50</sup> *Isaacson v. Brnovich*, CV-21-01417-PHX-DLR 1, 2 (D. Ariz. July 11, 2022).

<sup>51</sup> Sul punto, M. MURRAY, *Race-ing Roe: Reproductive Justice, Racial Justice, and the Battle for Roe v. Wade*, in *Harvard Law Review*, 134, 2021; cfr. anche M. S. PAULSEN, *Abortion as an Instrument of Eugenics*, in *Harvard Law Review*, 134, 2021, 415 ss.

<sup>52</sup> September 29, 2021. S.B. 1457, 55th Leg., 1st Reg. Sess. (Ariz. 2021). La normativa è reperibile al seguente indirizzo Internet: <https://www.azleg.gov/legtext/55leg/1R/bills/SB1457P.pdf>.

<sup>53</sup> Il ricorso è reperibile al seguente URL: <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/08/2.-Complaint-FINAL.pdf>.

<sup>54</sup> *Isaacson v. Brnovich*, No. CV-21-01417-PHX-DLR (D. Ariz. Jul. 11, 2022). La giurisprudenza della Corte suprema è difatti molto chiara con riguardo al principio per il quale una normativa, per essere legittima, non può essere vaga e imprecisa nella definizione di ciò che è permesso o vietato in quanto deve consentire al cittadino di comprenderne il significato per poter assumere di conseguenza comportamenti adeguati (e non deve consentire a coloro che sono preposti all'applicazione della normativa un margine discrezionale troppo ampio). Cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108-09 (1972) in cui la Corte afferma «*[v]ague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we*



Il 25 giugno 2022, il giorno dopo la pubblicazione della sentenza *Dobbs*, la decisione di concessione della *preliminary injunction* era stata a propria volta impugnata chiedendone la sospensione ed il 30 giugno 2022 la Corte suprema aveva dunque annullato la decisione della Corte distrettuale e rinviato il caso al Nono Circuito con l'istruzione di considerare se l'adozione della decisione *Dobbs* potesse incidere sul medesimo. La Corte distrettuale si è pronunciata infine concedendo una nuova *preliminary injunction* (confermando, dunque, quanto già stabilito il 28 settembre del 2021) fondata nuovamente sulla vaghezza della *Personhood provision* sancita nella legge impugnata<sup>55</sup>.

L'adozione della sentenza *Dobbs* è all'origine di un'ulteriore vicenda giurisprudenziale che ha visto il tentativo di impegnare la stessa Corte suprema in una pronuncia in tema di *personhood provision*: a maggio del 2022 la Corte suprema del Rhode Island si era difatti pronunciata in un ricorso avanzato dai (futuri) genitori di alcuni bambini che al momento dell'impugnazione erano allo stato fetale. La Corte statale aveva negato lo *standing* in capo ad individui non ancora nati ed aveva respinto conseguentemente la possibilità per i futuri genitori di ricorrere in giudizio a tutela dei diritti dei nascituri<sup>56</sup>. A seguito della decisione *Dobbs* i ricorrenti hanno dunque tentato di contestare il detto diniego chiedendo alla Corte suprema federale se tale sentenza potesse fondare una revisione della decisione della suprema Corte statale<sup>57</sup>. L'11 ottobre 2022 la Corte suprema federale ha tuttavia deciso di non pronunciarsi nel merito del ricorso.

Nonostante le riferite vicende processuali non abbiano condotto, nei fatti, ad una rivisitazione esegetica dei precedenti giurisprudenziali federali o ad una chiara presa di posizione della Corte suprema in tema di personalità prenatale, risulta evidente come l'adozione della decisione *Dobbs* sia suscettibile di incidere profondamente sull'interpretazione delle normative concernenti tali temi e non può escludersi che si possano presentare in futuro casi in occasione dei quali le Corti approdino ad una innovativa giurisprudenza in tema di *Personhood Provisions*.

Come noto, altro effetto immediato dell'adozione della decisione *Dobbs* è stato l'entrata in vigore, poco dopo la pubblicazione della sentenza, di diverse leggi statali destinate a vietare l'aborto anche in fasi estremamente precoci della gravidanza. Molte di queste normative sono c.d. *Trigger laws* ovvero leggi adottate quando era ancora vigente il vincolo posto dalla decisione *Roe v Wade* e che era-

---

*insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. Vague laws may trap the innocent by not providing fair warnings. Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory applications»* Id. at 108-109. Cfr. altresì *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983) e *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999). Si veda altresì *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

<sup>55</sup> Caratteristica che, in una futura decisione di merito, condurrà molto probabilmente a negare la vincolatività della *Personhood provision* rendendo dunque indifferente, secondo la Corte distrettuale, valutare se una tale disposizione sia di per sé legittimamente adottabile come norma vincolante alla luce del caso *Dobbs*.

<sup>56</sup> La normativa impugnata nel ricorso era il *Reproductive Privacy Act*, atto normativo adottato nel 2019 dallo Stato del Rhode Island che oltre a disciplinare la possibilità di effettuazione delle pratiche abortive nel paese abrogava qualunque *personhood provision* precedentemente vigente nella normativa statale. I ricorrenti sostenevano che tali abrogazioni diminuivano i diritti goduti dagli individui non ancora nati e dunque anche dei loro figli in stato fetale.

<sup>57</sup> *Jane Doe, as parent and next friend of baby Mary Doe et al. v. Daniel McKee, On Petition For A Writ Of Certiorari To The Supreme Court Of Rhode Island*, 2022.

no in attesa di innescarsi appena fossero stati ripudiati i precedenti giurisprudenziali che garantivano il diritto all'aborto<sup>58</sup>; è da osservare, tuttavia, come il fermento innescato dalla pubblicazione della sentenza *Dobbs* non si esaurisca in tale circostanza considerando che alcune delle normative recentemente entrate in vigore, nel riconoscere dignità individuale prenatale, si sono spinte oltre il divieto all'aborto legiferando su tematiche connesse al tema della personalità fetale. Significativa in tal senso risulta la normativa entrata in vigore a luglio 2022 nello Stato della Georgia la quale, giustificando il divieto all'interruzione della gravidanza sulla base del riconoscimento della *fetal personhood*, fa conseguire a tale affermazione la deducibilità tributaria del nascituro dichiarato fiscalmente a carico dei genitori ancor prima di nascere<sup>59</sup>.

#### 4. L'*Unborn human being* quale vita potenziale (ancora parte della madre) o vita concreta ed entità autonoma

Nella motivazione al caso *Dobbs* la Corte dissocia esplicitamente la necessità statale di tutelare l'interesse pubblico a proteggere la vita dell'*unborn human being* che la donna porta in grembo<sup>60</sup> dal concetto di *viability* (ovvero la capacità del feto di sopravvivere al di fuori dell'utero materno) introdotto nei precedenti giurisprudenziali in tema di diritto all'aborto.

I sostenitori delle politiche *pro-life*, nel corso degli anni, hanno fatto leva proprio sul concetto di *viability* per contestare la legittimità del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza<sup>61</sup>. Da una parte, essi hanno rilevato come tale concetto non dovrebbe essere considerato in termini statici essendo soggetto all'evoluzione scientifica (e della tecnologia medica) oltre che al grado di assistenza a disposizione di una donna al momento di un parto<sup>62</sup>. Sulla scorta di tali osservazioni è stato dunque sostenuto che, anche a voler ancorare l'emergere di un interesse statale alla tutela della vita fetale solo a

<sup>58</sup> Cfr. sul punto. L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve*, cit.

<sup>59</sup> La detta normativa è reperibile all'url: <https://dor.georgia.gov/press-releases/2022-08-01/guidance-related-house-bill-481-living-infants-and-fairness-equality-life> sul punto Cfr. <https://nyti.ms/3YL8Blu>.

<sup>60</sup> Cfr. nota 46.

<sup>61</sup> Il tema è stato discusso anche dinanzi alla Commissione interamericana per i diritti umani (IACHR) nel 1981. In *Baby Boy v. United States*, la Commissione ha concluso che l'aborto di *Baby Boy*, un feto maschio vitale, era consentito ai sensi della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo e, per inciso, della Convenzione americana sui diritti umani, nonostante quest'ultima proteggesse il diritto alla vita "dal momento del concepimento" e il primo contenesse un implicito diritto alla vita per ogni "essere umano". Inoltre, la Commissione ha ritenuto che la creazione da parte degli Stati Uniti di un diritto fondamentale all'aborto attraverso *Roe v. Wade* non fosse incompatibile con la Dichiarazione o la Convenzione e che nessuno dei due strumenti richiedesse agli Stati membri di vietare l'aborto. Sul punto cfr. P. ALVARO, *Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights*, in *Loyola University Chicago International Law Review*, 9, 2, 2012, 209 ss.

<sup>62</sup> Tale osservazione è evidenziata anche nella decisione *Dobbs*: «*The most obvious problem with any such argument is that viability is heavily dependent on factors that have nothing to do with the characteristics of a fetus. One is the state of neonatal care at a particular point in time. Due to the development of new equipment and improved practices, the viability line has changed over the years [...]*» *Dobbs, Opinion of the Court*, 51.

partire da tale ipotetico momento, esso non può essere fissato una volta e per sempre ad un certo stadio della gravidanza ma necessita di continua riconsiderazione tecnica<sup>63</sup>.

Una corrente ancora più conservatrice del pensiero *pro-life* ha contestato il concetto di *viability* osservando che il riconoscimento della soggettività identitaria di un feto non dovrebbe essere ancorato alla sua capacità di sopravvivere autonomamente al di fuori del grembo materno (giacché, peraltro, esistono tante forme di vita condizionate a forme di assistenza esterna o non del tutto autonome)<sup>64</sup> ma alla sua vitalità che può essere definita in relazione ad altri parametri quali la funzionalità organica, la capacità di riproduzione cellulare, la capacità di avvertire il dolore, la comparsa del battito cardiaco, il *quickering* (ovvero la comparsa dei movimenti intrauterini)<sup>65</sup>.

Tali osservazioni aprono pienamente all'idea della dissociazione identitaria fra la gravida e il feto e si pongono dunque in antitesi rispetto all'impostazione che ammette l'idea di *viability* quale soglia temporale "fissa" – discutibile ed infatti discussa in quanto rigida e/o sperequata – che esprime il tentativo di bilanciare l'autodeterminazione della gestante con la tutela della vita nascente del feto. Storicamente, nella giurisprudenza del Paese, è quest'ultima impostazione che ha inizialmente prevalso. Essa si riconnette ad un noto caso della Corte suprema del Massachusetts, *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*<sup>66</sup>, ove il futuro giudice della Corte suprema federale Oliver Holmes ebbe ad affermare che il bambino non ancora nato e non in grado di sopravvivere al di fuori del grembo materno (a causa della precocità dell'epoca gestazionale) è da considerarsi essenzialmente una parte della madre. Tale impostazione viene a lungo seguita dalle Corti statali e federali statunitensi ed è solo intorno alla metà del Novecento che si assiste ad una revisione giurisprudenziale di tale approccio valutativo.

<sup>63</sup> L'osservazione è rinvenibile in diverse opinioni dissenzienti espresse in occasione di sentenze che hanno confermato la pratica abortiva nei decenni passati. Fra le tante si richiama quanto affermato dal giudice O'Connor nella sentenza *City of Akron v Akron Center for Reproduction Health*, 462 US 416 (1983): «*In 1973, viability before 28 weeks was considered unusual. The 14th edition of L. Hellman & J. Pritchard, Williams Obstetrics (1971), on which the Court relied in Roe for its understanding of viability, stated, at 493, that "[a]ttainment of a [fetal] weight of 1,000 g [or a fetal age of approximately 28 weeks' gestation] is [...] widely used as the criterion of viability". However, recent studies have demonstrated increasingly earlier fetal viability. It is certainly reasonable to believe that fetal viability in the first trimester of pregnancy may be possible in the not too distant future. Indeed, the Court has explicitly acknowledged that Roe left the point of viability "flexible for anticipated advancements in medical skill" Colautti v. Franklin, 439 U. S. 379, 439 U. S. 387 (1979)*», at 457.

<sup>64</sup> Cfr. K.J. HOLLOWELL, *Defining a Person under the Fourteenth Amendment: A Constitutionally and Scientifically based Analysis*, in *Regent University Law Review*, 14, 2001, 67 ss.

<sup>65</sup> Il dibattito sul tema è vivace anche nell'esperienza europea. Si rinvia sul punto a S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di «embrione umano»*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2015, 213 ss.; Id. *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano»*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2013, 653 ss.; L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2012, 147 ss.; C. DRIGO, *Il diritto della scienza e i diritti della vita La Corte di Giustizia di nuovo sollecitata a definire il concetto di «embrione umano»*, in *www.dirittocomparati.it*, 15 settembre 2014.

<sup>66</sup> *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*, *Massachusetts Supreme Judicial Court*, 138 Mass. 14 (1884). Il caso riguardava la richiesta di un risarcimento danni avanzata dai parenti di una donna gravida (circa al quinto mese) che era deceduta a causa del difetto di costruzione di una strada cittadina. Il giudice ritenne che la conseguente morte del feto non fosse valutabile autonomamente nella stima del danno («*Taking all the foregoing considerations into account, and further, that, as the unborn child was a part of the mother at the time of the injury, any damage to it which was not too remote to be recovered for at all was recoverable by her*»).



Nel 1946, nella decisione *Bonbrest v. Kots*<sup>67</sup>, la Corte distrettuale per il Distretto di Columbia supera in parte il precedente *Dietrich* stabilendo che, se un bambino nasce vivo e vitale, possono essere contestati in suo favore i danni subiti a seguito di un evento accaduto quando era ancora nell'utero materno<sup>68</sup>. Successivamente, nella discussione di casi simili, alcune giurisdizioni si sono spinte in affermazioni significative riguardanti il momento a partire dal quale il prodotto di un concepimento potrebbe essere considerato legalmente un'individualità: nel 1953, ad esempio, nella decisione *Kelly v. Gregory*<sup>69</sup>, l'*Appellate Division of the Supreme Court of New York*, si spinse ad affermare che un embrione fosse un soggetto individualmente autonomo dalla madre sin dal momento del concepimento<sup>70</sup> così come, nel 1955, in *Porter v. Lassiter*<sup>71</sup>, la Corte d'Appello della Georgia stabilì che un feto potesse essere considerato un individuo autonomamente inteso (di cui contestare, in sede processuale, il decesso) a partire dal momento in cui fosse vitale nel grembo materno (ovvero dal momento in cui avevano inizio i movimenti intrauterini).

Nel corso dei decenni, dunque, l'iniziale impostazione per la quale madre e nascituro costituiscono, fino al parto, un'unica individualità, ha subito una significativa evoluzione conducendo, infine, in moltissimi casi, a concepire i diritti e gli interessi materni non solo dissociabili ma addirittura contrapponibili agli interessi del feto, innescando importanti conseguenze in termini di bilanciamento giuridico dei valori in diverse tematiche concernenti i diritti riproduttivi.

Nelle esperienze statali è rinvenibile moltissima normativa e giurisprudenza riguardante la sussistenza di diritti fetali autonomamente intesi rispetto ai diritti della gestante.

In 38 Stati della Federazione, ad esempio, sono vigenti normative che disciplinano il feticidio alla stregua dell'omicidio (e non del procurato aborto) e pongono delle specifiche sanzioni penali per atti che hanno provocato danni o lesioni ad un feto, autonomamente inteso, rispetto ai danni riconoscibili alla madre<sup>72</sup>.

Nell'ambito di queste normative può essere tracciata una fondamentale distinzione: vi sono difatti *Statutes* (generalmente più risalenti) che richiedono, affinché vi sia responsabilità penale per lesioni o morte dell'*unborn child*, che il feto, nato vivo, riporti danni (o deceda) successivamente alla nascita, a causa degli eventi accaduti quando esso era ancora in fase prenatale; vi sono poi normative (più recenti) che conferiscono rilievo ai danni provocati ad un feto a prescindere dalla sua successiva nascita riconoscendo dunque l'*unborn child* come identità autonomamente intesa.

Le normative che sono impostate secondo la prima delle direttrici descritte (quelle che seguono la c.d. "*born alive rule*") riconoscono dunque il danno provocato al neonato causato da comportamenti

<sup>67</sup> *US District Court for the District of Columbia* – 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946).

<sup>68</sup> Cfr. anche *Williams v. Marion Rapid Transit, Inc.*, 152 Ohio St. 114 (1949); *Woods v. Lancet*, 303 N.Y. 349, 102 N.E.2d 691 (N.Y. 1951).

<sup>69</sup> *Kelly v. Gregory*, 282 AD 542, 282 App. Div. 542, 125 N.Y.S.2d 696 (N.Y. App. Div. 1953).

<sup>70</sup> «*We ought to be safe in this respect in saying that legal separability should begin where there is biological separability. We know something more of the actual process of conception and foetal development now than when some of the common-law cases were decided; and what we know makes it possible to demonstrate clearly that separability begins at conception*», *Kelly v. Gregory*, 282 AD 542, 543-44 (N.Y. App. Div. 1953)

<sup>71</sup> *Porter v. Lassiter*, 91 Ga. App. 712 (1955).

<sup>72</sup> La normativa più risalente è quella adottata in Minnesota nel 1986 (seguita l'anno dopo dal North Dakota). Le normative statali cui ci si riferisce sono rinvenibili all'url: [ncsl.org/research/health/fetal-homicide-state-laws.aspx](https://www.ncsl.org/research/health/fetal-homicide-state-laws.aspx), cfr. anche l'Url: <https://www.nrlc.org/federal/unbornvictims/statehomicidelaws092302/>.

posti in essere quando questi era ancora allo stato fetale ma non rilevano il danno in sé al feto (qualora nasca morto) se non come danno provocato alla madre. Tali disposizioni sono conformi a quell'impostazione iniziale della giurisprudenza che fa capo al caso *Dietrich* per cui, prima della nascita, il feto e la madre sono un unico soggetto e il nascituro è solo una vita "potenziale". Differentemente, le normative che prevedono sanzioni autonome e specifiche per eventuali danni provocati ad un feto (indipendentemente dalla sua successiva nascita in vita) ne riconoscono un'autonomia identitaria. Fra queste ultime è ulteriormente possibile tracciare delle distinzioni fra quelle per le quali rileva un danno fetale in qualsiasi momento della gestazione, e quelle che stabiliscono un qualche momento (la *viability*, la comparsa del battito cardiaco, la percezione dei movimenti intrauterini, ecc) a partire dal quale insorge una responsabilità specifica in caso di lesioni o decesso del nascituro.

È evidente che normative come queste sposano apertamente l'idea che l'*unborn child* sia una vita concretamente intesa (e non solo potenziale) considerando, peraltro, che sarebbe una incongruità concettuale disporre una responsabilità per morte di un soggetto che non si considera vivo<sup>73</sup>. È da segnalare come tutte le citate normative, fintanto che sussisteva (prima del caso *Dobbs*) la garanzia federale del diritto all'aborto, contenevano una clausola di chiusura che escludeva la responsabilità degli operatori sanitari che effettuavano un aborto su consenso della madre nei termini di legge.

La problematica convivenza fra normative di tal genere e la disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza è stata oggetto di valutazione giurisprudenziale in sentenze statali le quali hanno cercato di distinguere le due circostanze: nella decisione *State v. Merrill*<sup>74</sup>, ad esempio, la Corte suprema del Minnesota si è pronunciata in tema di *equal protection* sull'*Unborn Child Homicide Statute* dello Stato sancendo la differenza intercorrente fra quanto sanzionato nella detta normativa e la pratica abortiva. La vicenda processuale riguardava un uomo (Merrill) condannato sulla base dell'*Unborn Child Homicide Statute* (in quanto aveva provocato la morte di un nascituro sparando alla madre in fase di gestazione avanzata) che contestava la differenza di previsione da applicarsi nei suoi confronti ed i diritti della stessa madre la quale, in caso di aborto, non sarebbe stata perseguita. La difesa del ricorrente era incentrata specificatamente su quanto stabilito nel 1973 nella decisione *Roe* ovvero che un feto (soprattutto nella fase precedente alla *viability*) non potesse considerarsi un essere umano. La Corte, tuttavia, non accolse le contestazioni della difesa fondandosi espressamente sul precedente *Roe* ed evidenziando come tale giurisprudenza, finalizzata a garantire i diritti di autodeterminazione della donna, rendesse legittima (entro determinati limiti) la scelta abortiva di una madre ed illegittima la privazione della vita ad un *Unborn Child* da parte di chiunque altro<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Cfr. a questo proposito N.C. STANSTAD, *Pregnant Women and the Fourteenth Amendment: A Feminist Examination of the Trend to Eliminate Women's Rights during Pregnancy*, in *Law & Inequality*, 26, 1, 2008, 171 ss.

<sup>74</sup> 450 N.W.2d 318 (Minn. 1990). La decisione è rinvenibile all'url <http://www.jus.unitn.it/users/casonato/biodiritto/slides/StatevMerrill.pdf>.

<sup>75</sup> «*Roe v. Wade protects the woman's right of choice; it does not protect, much less confer on an assailant, a third-party unilateral right to destroy the fetus*», *State v. Merrill*, 450 N.W.2d 318 (Minn. 1990), 3. A conclusioni simili approda la Corte suprema dell'Illinois nella decisione *People v. Ford*, 1 581 N.E.2d 1189 (Ill. 1991).

## 5. La scissione dell'identità fetale dall'identità materna nel diritto federale: L'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004

In ambito statale, dunque, si osserva un'impostazione iniziale caratterizzata dall'idea per cui vi è uno stretto legame fra feto e madre (fino alla completa sovrapposizione identitaria dei due soggetti) per poi approdare a ricostruzioni maggiormente articolate fino a prospettazioni in base alle quali il feto acquisisce, da un certo momento, autonomia identitaria.

Allo stesso modo è possibile tracciare una simile evoluzione in ambito federale ove i primi anni duemila rappresentano il momento storico a partire dal quale si inizia a concepire l'identità fetale come in qualche modo scissa dall'identità materna.

È nel 2004, infatti, che il Congresso adotta un atto normativo, fortemente voluto dalla Presidenza Bush, che ripropone a livello federale un approccio simile a quello che si rinviene nelle esperienze statali riferite e che sottolinea una visione del feto nel grembo materno non quale vita "potenziale" (secondo l'impianto di *Roe*) quanto piuttosto come esistenza concreta. L'*Unborn Victims of Violence Act* del 2004 introduce la sezione 1841 del 18 *US Code* (*Protection of Unborn Child*) e 919a del 10 *US Code* (*Death or injury of an unborn child*) ponendo una responsabilità penale in capo a chi, commettendo determinati reati (quelli previsti nel relativo codice), produce come effetto la morte o reca danno ad un feto ancora nel corpo materno. Entrambe le previsioni prevedono un'eccezione esplicita con riguardo alle pratiche abortive (effettuate su richiesta della madre nei limiti della legge) e tuttavia è evidente che l'approvazione di tali disposizioni, hanno contribuito fortemente ad alimentare la radicalizzazione del dibattito fra gli strenui difensori del diritto all'aborto e coloro i quali, sostenendo la necessità di tutelare i diritti dei nascituri, si opponevano con altrettanta forza a tale approccio federale "strabico".

Già l'anno precedente all'adozione dell'*Unborn Victims of Violence Act* il Congresso federale aveva proceduto ad adottare un altro atto normativo con il quale, anche in questo caso ricalcando una tipologia di legislazione adottata inizialmente a livello statale, sanzionava una particolare modalità di procedura abortiva (il *partial-birth abortion*<sup>76</sup>) giudicandola eccessivamente efferata nei confronti del feto.

La questione, come già accennato, si era proposta inizialmente a livello statale: la Corte suprema si pronuncia sul tema per la prima volta nel 2000, nel caso *Stenberg v. Carhart*<sup>77</sup> riguardante una normativa dello Stato del Nebraska che vietava ogni tipologia di *partial birth abortion* (a meno che essa non fosse necessaria per salvare la vita della gestante). In tale circostanza la Corte aveva dichiarato illegittima la disciplina statale innanzi tutto in quanto in essa non era prevista una clausola che consentisse la pratica abortiva in relazione alla tutela della salute della donna (e non solo a garanzia della

<sup>76</sup> La pratica dell'aborto con parto parziale è una procedura abortiva che può esplicarsi secondo due distinte modalità ovvero la procedura c.d. di dilatazione ed evacuazione (D&E) e la procedura di dilatazione ed estrazione (D&X). La distinzione principale tra le due procedure risiede nel fatto che nella la procedura D&E si verifica un parto con feto già morto e smembrato mentre nella procedura D&X viene estratto un feto (che decede in utero nel corso dell'operazione) in condizioni fisico strutturali relativamente intatte. La distinzione è descritta nel dettaglio della decisione *Stenberg v. Carhart*.

<sup>77</sup> *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

vita della stessa) ed in secondo luogo perché il divieto generalizzato della detta pratica risultava troppo ampio ed in definitiva vago ed indeterminato<sup>78</sup>.

Negli anni successivi il legislatore federale discute più volte delle normative volte ad introdurre divieti simili (scontrandosi con il veto presidenziale di Bill Clinton) ed approda all'approvazione di una tale proibizione nel 2003 (durante il mandato del Presidente Bush). Il *Partial Abortion Ban Act* del 2003 sancisce il divieto di aborto con parto parziale nella sola modalità di "dilatazione ed estrazione" (D&E) mentre, con riguardo al tema delle eccezioni specifiche a tutela della salute della gestante si limita a prevedere un'eccezione al divieto nell'esclusivo caso in cui la tecnica sia indispensabile per salvare la vita della donna sulla base della considerazione per la quale esistono «prove documentali sufficienti» dalle quali emergerebbe che «un *partial birth abortion* non è mai necessario per preservare la salute donna»<sup>79</sup>. La normativa, impugnata dinanzi alla Corte suprema attraverso un "*facial challenge*"<sup>80</sup> viene giudicata legittima costituzionalmente nella decisione *Gonzales v. Carhart*<sup>81</sup>.

La pronuncia *Gonzales*, che si pone come atto conclusivo di un dibattito, vivo negli Stati Uniti dalla fine degli anni novanta, sull'opportunità di vietare alcune tecniche abortive caratterizzate da una particolare efferatezza apre certamente al tema del divieto di una modalità medica di interruzione della gravidanza giustificato da «*ethical and moral concerns*»<sup>82</sup>. La questione era stata al centro della campagna presidenziale di George W. Bush ed aveva trovato ampio terreno anche nei dibattiti dei Parlamenti di numerosi Stati i quali, in quegli anni, avevano approvato leggi dal contenuto pressoché analogo a quello della legge federale impugnata. La normativa, adottata sulla base della *Commerce clause*<sup>83</sup>, non viene dichiarata illegittima in quanto più specifica nei suoi intenti inibitori rispetto alla disciplina del Nebraska sanzionata nel precedente caso *Stenberg*. Nondimeno, ciò che colpisce nella decisione è che in questa occasione, forse per la prima volta in assoluto, la Corte abbandona il suo tradizionale stile "distaccato" nei confronti del feto sottolineando che esso, a prescindere dal momento

<sup>78</sup> La giurisprudenza della Corte suprema è difatti molto chiara con riguardo al principio per il quale una normativa, per essere legittima, non può essere vaga e imprecisa nella definizione di ciò che è permesso o vietato in quanto deve consentire al cittadino di comprenderne il significato per poter assumere di conseguenza comportamenti adeguati (e non deve consentire a coloro che sono preposti all'applicazione della normativa un margine discrezionale troppo ampio). Cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108-09 (1972) in cui la Corte afferma «*[v]ague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. Vague laws may trap the innocent by not providing fair warnings. Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory applications*» Id. At 108-109. Cfr. altresì *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983) e *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999). Si veda altresì *Reno v. American Civil Liberties Union Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

<sup>79</sup> Pag. 13 *Opinion of the Court*.

<sup>80</sup> Sull'uso del *facial challenge* in tema di aborto cfr. R. PILON, *Facial v. As-Applied Challenges: Does It Matter?*, in *Cato Supreme Court Review 2008-2009*, Washington, Cato Institute, VII-XVII.

<sup>81</sup> *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). Sulla decisione cfr. il commento di A. SPERTI *La Corte suprema statunitense e il tema dell'aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso "Roe v. Wade"?* in *Il Foro italiano*, 130, 7-8, 2007, 395-396, 403-404.

<sup>82</sup> *Ibidem*, 398.

<sup>83</sup> Sulla legittimità del titolo competenziale la Corte, tuttavia, non si pronuncia.

della vitalità, è “un organismo vivente nel grembo materno”<sup>84</sup> e che il divieto di alcune tecniche abortive particolarmente crudeli oltre che porsi a tutela della “dignità della vita umana”<sup>85</sup> sono una forma di garanzia nei confronti delle donne che decidono di abortire le quali, se si rendessero conto delle modalità attraverso le quali si giunge a tale obiettivo, probabilmente rinunciavano all’interruzione della gravidanza<sup>86</sup>. Se si considera che redattore della decisione è il giudice Kennedy, il quale è stato fra i giudici di maggioranza per decisioni a salvaguardia del diritto all’interruzione della gravidanza<sup>87</sup>, tale stile argomentativo, contestato come paternalistico dai giudici dissenzienti (in particolare nell’infuocata opinione dissenziente del giudice Ginsburg) evidenzia come il tema dell’aborto (ed il connesso tema della vita fetale e delle conseguenze del suo riconoscimento giuridico), in quanto dotato di numerose sfumature, sia tale da produrre delle significative spaccature nelle valutazioni e nelle argomentazioni dei giudici a seconda della prospettiva dalla quale gli stessi lo valutano. La decisione *Gonzales* in questo senso è emblematica del fatto che, nell’ambito del più ampio tema dei *reproductive rights*, la questione è considerata delicata (e fonte di non pochi dubbi) dagli stessi sostenitori del pensiero libertario<sup>88</sup> (di cui il giudice Kennedy è senz’altro un significativo esponente)<sup>89</sup>. È evidente come la decisione *Gonzales* sia estremamente significativa nell’evoluzione della giurisprudenza federale su tali tematiche in quanto inaugura, nel discorso argomentativo della suprema Corte federale, quel filone di pensiero per il quale nelle scelte di bilanciamento in tema di aborto e diritti riproduttivi il feto va considerata un’individualità dotata di diritti e dignità. Tale approccio forse ancora *soft*, nei primi anni duemila, ha alimentato indiscutibilmente le speranze dei sostenitori delle politiche *pro-life* e si è posta alla base di successive proposte normative volte a riconoscere dignità umana al feto quali, ad esempio, le leggi con cui alcuni Stati hanno imposto la sepoltura o la cremazione dei feti abortiti (piuttosto che il loro smaltimento fra i rifiuti speciali)<sup>90</sup>.

Quest’ultimo tema si è proposto alla Corte suprema poco prima del caso *Dobbs* nella decisione *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*<sup>91</sup> In tale vicenda giurisprudenziale la Corte si è pro-

<sup>84</sup> *Gonzales v. Carhart, Syllabus*: «*by common understanding and scientific terminology, a fetus is a living organism while within the womb, whether or not it is viable outside the womb*».

<sup>85</sup> *Gonzales v. Carhart*, 26 e 27 dell’*Opinion of the Court*: «*The Act proscribes a method of abortion in which a fetus is killed just inches before completion of the birth process [...]. The Act expresses respect for the dignity of human life*».

<sup>86</sup> La Corte, ad esempio, afferma che «*It is self-evident that a mother who comes to regret her choice to abort must struggle with grief more anguished and sorrow more profound when she learns, only after the event, what she once did not know: that she allowed a doctor to pierce the skull and vacuum the fast developing brain of her unborn child, a child assuming the human form*», p. 29 dell’*Opinion of the Court*.

<sup>87</sup> Il giudice Kennedy vota con la maggioranza in diverse occasioni fra i quali la stessa decisione *Casey* ed il caso già citato *Whole Woman’s Health*.

<sup>88</sup> Cfr. C. NAILY, J. SCHWEIKERT, *The Hard Problem of Abortion Rights*, in *cato.org* (June 24, 2022).

<sup>89</sup> Sullo stile argomentativo del giudice Kennedy si rinvia a R.E. BARNETT, *Justice Kennedy’s Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, in *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, Washington, Cato Institute, 2003, 21 ss. Per la dottrina italiana cfr. P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2020, 97 ss.

<sup>90</sup> Il destino dei feti abortiti è tema che anima anche il dibattito italiano. Sul punto si rinvia a A. IANNUZZI, *Il destino dei feti abortiti. Uno sguardo d’insieme su una questione complessa*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2021.

<sup>91</sup> *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, 587 U. S. \_\_\_\_ (2019).

nunciata (fra l'altro)<sup>92</sup> sulla questione della sepoltura dei feti ribaltando una precedente decisione della Corte del Settimo Circuito e stabilendo che la normativa impugnata non potesse essere considerata un *undue burden* che ostacolava le decisione autodeterminativa femminile di abortire. Ciò che è significativo dalla lettura delle due decisioni (tanto quella della Corte di Circuito quanto quella della Corte suprema), è che entrambe fanno riferimento esplicitamente al fatto che lo Stato dell'Indiana, nell'adottare una disposizione sulla sepoltura e la cremazione dei resti fetali, ritenesse di agire a tutela della dignità del feto in quanto "*unborn human being*" e dunque entità non paragonabile ad un qualunque "resto umano" (un tessuto o un organo) né a qualunque altro rifiuto medico speciale<sup>93</sup>.

## 6. Dall'autonomia al possibile antagonismo: diritti fetali v. diritti materni nella giurisprudenza statale e federale

Nell'esperienza statale è rinvenibile una particolare corrente giurisprudenziale che ha approfondito il tema della responsabilità materna nei confronti del nascituro secondo una direttrice concettuale per cui non solo la sussistenza di una soggettività identitaria del feto comporta la necessità di riconoscere l'emersione degli interessi ma, ancor più, è possibile che i diritti materni possano porsi in contrasto con gli interessi del nascituro situazione suscettibile di innescare conseguenze fattuali spesso di difficile soluzione giuridica.

Ci si riferisce, ad esempio, a tutte quelle circostanze in occasione delle quali sono stati adottati dei provvedimenti giurisdizionali finalizzati ad imporre o vietare determinati comportamenti (virtuosi o pericolosi) alle donne gravide nel perseguimento dell'interesse dell'*unborn child*<sup>94</sup>.

Fintanto che, nel contesto statunitense (prima del caso *Dobbs*), era garantito il diritto all'aborto entro la ventiquattresima settimana provvedimenti di tal genere, soprattutto se adottati in fase di *pre-viability*, si ponevano idealmente in contrasto con il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza.

<sup>92</sup> Il caso *Box* riguardava anche il divieto di aborto "eugenetico". Su tale tema cfr. M.S. PAULSEN, *Abortion as an Instrument of Eugenics*, cit.

<sup>93</sup> Nella decisione della Corte di circuito si legge ad esempio: «*The fetal disposition provisions essentially require abortion providers to dispose of aborted fetuses in the same manner as human remains, as required under Indiana law. According to the State, the provisions further the State's legitimate interest in "the humane and dignified disposal of human remains". Such a position inherently requires a recognition that aborted fetuses are human beings, distinct from other surgical byproducts, such as tissue or organs. Indeed, in its brief, Indiana maintained that it "validly exercised its police power by making a moral and scientific judgment that a fetus is a human being who should be given a dignified and respectful burial and cremation"*», *Planned Parenthood of Ind. & Ky., Inc. v. Comm'r of the Ind. State Dep't of Health*, 888 F.3d 300, 308 (7th Cir. 2018). Nella sentenza della Corte suprema questo passaggio viene ripreso ove la Corte afferma: «*The Seventh Circuit found Indiana's disposition law invalid even under this deferential test. It first held that Indiana's stated interest in "the 'humane and dignified disposal of human remains'" was "not [...] legitimate."* 888 F. 3d, at 309. It went on to hold that even if Indiana's stated interest were legitimate, "it [could not] identify a rational relationship" between that interest and "the law as written," because the law preserves a woman's right to dispose of fetal remains however she wishes and allows for simultaneous cremation. We now reverse that determination», *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, Per Curiam, 2.

<sup>94</sup> Cfr. *State v. McKnight*, 576 S.E.2d 168, 173-75 (S.C. 2003) (conferma di una condanna per omicidio e abuso su minore causato dall'uso di sostanze stupefacenti da parte della madre durante la gravidanza); *Shuai v. State*, 966 N.E.2d 619, 630-32 (Ind. Ct. App. 2012) (incriminazione per omicidio di una donna gravida che aveva tentato il suicidio).

za. Tuttavia il tema è stato esplicitamente affrontato da alcuni degli stessi giudici autori dei provvedimenti detti i quali hanno risolto l'obiezione attraverso un'operazione esegetica operando un *distinguishing*: particolarmente chiara risulta a tale proposito la decisione *In re Jamaica Hospital*<sup>95</sup>, caso che originava dalla circostanza per cui un ospedale aveva ottenuto un'ingiunzione giudiziaria che obbligava ad una trasfusione sanguigna una donna in attesa alla diciottesima settimana. La paziente, testimone di Geova, rifiutava la trasfusione per motivi religiosi. La Corte suprema di New York autorizzò l'obbligo alla pratica medica anche se il feto non era ancora nella fase di *viability* sostenendo che anche se, in quella fase gestazionale, la donna poteva scegliere di abortire, nel caso in cui sceglieva di portare avanti la gravidanza doveva garantire «*a legal right to begin life with a sound mind and body*»<sup>96</sup>.

Significativi, fra i casi che hanno visto l'imposizione di pratiche mediche alle donne gravide nell'interesse del feto risultano essere quelli di imposizione del taglio cesareo<sup>97</sup>: in *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Auth.*<sup>98</sup>, la Corte suprema della Georgia ha imposto il taglio cesareo ad una donna gravida che soffriva di placenta previa. Altrettanto è avvenuto nel caso *In re Madyun Fetus*<sup>99</sup>; Un caso emblematico della delicatezza del tema è certamente la "saga" *In re A.C.*<sup>100</sup>. Il caso originava dalle tragiche circostanze vissute da una gestante affetta da leucemia nei confronti della quale un ospedale aveva ottenuto (dal Tribunale di primo grado) un ordine ad eseguire un taglio cesareo d'urgenza mentre la paziente era in stato di sostanziale incoscienza. Alla decisione del tribunale si erano opposti i familiari della donna (la quale, quando era cosciente, aveva inizialmente accettato il taglio cesareo ma, in un secondo momento, aveva ritirato il consenso). La Corte di appello per il distretto della Columbia, in una prima decisione, assunta da un collegio ristretto di tre giudici, avallò l'ordine emesso dal Tribunale di primo grado. La pratica medica, tuttavia, non solo non consentì di salvare il nascituro ma aggravò anche le condizioni di salute della donna che morì due giorni dopo l'intervento. La Corte, in quella prima decisione, aveva confermato il provvedimento assunto dal Tribunale di primo grado osservando che le gravi condizioni di salute della madre non potevano che peggiorare, a prescindere dal taglio cesareo, mentre il feto, attraverso l'effettuazione della pratica chirurgica, aveva maggiori aspettative di sopravvivenza<sup>101</sup>. La vicenda, tuttavia, proseguì dopo la mor-

<sup>95</sup> *In re Jamaica Hospital*, 128 Misc. 2d 1006, 491 N.Y.S.2d 898 (1985).

<sup>96</sup> *Evans v. Olson*, 550 P.2d 924, 927 (Okla. 1976); *Womack v. Buchhorn*, 384 Mich. 718, 725, 187 N.W.2d 218, 222 (1971); *Smith v. Brennan*, 31 N.J. 353, 364-65, 157 A.2d 497, 503 (1960).

<sup>97</sup> Criticamente su tali casi cfr. Sul punto R.M. TRINDEL, *Fetal Interests vs. Maternal Rights: Is The State Going Too Far?*, in *Akron Law Review*, 24, 3, 1991, 743 ss. e E.P. DAVENPORT, *Court Ordered Cesarean Sections: Why Courts Should Not Be Allowed to Use a Balancing Test*, in *Duke Journal Gender Law & Policy*, 18, 2010, 79 ss. Cfr. inoltre M. PHILLIPS, *Maternal rights v. fetal rights: court-ordered caesareans*, in *Missouri Law Review*, 56, 2, 1991, 411-426.

<sup>98</sup> *Jefferson v. Griffin Spalding Co. Hosp. Auth.*, 247 Ga. 86, 274 S.E.2d 457 (1981). In tale circostanza il taglio cesareo era nell'interesse congiunto di madre e nascituro e tuttavia la Corte nella decisione sottolinea il peso che i diritti di quest'ultimo assumevano in ordine alla necessità di imporre la via chirurgica al parto.

<sup>99</sup> *In re Madyun Fetus*, 189-86 (D.C. Super. Ct. July 26, 1986).

<sup>100</sup> *In re A.C.*, 533 A.2d 611 (D.C. App. 1987) cui è seguita tre anni dopo la decisione di riforma *In re A.C.*, 573 A.2d 1235 (D.C. 1990).

<sup>101</sup> «*The Caesarean section would not significantly affect A.C.'s condition because she had, at best, two days left of sedated life; the complications arising from the surgery would not significantly alter that prognosis. The child, on the other hand, had a chance of surviving delivery, despite the possibility that it would be born handicapped.*

te della donna e il caso venne discusso nuovamente *en banc* dalla Corte d'appello della *District of Columbia* approdando a conclusioni opposte a quelle assunte tre anni prima<sup>102</sup>. Difatti, in questa seconda decisione la Corte ritenne che le pratiche mediche invasive richiedono sempre il consenso di chi deve esservi sottoposto e che, anche qualora si dovesse considerare lo stato di una gravida una condizione particolare a causa della presenza del nascituro (cosa di cui il tribunale dubita ma che sceglie sapientemente di non valutare<sup>103</sup>), «i tribunali non obbligano una persona a consentire un'intrusione significativa sulla sua integrità fisica a beneficio della salute di un'altra persona<sup>104</sup>[...]. La *common law* si è costantemente attenuta ad una regola che prevede che un essere umano non è obbligato legalmente a prestare aiuto o ad agire per salvare un altro essere umano o per soccorrerlo»<sup>105</sup>.

---

*Accordingly, we concluded that the trial judge did not err in subordinating A.C.'s right against bodily intrusion to the interests of the unborn child and the state, and hence we denied the motion for stay». In re A.C., 533 A.2d 611, 617 (D.C. 1987). Anche in questa decisione la Corte afferma la piena differenza fra il diritto materno all'aborto ed il dovere, qualora una donna decida di portare avanti una gravidanza, di adottare tutti i comportamenti necessari al benessere del nascituro «as a matter of law, the right of a woman to an abortion is different and distinct from her obligations to the fetus once she has decided not to timely terminate her pregnancy». In re A.C., 533 A.2d 611, 614 (D.C. 1987). Sul punto cfr. D. MATHIEU, *Respecting Liberty and Preventing Harm: Limits of State Intervention on Prenatal Choice*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 8, 1985, 19 ss.*

<sup>102</sup> *In re A.C.*, 573 A.2d 1235 (D.C. 1990). È particolarmente significativo che il collegio decidente nella decisione del 1990, nel ribaltare la decisione assunta dal collegio ristretto nel 1987, abbia voluto porre in evidenza quanto il caso da decidere fosse complesso quasi a giustificare l'errore compiuto tre anni prima che pure la decisione del momento stava ad evidenziare. All'inizio della parte motiva infatti la Corte afferma: «Sottolineiamo inoltre che la nostra decisione odierna è il risultato di una considerevole riflessione e che abbiamo goduto di due lussi non disponibili per il tribunale [che ha assunto la decisione del 1987]: ampio tempo per decidere il caso, e ampie memorie e argomentazioni orali delle parti e di diversi amici. Il giudice del processo non aveva tale vantaggio. È stato chiamato durante la peggiore delle emergenze, con poco tempo per riflettere, per prendere una decisione che nelle migliori circostanze è straordinariamente difficile. Sebbene concludiamo che la sua decisione deve essere accantonata, tuttavia lo lodiamo per il modo scrupoloso e coscienzioso con cui ha svolto il compito prima di lui», *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, 1238 n.2 (D.C. 1990).

<sup>103</sup> «Detto questo, non andiamo oltre. Non abbiamo bisogno di decidere se, o in quali circostanze, gli interessi dello stato possono mai prevalere sugli interessi di una paziente incinta. Sottolineiamo, tuttavia, che sarebbe davvero un caso straordinario in cui un tribunale potrebbe mai essere giustificato a ignorare i desideri del paziente e ad autorizzare un intervento chirurgico importante come un taglio cesareo. In tutto questo parere abbiamo sottolineato che i desideri del paziente, una volta accertati, devono essere seguiti in "praticamente tutti i casi", ante a 1249, a meno che non vi siano "motivi davvero straordinari o impellenti per annullarli", ante a 1247. In effetti, alcuni potrebbero dubitare che possa mai esserci una situazione straordinaria o sufficientemente avvincente da giustificare un'intrusione massiccia nel corpo di una persona, come un taglio cesareo, contro la volontà di quella persona. Se una tale situazione possa un giorno presentarsi è una domanda a cui non dobbiamo sforzarci di rispondere qui. Non vediamo la necessità di raggiungere e decidere una questione che non è stata presentata nel registro prima di noi; questo caso è già abbastanza difficile così com'è. Pensiamo che sia sufficiente per ora tracciare la rotta per casi futuri simili a questo ed esprimere la speranza che non ci venga presentato un caso nel prossimo futuro che ci richiede di navigare fuori mappa verso l'ignoto», *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, 1251-52 (D.C. 1990).

<sup>104</sup> *La Corte richiama i casi Bonner v. Moran*, 75 USApp.DC 156, 157, 126 F.2d 121, 122 (1941) (è richiesto il consenso dei genitori per l'innesto cutaneo di un quindicenne a beneficio del cugino che era stato gravemente ustionato); *McFall v. Shimp*, 10 Pa. DC3d 90 (Contea di Allegheny Ct. 1978). In *McFall* la corte ha rifiutato di ordinare a Shimp di donare il midollo osseo necessario per salvare la vita di suo cugino.

<sup>105</sup> *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, 1243-44 (D.C. 1990). Significativamente poi la Corte aggiunge anche che «non importa quale possa essere la qualità della vita di un paziente; il diritto all'integrità del corpo non si estingue sem-

Altro caso sorto e deciso nella dimensione statale considerato emblematico su tali temi e orientato a favore di una maggiore deferenza nei confronti dei diritti materni rispetto a quelli del nascituro è la decisione *Illinois v. Mother Doe (In re Baby Boy Doe)*<sup>106</sup>. In tale vicenda la Corte suprema dell'Illinois ha negato che, in caso di rilevato contrasto fra interessi materni e del nascituro, sia necessario ricorrere ad un'opera di bilanciamento fra diritti materni e diritti fetali ed ha concluso, conseguentemente, che la scelta di una donna di rifiutare un trattamento medico tanto invasivo quale è, ad esempio, un taglio cesareo deve essere rispettata, anche in circostanze in cui la scelta può essere dannosa per il feto<sup>107</sup>.

Nella riferita vicenda giurisprudenziale la Corte ha basato la propria decisione sul richiamo ad un importante precedente statale *Stallman v. Youngquist*<sup>108</sup>, che rappresenta, in effetti, il *trait d'union* fra la giurisprudenza che riconosce i diritti del feto che abbia subito delle lesioni prenatali (autonomamente rispetto al danno materno) e la giurisprudenza che ipotizza la possibilità che tale autonomia fetale rispetto alla madre possa sfociare in un possibile rapporto dicotomico (in termini di godimento dei propri diritti) fra gestante e nascituro.

Nel caso *Stallman* la ricorrente era una donna che lamentava di aver subito lesioni prenatali a causa di un incidente automobilistico in cui era stata coinvolta sua madre quando era in attesa (al quinto mese di gravidanza). Tuttavia, la particolarità del caso era rappresentata dal fatto che la ricorrente citava per danni la stessa madre ritenendola responsabile dell'incidente.

Nella parte motivazionale di questa decisione, la Corte suprema dell'Illinois ricostruisce l'evoluzione giurisprudenziale che concerne il possibile riconoscimento dei diritti fetali a partire dalla teoria dell'indissolubilità del rapporto fra madre e feto passando per quella giurisprudenza che riconosce un «diritto legale di iniziare la vita con una mente e un corpo sani»<sup>109</sup>, rilevando come tale ultima tendenza interpretativa abbia condotto alla giurisprudenza in base alla quale è riconosciuto un diritto di ricorso giurisdizionale nei confronti di terzi per danni occorsi in fase prenatale. La Corte, peraltro, sottolinea chiaramente che tale approdo «è servito ad evidenziare che non è solo la donna incinta che può essere danneggiata dall'atto illecito di un terzo ma anche il feto, le cui ferite si manifestano alla nascita»<sup>110</sup>. La Corte dell'Illinois, tuttavia, considerata la possibilità che allo stesso modo venga riconosciuta una responsabilità materna nei confronti del diritto del feto a nascere sano nega tale ipotesi in quanto condurrebbe ad alterare il modo in cui la società percepisce le donne e le loro capacità riproduttive<sup>111</sup> e finirebbe per trasformare madre e nascituro in potenziali avversari legali dal momen-

---

plicemente perché qualcuno è malato, o addirittura in punto di morte», *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, 1247 (D.C. 1990).

<sup>106</sup> *Illinois v. Mother Doe (In re Baby Boy Doe)*, 260 Ill. App. 3d 392, (Ill. App. Ct. 1994).

<sup>107</sup> *Illinois v. Mother Doe (In re Baby Boy Doe)*, 260 Ill. App. 3d 392, (Ill. App. Ct. 1994) spec. N. 1-93-43.

<sup>108</sup> *Stallman v. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (Ill. 1988).

<sup>109</sup> Vedi *Evans v. Olson* (Okla. 1976), 550 P.2d 924, 927; *Womack v. Buchhorn* (1971), 384 Mich. 718, 725, 187 NW2d 218, 222; *Smith v. Brennan* (1960), 31 NJ 353, 364-65, 157 A.2d 497, 503.

<sup>110</sup> «*The articulation of this right to recover against third-person tortfeasors has served to emphasize that it is not just the pregnant woman alone who may be harmed by the tortious act of another but also the fetus, whose injuries become apparent at its birth*», *Stallman* at 275.

<sup>111</sup> «*It is clear that the recognition of a legal right to begin life with a sound mind and body on the part of a fetus which is assertable after birth against its mother would have serious ramifications for all women and their families, and for the way in which society views women and women's reproductive abilities*», *Stallman* at 275.

to del concepimento fino alla nascita<sup>112</sup>. Pur non richiamando esplicitamente il caso *Merrill* la Corte opera un *distinguishing* che sembra riproporre le ragioni argomentative: effettuando una valutazione costi benefici della scelta giurisprudenziale e differenziando fra la responsabilità di un terzo (per danni causati ad un feto) e la responsabilità materna la Corte evidenzia, difatti, come la prima ipotesi risponda all'esigenza di garantire gli interessi materni e del feto senza ingerire nella libertà autodeterminativa di nessuno mentre nell'ipotesi di riconoscimento della responsabilità materna, verrebbe compressa in modo eccessivo la libertà della gestante di autodeterminarsi e di godere della propria libertà<sup>113</sup>.

La Corte suprema dell'Illinois, infine, avanza delle riflessioni concernenti il fatto che, qualora si dovesse riconoscere una tale responsabilità materna, sarebbe necessario – tenendo conto delle innumerevoli differenze di condizione (fisica, sociale ed economica) in relazione alla quali le donne portano avanti una gestazione – definire uno *standard* sulla base del quale valutare tale responsabilità<sup>114</sup> concludendo che una tale definizione debba essere fatta dal legislatore e non dalle Corti<sup>115</sup>. Pur se gran parte della decisione sembra porsi criticamente nei confronti della possibilità di normative rischiosamente paternalistiche nei confronti delle gestanti, tali ultime valutazioni conducono a ritenere che la Corte non consideri del tutto illegittimo, di per sé, porre i diritti della gestante e i diritti fetali in rapporto reciprocamente dicotomico e apre (seppur timidamente) alla possibilità che una scelta del genere, e la sua normazione, possa essere appannaggio delle scelte democratiche maggioritarie proprie del legislatore.

In ambito federale la giurisprudenza concernente la possibile dicotomia fra diritti materni e diritti fetali può essere tratteggiata riferendosi ad un precedente del 1986: *Thornburgh v. American College*

<sup>112</sup> «A legal right of a fetus to begin life with a sound mind and body assertable against a mother would make a pregnant woman the guarantor of the mind and body of her child at birth. A legal duty to guarantee the mental and physical health of another has never before been recognized in law. Any action which negatively impacted on fetal development would be a breach of the pregnant woman's duty to her developing fetus. Mother and child would be legal adversaries from the moment of conception until birth», Stallman at 276.

<sup>113</sup> «Holding a third person liable for prenatal injuries furthers the interests of both the mother and the subsequently born child and does not interfere with the defendant's right to control his or her own life. Holding a mother liable for the unintentional infliction of prenatal injuries subjects to State scrutiny all the decisions a woman must make in attempting to carry a pregnancy to term, and infringes on her right to privacy and bodily autonomy», Stallman at 278.

<sup>114</sup> «If a legally cognizable duty on the part of mothers were recognized, then a judicially defined standard of conduct would have to be met. It must be asked, By what judicially defined standard would a mother have her every act or omission while pregnant subjected to State scrutiny? By what objective standard could a jury be guided in determining whether a pregnant woman did all that was necessary in order not to breach a legal duty to not interfere with her fetus' separate and independent right to be born whole? In what way would prejudicial and stereotypical beliefs about the reproductive abilities of women be kept from interfering with a jury's determination of whether a particular woman was negligent at any point during her pregnancy?», Stallman at 277-278.

<sup>115</sup> «There are far-reaching issues of public policy inherent in the question whether to recognize a cause of action in tort for maternal prenatal negligence. Judicial scrutiny into the day-to-day lives of pregnant women would involve an unprecedented intrusion into the privacy and \*280 autonomy of the citizens of this State. This court holds that if a legally cognizable duty on the part of pregnant women to their developing fetuses is to be recognized, the decision must come from the legislature only after thorough investigation, study and debate», Stallman at 279-280.

of *Obstetricians Gynecologists*. In quella vicenda giurisprudenziale la Corte ebbe a pronunciarsi su di uno *Statute* della Pennsylvania in base al quale negli aborti eseguiti in fase di *post viability*, consentiti dalla legge statale solo quando fossero necessari per salvare la vita o la salute della donna, il medico era tenuto ad utilizzare la tecnica medica che massimizasse le speranze di nascita del feto. La Suprema Corte, ritenne incostituzionale la norma impugnata, in quanto di fatto imponeva un “compromesso” tra la salute della donna e la sopravvivenza del feto, sottolineando che la salute della gestante dovesse essere considerata di fondamentale importanza e non negoziabile<sup>116</sup>; Tale decisione, tuttavia, nel suo stile argomentativo risulta strettamente collegata all’impostazione del rapporto fra madre e feto definita in *Roe v Wade* e dunque non è del tutto da escludersi che possa essere rivista alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale innescata dal caso *Dobbs*.

## 7. Diritti fetali e autodeterminazione femminile fra teorie riduzioniste e personaliste del concetto di individualità umana

La giurisprudenza *Dobbs* ha certamente rivitalizzato il tema del riconoscimento del concepito come “vita nascente”<sup>117</sup> cui riconoscere dignità giuridica in quanto essere umano (a prescindere dal riconoscimento in capo ad esso della capacità giuridica e, dunque, dall’evento nascita).

Tale dibattito, tuttavia, come si risulta evidente dall’analisi proposta, era già oggetto di attenzione dottrinale e giurisprudenziale oramai da molti anni nell’esperienza statunitense<sup>118</sup> e, del resto, ha costituito da sempre il “convitato di pietra” nella disputa ideologica fra sostenitori delle politiche *pro-choice* o *pro-life* in tema di aborto<sup>119</sup>.

La dimensione statale, come spesso accade, si è proposta come un fattivo laboratorio di analisi e, a ragione di ciò, ha in parte anticipato alcuni *trend* normativi e giurisprudenziali che si sono successivamente proposti nella dimensione federale.

In ambito statale, dunque, non sembra in discussione la possibilità che venga riconosciuta una qualche forma di identità umana prenatale al nascituro (a prescindere dalla sua capacità di sopravvivere al di fuori dell’utero materno), titolare di diritti oltre che soggettività in relazione alla quale si innescano dei doveri nel comportamento altrui. Diversamente si pone la questione con riguardo al possibile rapporto dicotomico che può attivarsi fra diritti fetali e diritti materni. Difatti, l’ipotesi che i diritti fetali possano, qualora in contrasto con i diritti materni, costituire l’elemento sulla base del quale è possibile considerare la gravidanza una condizione fisica che temporaneamente affievolisce alcuni diritti della stessa gestante non sembra, allo stato attuale, essere accolta in quanto una tale impostazione condurrebbe, secondo la giurisprudenza statale, ad un’alterazione profonda del modo in cui è

<sup>116</sup> In *Thornburgh v. American College of Obstetricians Gynecologists*, 476 US 747 (1986) at 769. Le affermazioni avanzate nella decisione *Thornburgh* si collegano, nella giurisprudenza federale, a quanto già affermato in precedenza nella decisione *Colautti v. Franklin* decisione che tuttavia era già stata in parte dichiarata superata con il disposto sancito in *Casey*. Sul punto v. nota 46.

<sup>117</sup> Su cui, con riguardo al diritto italiano ed europeo, cfr. G. BISCONTINI, L. RUGGERI (a cura di), *La tutela della vita nascente*, Università degli Studi di Camerino, Lezioni, 2003.

<sup>118</sup> Cfr. H.M. WHITE, *Unborn Child: Can You Be Protected?*, in *University of Richmond Law Review*, 22, 1988, 285 ss.

<sup>119</sup> Cfr. L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovè*, cit.; per la dottrina statunitense cfr. S. JACOBS, *The future of Roe v. Wade: do abortion rights end when human’s life begins?*, in *Tennessee Law Review*, 87, 4, 2020, 769-868.

concepita la figura femminile nella società<sup>120</sup> e, soprattutto, la funzione materna (quale incubatore umano che soggiace alle esigenze del concepito)<sup>121</sup>.

Il recente diniego da parte della Corte suprema di affrontare esplicitamente il tema della capacità di *standing* di un nascituro segnala la delicatezza del momento che l'esperienza statunitense vive su questi temi innescata dall'apparato argomentativo di *Dobbs*.

Il percorso statunitense propone, pur con le dovute differenze, dispute concettuali rinvenibili anche nel dibattito dottrinale italiano con riguardo alla concezione dell'individualità umana, ove ad una interpretazione riduzionista (in base alla quale è possibile operare una distinzione concettuale e dunque giuridica fra persona ed essere umano) si è contrapposta un'interpretazione personalista in relazione a cui si postula una sostanziale identità fra persona, essere umano e vita umana<sup>122</sup>.

Anche nell'ordinamento italiano, peraltro, la giurisprudenza, pur spingendosi a riconoscere un'autonomia alla dignità giuridica del nascituro, titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, e quelli alla salute o integrità psico-fisica, all'onore o alla reputazione, all'identità personale<sup>123</sup> è rimasta ancorata all'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale in relazione alla quale pur riconoscendosi, con riguardo al concepito, un fondamento costituzionale per la sua tutela (ancorato all'art. 31 secondo comma della Costituzione e più in generale all'art. 2 Cost., che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», fra i quali, «non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito») si approdava con sicurezza alla considerazione in base alla quale, nel raffronto fra le posizioni del feto e della madre «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»<sup>124</sup>.

È noto tuttavia come anche nel contesto italiano il dibattito sui diritti del concepito<sup>125</sup> sia più che acceso e lungi dal trovare ancora una solida soluzione compromissoria probabilmente anche a causa del fatto che tali tematiche sono soggette, nella loro valutazione, all'evoluzione scientifica e tecnologica che ne modifica i presupposti<sup>126</sup>.

<sup>120</sup> Cfr. *Stallman* at 275. Cfr. sul punto S. VON ENDE, *Sequela: Casey, Gonzales, and State Legislature's Unscrupulous Use of Science in Crafting Legislation to Regulate Pregnant Women and Women's Access to Reproductive Health Care*, in *Indiana Journal of Law and Social Equality*, 4, 1, 2016, 21 ss.

<sup>121</sup> Cfr. A. GVOZDEN, *Fetal protection laws and the "personhood" problem: toward relational theory of fetal life and reproductive responsibility*, cit.

<sup>122</sup> Cfr. L. PALAZZANI, *Persona ed essere umano in Bioetica e Biodiritto*, in *Idee*, 34-35, 1997, reperibile all'Url <http://siba-ese.unisalento.it/index.php/idee/article/viewFile/3112/2560>.

<sup>123</sup> Corte di Cassazione, Sentenza n. 10741/2009.

<sup>124</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 27/1975.

<sup>125</sup> Cfr. sul tema M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (22 gennaio 2015). Si rinvia inoltre alla bibliografia indicata in nota 10.

<sup>126</sup> Sul tema cfr. S. PENASA, *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano»*, cit.