



UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

IL CORPO GIUSTO.

**L'ABORTO, UN DIALOGO TRA CORTI COSTITUZIONALI E
LEGISLATORI.**

Il Candidato
Doriana Vecchio

Il Relatore
Prof. Roberto Romboli

A.A. 2014/2015

Alla mia famiglia che non ha mai smesso di credere in me.

*A Quinto che mi è sempre stato accanto,
nei momenti migliori e in quelli peggiori,*

A Giovanna, amica sincera.

A chi non c'è più,

A chi c'è stato anche quando nulla era dovuto.

Indice

<i>Introduzione</i>	VI
---------------------------	----

CAPITOLO I

L'ABORTO IN ITALIA. UN CASO APERTO

1. Breve introduzione storica.....	1
1.1 "Siamo tutte clandestine".....	7
2. Il discorso giuridico sull'aborto.....	10
2.1 La Corte Costituzionale apre la strada per l'approvazione di una legge che regoli l'interruzione volontaria della gravidanza.....	10
2.1.2 L'importanza di una pronuncia.....	19
3. Dalle piazze al Parlamento. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.....	21
3.1 Habemus Legem. La legge n. 194 del 22 Maggio 1978.....	22
3.2 La maternità. "Un affare di Stato".....	24
3.2.1 Tutela della vita umana fin dal suo inizio.....	31
3.3 "E se poi te ne penti?". Il ruolo dei consultori.....	35
4. I modelli di depenalizzazione. La regolamentazione Italiana.....	38
4.1 La sorte giuridica del concepito.....	47

5. Alea iacta est (forse!).....	49
6. L'aborto dopo il primo trimestre. Una finestra sull'eugenetica.....	54
6.1 Il danno da nascita indesiderata.....	57
6.2 Il feto <i>viable</i>	62
7. Le strutture autorizzate: tra il sacro ed il profano.....	64
7.1 Tutela della salute e progresso scientifico. L'aborto farmacologico: RU846.....	65
8. Interruzione di gravidanza in donna minore di anni 18 o in maggiorenne interdetta per infermità di mente.....	69
8.1 Aborto in donna interdetta.....	79
9. Le ipotesi delittive residuali.....	80
10. Brevi considerazioni riassuntive.....	83
11. Aldilà del compromesso: due referendum che escludono gli "estremismi".....	86
12. Fatta la legge, trovato l'inganno. L'obiezione di coscienza.....	101
12.1 Obiezione e obbligo di continuità del servizio.....	103
13. Quale futuro per il "diritto all'aborto"?.....	110
13.1 Il caso Lazio.....	115
14. Considerazioni conclusive.....	120

CAPITOLO II
L'ABORTO IN SPAGNA: UN “*DERECHO LEGAL*”

1. Breve introduzione storica.....	122
1.2 Cenni sul sistema di giustizia costituzionale spagnolo.....	128
2. <i>Anteproyecto de "ley de aborto", l'art. 417 bis del código penal e la pronuncia del Tribunal Constitucional.....</i>	132
2.1 Diritto alla vita e protezione costituzionale del nasciturus.....	134
2.1.2 La dignità della persona.....	140
3. Diritti in gioco: la relazione getante-feto. Analisi dell'aborto terapeutico.....	147
4. Interruzione volontaria di gravidanza frutto di violenza sessuale.....	149
5. Aborto e eugenetica.....	151
6. Per tutelare i diritti fondamentali è davvero necessaria ed inevitabile una persecuzione (o tutela) penale?.....	153
7. Una scelta personalissima.....	157
8. La decisione.....	159
9. Una sentenza ad effetto boomerang.....	163
10. La riposta del Legislatore dell'85.....	166

10.1	Quando la norma c'è ma non funziona.....	171
11.	La vigente <i>Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del Embarazo</i> , L.O. 2/2010.....	175
11.1	Nuove prospettive di tutela.....	178
11.2	Le novità più significative.....	181
11.2.1.	L'autonomia del paziente.....	183
12.	Diritto all'uguaglianza ed educazione al rispetto della diversità.....	184
13.	Diritti a confronto: aborto e obiezione di coscienza.....	187
14.	L'antecedente Portoghese.....	189
15.	Osservazioni conclusive.....	193
16.	C'è chi dice "no". Gallardón bis.....	194
16.1	Le modifiche proposte.....	196
16.2	Voci fuori dal coro.....	198
17.	Pericolo scampato! "o forse no...".....	199

CAPITOLO III
COSI' VICINI, COSI' LONTANI

1. Spagna e Italia a confronto.....	206
1.1 Stesso punto di partenza, distinto punto di arrivo.....	208
1.2 Un ottimo esempio.....	210
2. L'italia torna alle mammane (del web).....	214
3. Depenalizzare sì, ma a quale costo?.....	218
4. Ce lo chiede l'Europa.....	220
4.1 La decisione di merito del Comitato Europeo dei Diritti Sociali.....	222
4.2 «L'Italia viola i diritti delle donne».....	226
<i>Conclusioni</i>	230
<i>Bibliografia</i>	236

INTRODUZIONE

Nel corso della storia l'interruzione volontaria di gravidanza è passata dall'essere una scelta esclusivamente rimessa alla donna ad una pratica perseguita penalmente, fino a giungere - grazie anche all'intervento dei Giudici Costituzionali- a ricevere un riconoscimento legislativo, così come avvenne in Italia con la legge n. 194/1978 tuttora vigente. E' a partire dalla seconda metà del Novecento che in quasi tutta Europa, e non solo, si inizia a regolare l'aborto, o depenalizzando alcune ipotesi o liberalizzandolo totalmente durante il primo trimestre di gravidanza. Finita la dittatura di Francisco Franco anche la Spagna si dota, anche essa a seguito di una pronuncia del *Tribunal Constitucional*, di una legge regolativa dell'*interrupción voluntaria del embarazo*, la L.O. 9/1985, oggi sostituita dalla L.O. 2/2010. La presente tesi ha come obiettivo quello di cogliere l'atteggiamento che nei due Paesi ebbero i rispettivi giudici costituzionali e il modo in cui il legislatore si attenne alle pronunce di questi; sarà altresì mio scopo confrontare le vigenti

discipline nei due ordinamenti si da coglierne le affinità e le differenze, per comprendere meglio le cause del fallimento della legge n.194/1978, oggi largamente disapplicata a causa dell'elevato numero di medici che ricorrono all'obiezione di coscienza e prospettare, anche grazie all'approfondimento delle soluzioni adottate da ordinamenti a noi vicini, una possibile soluzione al problema alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia.

IL CORPO GIUSTO.

L'ABORTO, UN DIALOGO TRA CORTI COSTITUZIONALI E LEGISLATORI.

"Nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo, ma ognuno può ricercare la propria felicità per la via che a lui sembra buona, perchè non rechi pregiudizio alla libertà degli altri di tendere ad uno scopo simile, la quale può coesistere con la libertà di ogni altro secondo una possibile legge universale"

I.Kant

CAPITOLO I

L'ABORTO IN ITALIA. UN CASO APERTO.

1. Breve introduzione storica.

L'interruzione volontaria della gravidanza (IVG) non è un problema dei tempi moderni, di aborto si è sempre parlato e discusso, sin dai tempi dei Greci e dei Romani. All'epoca, l'idea di base era quella che il feto fosse una parte del corpo materno e che esso acquisisse l'anima solo al momento della nascita; l'aborto non fu considerato reato fino al periodo classico, quando vennero introdotte due sanzioni penali al riguardo: l'esilio temporaneo¹ con parziale confisca dei beni per la donna e/o i lavori forzati per chi avesse somministrato infusi o esercitato pratiche abortive. Durante tutto il medioevo la Chiesa influenzò notevolmente il tema della nascita e dell'aborto. Sant'Agostino condannava ogni forma di IVG ma esitava a considerare come omicidio quello ai danni di un feto inanimato: “non è omicida chi

1. Paolo Ferretti, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Giuffrè (collana Univ. Trieste- Fac. Giuridica), 2008.

procura l'aborto prima dell'effusione dell'anima", mentre per San Tommaso Dio introduce l'anima solo quando il feto acquista, gradatamente, prima anima vegetativa e poi anima sensitiva². Per tutto il Seicento e fino alla metà del Settecento, la gravidanza veniva considerata un momentaneo mutamento nel corpo femminile, era un evento che riguardava un solo soggetto, la donna³. Le tecniche abortive più diffuse fino alla seconda metà '800 erano le irrigazioni e i massaggi dell'addome, pratica di cui rimarrà memoria concreta fino ad anni recenti, considerata la più efficace tra le tecniche, tanto che ancora oggi presso alcune tribù Africane la tecnica del massaggio è utilizzata sistematicamente e con successo dalle levatrici indigene⁴. Tra i metodi chimici il più utilizzato fu l'apiolo (olio di prezzemolo), la sostanza più conosciuta a livello popolare per le notevoli capacità afrodisiache e abortive.

2. Solo a quel punto, in un corpo già formato, viene creata l'anima razionale ("Summa", I, 90). L'embrione ha solo l'anima sensitiva ("Summa", I, 76, 2 e I, 118, 2). Nella "Summa contra gentiles" (II, 89) si ripete che vi è un ordine, una gradazione nella generazione, «a causa delle forme intermedie di cui viene dotato il feto dall'inizio sino alla sua forma finale».

3. «Se sotto il profilo sociale e giuridico contava la patrilinearità, dal punto di vista più intimo del rapporto con i bambini le donne venivano lasciate per così dire "decidere da sole". Fino a tutto il Seicento, la gravidanza e il parto erano "affari da donne"». Federica Schiavon, *Mamma, che fatica!? Come vivere la maternità senza troppe complicazioni*. Il segno dei Gabrielli editori, Negarine di San Piero in Cariano (Verona), 2005.

4. Gianluca Gatta, *Aborto. Una storia dimenticata*, ed. Pragma, 1997.

A queste condizioni, anche in epoche in cui non vi era la persecuzione penale dell'aborto procurato, questo rappresentava uno tra i principali responsabili della morte di centinaia di migliaia di donne. E' quindi da sempre che esistono le gravidanze indesiderate e la primordiale esigenza delle donne all'autodeterminazione e alla possibilità di disporre del proprio corpo, a maggior ragione per le scelte che andranno a cambiare in maniera irreversibile la propria vita. Con l'introduzione di sanzioni penali volte a scongiurare le interruzioni volontarie di gravidanze indesiderate, fa ingresso la notoria problematica dei c.d. "aborti clandestini", delle inquantificabili morti di donne costrette a ricorrere a metodi poco sicuri per la salute e altamente rischiosi per la vita; da qui l'esigenza di regolare il fenomeno, inquadrandolo in vario modo in una cornice normativa capace di tutelare, primo fra tutti, il diritto alla salute. E' a partire dagli anni settanta che nel mondo si inizia a dare un quadro legislativo e costituzionale alla vicenda abortiva, nonostante già negli anni '30 vi siano primi tentativi di regolamentazione: è il caso della "*Ley de Aborto de la*

*generalitat Republicana"- Catalunya*⁵, del 1937, una legge che venne definita la "ley más avanzada de Europa".

Regolata da codici penali obsoleti in molti Paesi, quella di avere un figlio o non averlo è una scelta che durante la seconda metà del Novecento migliaia di donne, senza distinzione né di censo né di classe, in gran parte d'Europa e del mondo, sono ancora costrette a compiere in clandestinità⁶. Se la modernità è già dalla metà degli anni cinquanta tangibile ovunque e in ogni settore della vita pubblica e privata di molte persone, essa non coincide però ancora con la vita quotidiana delle donne.

Uno dei possibili inizi del percorso di radicale cambiamento che investe la condizione femminile può essere posto in coincidenza con l'emersione – a livello internazionale - del tema del corpo femminile "diverso", che porta con sé, in maniera consequenziale, un nuovo significato della maternità, molto lontano da quello di funzione di riproduzione a servizio della società attribuitole fino a quel momento⁷. E' l'inizio della

5. Testo completo, tradotto in castellano, all'indirizzo: <http://www.aperte.es/monograficos/ley-aborto-republica-1937.php>.

6. Biancamaria Frabotta, *Femminismo e lotta di classe in Italia*, (1970-1973), Roma, Savelli, 1973, p.60.

7. Così Lorenza Perini in *"Il corpo della cittadina. La costruzione del discorso pubblico sulla legge n. 194/1978 in Italia negli anni settanta"*. Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, 2011.

costruzione di quel corpo di donna che ancora manca nella descrizione di una società. La battaglia per l'interruzione volontaria della gravidanza – in tutte le forme in cui poi si articolerà - diventa uno degli elementi fondativi dell'azione femminista e dell'identità delle donne come cittadine. Anche l'Italia si trova protagonista di questa "rivoluzione copernicana". L'uscita dell'aborto dal sottobosco della clandestinità - e dal chiuso delle aule di tribunale che giudicano le donne secondo il Codice penale del 1930- verso la piazza, verso la società e l'assemblea dei cittadini che è il Parlamento, fa del corpo che riproduce un tema profondamente politico, l'unico capace di porre le persone in carne e ossa -cittadini e cittadine- per la prima volta veramente al centro della *pòlis*. Con la questione aborto siamo di fronte ad una delle chiavi interpretative principali delle lotte e delle conquiste del decennio, non solo rispetto alle modificazioni sociali e culturali che implica nei rapporti tra i sessi, ma anche rispetto agli equilibri esterni e interni dei partiti che, almeno dal 1975 in poi, si trovano obbligati a portare avanti un discorso sul tema "corpo sessuato" di cui non hanno né

linguaggio né concetti, di cui non conoscono i termini descrittivi né hanno la percezione reale delle sue implicazioni⁸, ma che devono necessariamente affrontare.

In un breve saggio dal titolo *Anni settanta*, Giovanni Moro sostiene come questi tempi vadano "ricordati soprattutto come il momento in cui un'autonoma soggettività politica dei cittadini ha preso piede", come il momento in cui il conflitto di cittadinanza si è manifestato e ha avuto il suo centro proprio in questa rivendicazione e pratica di autonomia dei cittadini nella sfera pubblica⁹. Rivendicazione che riguarda in modo peculiare le cittadine e che implica l'inizio di un discorso "diverso" sulle (e delle) donne in generale e sul loro corpo in particolare, diverso non solo rispetto ad un'individuazione biologica di quella diversità, ma rispetto ad una costruzione culturale che lo riguarda. E' l'inizio di un discorso sull'essere madri e sulla possibilità di scegliere di non esserlo che le donne pongono decisamente come problema politico di cui discutere, come sfida al sistema patriarcale. Nell'Italia di quegli anni la norma che

8. Giambattista Scirè, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, Milano, Bruno Mondadori Editore, 2008; A. Bellassai, *La legge del desiderio: il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, Roma, Carocci, 2006.

9. G. Moro, *Anni settanta*, Torino, Einaudi, 2007.

rende clandestino l'aborto fa da paravento ad una realtà che non ha né censo né classe, di cui tutti segretamente sanno, ma che non viene riconosciuta come problema. E invece il problema esiste: l'aborto è un'industria dalle solide fondamenta piantate sul corpo di milioni di donne. In questo contesto, l'utilizzo della fonte orale, la nascita dei movimenti e di gruppi organizzati si pone con effetto decisamente innovativo: la voce delle donne mette improvvisamente in luce una quotidianità fatta di umiliazioni, di pratiche di una medicina popolare dai tratti stregoneschi¹⁰, di una geografia della clandestinità che si popola di luoghi improvvisati e malsani.

1.1 "Siamo tutte clandestine".

Il primo tentativo di richiamare l'attenzione sul problema dell'aborto clandestino è da accreditare a "Noi Donne", settimanale dell'Unione Donne Italiane, che nel 1961 pubblicò un'inchiesta, intitolata "*I figli che non nascono*", portando alla luce per la prima volta le miserie, le sofferenze e i rischi

10. Elvira Banotti, *La sfida femminile*, cit., p.106-107.

dell'aborto clandestino¹¹.

A partire dal 1973 ebbero grande risonanza alcuni processi a carico di giovani donne che finirono per rappresentare casi umani ai quali il paese guardò con simpatia. Nel 1974 il Procuratore della Repubblica di Torino incriminò 263 donne per "procurato aborto": l'inchiesta si era aperta a causa del decesso di una ragazza ricoverata in ospedale per le complicanze dovute ad un aborto clandestino. Il ginecologo che aveva praticato l'intervento interruttivo teneva ben ordinate le cartelle cliniche delle sue pazienti, cosa che permise al magistrato di incriminarle tutte. E' in questa occasione che iniziarono a muoversi i Radicali, in particolare il Movimento di Liberazione della Donna fondato nel 1971 e il CISA (Centro Informazioni Sterilizzazioni e Aborto) fondato da Adele Faccio nel 1973¹². Quasi tutti i gruppi

11. M. Pastorino, *I figli che non nascono. Un'inchiesta coraggiosa sul dramma segreto delle donne italiane. Prima parte*, "Noi donne", XVI, 6, 9 febbraio 1961, p.14-19. "Un milione di aborti vengono procurati nel nostro Paese. Su di essi si stende il velo della vergogna del segreto, della speculazione. E' ora di squarciare questo velo complice di tante tragedie, in un' appassionata difesa di una maternità più serena e più cosciente", scrive nell'introduzione Milla Pastorino. L'inchiesta riporta le storie atroci di donne morte di aborto procurato con erbe tossiche, ingestione di acqua e sapone, veleni vari, uccise da praticone e anche da medici inesperti e fornisce statistiche del rapporto nati/non nati in varie città d'Italia, da Palermo a Bergamo. Pastorino riporta inoltre i risultati di un sondaggio Doxa secondo cui su 100 persone intervistate, più di 70 giudicavano la pratica dell'aborto clandestino come conosciuta e molto diffusa.

12. <http://www.unosguardoalfemminile.it/wordpress/donne-e-societa/adele-faccio-femminista-e-militante-per-laborto>.

femminili intervennero organizzando manifestazioni e campagne di stampa, affrontando sia il problema del controllo delle nascite che quello della legalizzazione dell'aborto. Grande contributo a queste campagne fu offerto dall'AIED (Associazione Italiana Educazione Demografica) e dal suo presidente Luigi De Marchi¹³. Nello stesso periodo divennero molto attivi i movimenti femministi, organizzatori i centri *self-help* nei quali le gravidanze venivano interrotte con il metodo Karman¹⁴.

A partire dal Gennaio del 1975 il settimanale "L'Espresso", insieme a "la Lega del 13 Maggio" (data della vittoria del referendum che era stato inutilmente promosso dai cattolici contro il divorzio), aveva intrapreso una campagna per promuovere un nuovo referendum volto ad abrogare gli articoli del codice penale che vietavano l'IVG, in primis l'art 533.

13. Nel gennaio del 1975 la polizia arrestò Gianfranco Spadaccia, segretario del Partito Radicale, Adele Faccio e il dottor Conciani, ginecologo fiorentino che praticava aborti in una clinica di Firenze.

14. "Il metodo Karman consiste nell'aspirazione del feto. Si introduce nella cavità uterina una canula che viene ruotata nel suo asse e contemporaneamente si eseguono dei movimenti continui di và e vieni, in senso longitudinale parallelamente alla parete uterina", così in Enciclopedia medica Italiana, USES edizioni scientifiche Firenze; All'epoca dei fatti, però, l'aspirazione avveniva in condizioni ad alto rischio per le donne e con strumenti di fortuna, quali le pompe per gonfiare le ruote delle biciclette.

2. Il discorso giuridico sull'aborto.

Oltre alle parole e ai ragionamenti che, seppur con molta difficoltà e lentezza, contribuirono al formarsi di una nuova coscienza civile sui saperi del corpo riproduttivo delle donne, ciò che nel decennio settanta si pone come questione rilevante è il "discorso giuridico" sull'aborto. I processi che si celebrano per il reato di aborto clandestino in diversi paesi e che vedono schierarsi, a fianco di sfortunate imputate, centinaia di donne famose e meno famose che si autoaccusano pubblicamente al grido di "abbiamo abortito tutte!", pongono un problema molto serio al legislatore: la legge trasgredita in questo modo, platealmente, da una massa consistente di persone può dirsi ancora una "legge giusta"¹⁵?

2.1 La Corte Costituzionale apre la strada per l'approvazione di una legge che regoli l'interruzione volontaria della gravidanza.

Il delitto di aborto procurato - originariamente compreso nel codice penale del 1889, il c.d. "Codice Zanardelli", tra i delitti

15. Per approfondire L. Perini in *"Il corpo della cittadina.."*.

contro la persona¹⁶- fu incluso nel titolo X del codice penale Rocco del 1930, che lo stesso Rocco scelse di intitolare “dei delitti contro l’integrità e la sanità della stirpe”¹⁷.

La scelta di inserire il delitto di aborto nel suddetto titolo X palesava l’obiettivo di riconoscere l’interesse primario alla tutela della maternità¹⁸ e all’incremento demografico della nazione, risultando evidente come in tal maniera la tutela era più rivolta al nascituro che alla gestante, posto che nulla si prevedeva riguardo al diritto alla vita e alla salute della donna, trattata alla stregua di un mero mezzo per la crescita demografica. Ed è proprio riguardo alla scarsa tutela riservata alla donna che si hanno la prime prese di posizione della Corte Costituzionale, la quale con la Sentenza n. 49/1971 dichiara l’incostituzionalità

16. Da notare come il codice Zanardelli faceva una distinzione tra l’ipotesi di aborto procurato dalla gestante (punito dall’art. 381 c.p., il quale prevedeva una detenzione da uno a quattro anni) e l’aborto procurato da terzi con il consenso della gestante (punito dall’art. 382 c.p., che prevedeva una detenzione da due anni e mezzo a cinque anni). E’ evidente come il primo caso, aborto procurato dalla stessa gestante, sia punito meno severamente.

17. Occorre osservare come il titolo X posto tra il precedente titolo denominato “delitti contro la persona” e il titolo XI dei “delitti contro la famiglia”.

18. Il codice Rocco prevedeva, infatti, una serie di norme (dall’art. 545 all’art. 550), ove erano indicate le fattispecie penali in tema di aborto per le quali era prevista una pena che variava da caso a caso: si distingueva, infatti, il caso in cui la donna fosse stata consenziente alla pratica abortiva, il caso in cui la donna non era consenziente, il caso in cui la donna si procurasse autonomamente l’aborto, l’istigazione all’aborto e perfino le aggravanti (nel caso di lesione della salute o morte della donna) e le attenuanti (qualora il delitto fosse stato compiuto per salvare l’onore proprio o quello di un prossimo congiunto).

dell'art. 533 del codice penale¹⁹, in materia di contraccezione.

In questo periodo storico la giurisprudenza manifestò quindi una presa di coscienza della grave lesione al diritto alla vita e alla salute della donna, che si perpetrava attraverso la normativa penale di specie. I giudici si erano spesso serviti – al fine di evitare la sanzione penale prevista per aver interrotto la gravidanza- della scriminante dello «stato di necessità» (art. 54 c.p.) in base alla quale si ammetteva, come causa di giustificazione per il ricorso alle pratiche abortive, l'eventualità che si riscontrasse un pericolo di danno grave, attuale e inevitabile per la salute e la vita della donna, riuscendo così a smorzare la severità del sistema normativo del codice Rocco, costituito dalla previsione di pene severissime, un quadro normativo che più che arginare il ricorso al fenomeno interruttivo, rappresentò motivo scatenante il ricorso alla clandestinità²⁰. Fondamentale momento nel processo di

19. Art. 533. Incitamento a pratiche contro la procreazione. "Chiunque pubblicamente incita a pratiche contro la procreazione o fa propaganda a favore di esse è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire quattrocentomila. Tali pene si applicano congiuntamente se il fatto è commesso a scopo di lucro".

20. Lo stesso problema si registra oggi in tutte quelle realtà che non permettono il ricorso all'interruzione della gravidanza, come denuncia l'Organizzazione Mondiale della Sanità, «*Whether abortion is legally restricted or not, the likelihood that a woman will have an abortion for an unintended pregnancy is about the same.*

regolamentazione della disciplina sull'aborto in Italia, è dato dalla Sentenza n. 27 del 1975, la quale rappresenta la prima vera risposta alle pronunce della giurisprudenza di merito, che avevano già evidenziato l'eccessiva gravosità delle pene previste dal codice Rocco.

Con tale sentenza la Corte dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 546 c.p.²¹, con riferimento agli artt. 31, secondo comma, e 32, primo comma Cost., nella parte in cui puniva chiunque cagionasse l'aborto di donna consenziente, anche in caso di accertamento della pericolosità della gravidanza per il *benessere fisico e l'equilibrio psichico della gestante*, qualora non ricorressero gli estremi dello stato di necessità, previsto all'art.

54 c.p.

Legal restrictions on abortion do not result in fewer abortions, nor do they result in significant increases in birth rates (4,5). However, a lack of legal access to abortion services is likely to increase the number of women seeking illegal and unsafe abortions, leading to increased morbidity and mortality (6–9). Legal restrictions lead many women to seek services from unskilled providers or under unhygienic conditions, exposing them to a significant risk of death or disability», Safe abortion: Technical & policy guidance for health systems, 2012.

21. Così recitava l'art.546.

Aborto di donna consenziente.

Chiunque cagiona l'aborto di una donna, col consenso di lei, e' punito con la reclusione da due a cinque anni.

La stessa pena si applica alla donna che ha consentito all'aborto.

Si applica la disposizione dell'articolo precedente:

1. se la donna e' minore degli anni quattordici, o, comunque, non ha capacita' d'intendere o di volere;
2. se il consenso e' estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero e' carpito con inganno.

Il Giudice di legittimità, quindi, facendo riferimento allo “stato di necessità”, che sussiste solamente nel caso in cui vi sia un pericolo di *danno grave, attuale ed inevitabile*, stabilì che tale causa giustificativa dovesse essere estesa oltre i limiti previsti dalla norma stessa, al fine di “*salvaguardare la salute della madre, dal danno o dal pericolo grave, anche se non attuale ed immediato*”, specificando come la condizione della donna gestante non può trovare adeguata tutela nella disciplina generale dettata dall’art. 54 c.p., sulla considerazione che il pericolo che può portare il protrarsi di una gravidanza, per quanto prevedibile, non è sempre immediato. La decisione è stata spesso criticata ed additata di eccessiva genericità, nella misura in cui parlando di “*benessere fisico e equilibrio psichico*”, utilizza termini considerati di portata talmente ampia da poter giustificare con superficialità il ricorso all’aborto, potendovi rientrare le più disparate situazioni in cui, *sic et simpliciter*, la donna scelga di non portare a termine la gravidanza, e questo anche a causa dell’oggettiva difficoltà di verificare l’esistenza di condizioni giustificative dell’aborto attraverso l’accertamento medico. "Si

poteva giungere, in concreto, a una vera e propria fattispecie di legalizzazione dell'interruzione della gravidanza per fini terapeutici", così F. Perchinunno²². Risulta evidente come l'aborto sia stato da sempre e da più parti considerato quale esclusivamente connesso al diritto alla salute, piuttosto che espressione di autodeterminazione della donna o come l'altra faccia della maternità cosciente e responsabile. In ogni caso è bene ricordare come la stessa Organizzazione Mondiale della Sanità sottolinea che «*Since all countries that are members of WHO accept its constitutional description of health as "a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity"*»²³, per cui oggi la "tanto scandalosa" affermazione del Giudice delle Leggi non dovrebbe più destar stupore o dubbi.

La Corte ebbe altresì occasione di precisare che essendo la scriminante dell'art 54 c.p., "lo stato di necessità", fondata sul presupposto dell'equivalenza tra bene offeso da chi commette il delitto e bene che la previsione delittiva vuole tutelare, mal si

22. Francesco Perchinunno, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, cit., p. 22 e ss.

23. Così l'Organizzazione Mondiale della Sanità in *Safe abortion: Technical & policy guidance for health systems*, 2012

presta all'applicazione nell'ambito di specie posto che «*non esiste equivalenza tra diritto alla vita e alla salute di chi è già persona, la madre²⁴, e la salvaguardia dell'embrione²⁵ che persona deve ancora diventare*»²⁶. Prospettò quindi una scala gerarchica – o di prevalenza- tra i *diritti* facenti capo alla donna e gli *interessi costituzionalmente protetti* facenti capo al nascituro; quest'ultimo – in quanto persona *in fieri*- risulta portatore di *interessi* "meno meritevoli di tutela" di quelli riservati a chi è già persona. Del resto, tutti i diritti costituzionali - siano essi esplicitamente riconosciuti o siano “nuovi diritti” - proprio perché racchiudono dei valori, nascono sempre intrinsecamente limitati e nella loro concreta applicazione richiedono la ponderazione con altri diritti configgenti. La Corte costituzionale non intese, in tal maniera, negare l'importanza al diritto alla vita e alla salute del nascituro,

24. Parlare di "madre" riferendosi alla gestante, risulta una presa di posizione di tipo paternalistico che identifica la donna alla madre, prima che madre lo diventi.

25. L'utilizzo del termine "embrione" può non essere casuale, posto che si considera tale il frutto del concepimento sino all'ottava settimana di gestazione, dopo la quale si suole parlare di "feto". Chiarito che "l'embrione" non è persona, nulla ci dice – specificatamente- riguardo al feto. Probabilmente, però, utilizzando nel corso della Sentenza il termine "concepito", come generico appellativo al frutto del concepimento, si può presupporre che anche quando parli di embrione faccia riferimento al più ampio concetto di "concepito", tant'è che poco dopo si riferisce allo stesso nominandolo "feto" (...*che l'intervento debba essere operato in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto*). E' evidente che qui la Corte pecchi di superficialità terminologica.

26. Corte Costituzionale, Sent. n. 27/1975.

anzi fu proprio questa l'occasione in cui si ebbe il “*riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela del concepito*”, la cui garanzia è sancita dagli artt. 2 (il quale riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo «*sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie*»), e 31, secondo comma, della Costituzione (il quale impone la tutela della maternità); quel che la Corte si preoccupa di sottolineare è che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione.« *Ed é proprio in questo il vizio di legittimità costituzionale, che, ad avviso della Corte, inficia l'attuale disciplina penale dell'aborto*»²⁷.

La parte più interessante della Sentenza, quella che darà l'impulso alla nascita della Legge 194/1978, "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza", la troviamo in chiusura, quando dichiara «...*che sia **obbligo** del legislatore predisporre le cautele necessarie per*

27. *Ibidem.*

impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla». Questa affermazione mette in luce tre evidenze: innanzitutto che il legislatore ha l'obbligo di provvedere alla regolamentazione dell'interruzione di gravidanza; in secondo luogo che occorre, nella prospettiva della Corte costituzionale, la provizione e dunque la sussistenza di presupposti clinici (*serii accertamenti sulla realtà e gravità...*) tali da giustificare il ricorso all'aborto, prospettato quindi come *extrema ratio*. Da ultimo, e non per ultimo, occorre notare come l'utilizzo dell'espressione "liceità" porti con sé delle considerazioni ultragiuridiche: "**Lécito** (ant. **licito**) agg. [lat. *licītus*, part. pass. di *licēre* «esser lecito»]. – Che è ammesso dalle leggi morali, che è conforme alle norme dell'onestà o della convenienza, al buon costume, alla dignità personale", così riportato dal Vocabolario Treccani.²⁸ L'utilizzo del termine svela quindi come l'aborto resti incorniciato

28. <http://www.treccani.it/vocabolario/lecito/>

nell'ambito dei giudizi morali, visto come "un affare di donne"²⁹
ma su cui la società è legittimata ad esprimere giudizi di valore.

2.1.2 L'importanza di una pronuncia.

La sentenza n. 27/1975, indipendentemente dalle critiche o dai giudizi favorevoli che ricevette, aveva introdotto dei principi talmente innovativi da far ritenere, da un lato, che la Corte si stesse ponendo in linea con una nuova esigenza sociale, che premeva per una “personale e libera scelta in materia di interruzione di gravidanza”- siamo a ridosso degli anni di "Roe vs Wade"³⁰- e dall'altro lato, che la stessa Corte avesse posto le basi per provvedere ad una regolamentazione legislativa dell'aborto, in armonia con i principi racchiusi nella Carta

29. Cfr. Susanna Mancini , *Un affare di donne. L'aborto tra libertà uguale e controllo sociale*, Cedam, Milano, 2012.

30. U.S. Supreme Court. "Roe vs Wade", 410 US 113 (1973). E' una delle sentenze più dibattute della storia legislativa americana, quella che introdusse il diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense. I giudici stabilirono che la maggior parte delle leggi sull'interruzione di gravidanza fino ad allora promulgate non rispettavano il diritto alla privacy, garantito dal quattordicesimo emendamento della Costituzione. Questa decisione ribaltò tutte le leggi statali e federali che proibivano o restringevano la possibilità non portare a termine la gravidanza. Si stabiliva pertanto che l'aborto fosse possibile a prescindere dalle motivazioni portate dalla madre e fino al punto in cui il feto è in grado di sopravvivere fuori dall'utero della donna (viable), anche se con l'ausilio di un supporto artificiale. Una soglia che si verifica intorno ai sette mesi. La Corte aggiunse che in caso di pericolo per la salute della donna l'aborto è legale in qualunque momento della gravidanza.

Fondamentale. Tale progetto, com'è noto, fu messo in atto successivamente con la legge n. 194 del 1978 che, riprendendo i principi sanciti dalla sentenza in questione, attuò un vero e proprio sistema di regole in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

Tra l'altro, la Sentenza venne subito presa in considerazione nel famoso "caso Seveso"; era il 1976 quando in questo paesino della Brianza esplose un reattore dell' ICMESA, una fabbrica chimica di proprietà della multinazionale svizzera Hoffman-La Roche, esplosione che portò alla liberazione di una consistente nube di diossina TCDD, sostanza tossica capace di provocare gravissime malformazioni fetali. I giornali accusarono le autorità di non informare le donne incinte del rischio che stavano correndo i nascituri e della possibilità quindi di ricorrere all'aborto terapeutico, considerato possibile in casi eccezionali e di emergenza. Non vi era ancora la legge 194, per cui, a giustificazione delle interruzioni di gravidanza delle gestanti coinvolte nella strage ambientale si utilizzò la suddetta Sentenza .

3. Dalle piazze al Parlamento. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

Già prima della Sentenza del '75, in seno al Parlamento si erano svolte diverse discussioni riguardo l'aborto. La prima proposta di legge risale infatti al 1973 a firma del parlamentare socialista Loris Fortuna; a questa seguirono le proposte dei socialdemocratici, dei comunisti, dei repubblicani, dei liberali e persino la Democrazia Cristiana elaborò un progetto che non prevedeva la depenalizzazione del reato, ma si limitava ad indicare alcune attenuanti, come il dubbio di malformazioni del feto, lo stupro, l'esistenza di condizioni economiche e sociali così disagiate da far considerare impossibile il mantenimento del figlio.

Nel 1977 il Parlamento costituì una Commissione ristretta e venne elaborato un progetto unificato che fu approvato dalla Commissione Giustizia della Camera e poi dalla Camera stessa, ma venne bocciato in Senato dove si votò a scrutinio segreto, un voto viziato dalla stramba alleanza tra democristiani e missini

(appartenenti del Movimento Sociale Italiano-Destra Nazionale) nel quale si contarono almeno sette franchi tiratori. Si trattò di un vero colpo di mano che ebbe fortissime risonanze nel Paese³¹. Ciononostante, l'anno successivo – il 22 Maggio 1978- la legge, con un testo molto simile alla precedente proposta, venne approvata ricevendo il "sì" decisivo proprio dal Senato con 160 voti favorevoli contro i 148 contrari.

3.1 Habemus Legem. La legge n. 194 del 22 Maggio 1978.

Vero prodomo della legge che andrà a regolare le interruzioni volontarie della gravidanza fu la legge 29 luglio 1975 n. 405 istitutiva dei consultori familiari, anticipatoria dei temi centrali della legge 194/1978: maternità cosciente e responsabile e diritto alla salute della gestante³².

La legge n. 194/1978 sin dal suo titolo ha sollevato dibattiti e

31. Carlo Flamigni, Corrado Melega "*RU846: non tutte le streghe sono state bruciate*", L'asino d'oro edizioni s.r.l. , 2010, Roma.

32. Legge 29 luglio 1975 n. 405, *Istituzione dei consultori familiari*, art.1 "Il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità ha come scopi: a) l'assistenza psicologica e sociale per la preparazione alla maternità ed alla paternità responsabile e per i problemi della coppia e della famiglia, anche in ordine alla problematica minorile; b) la somministrazione dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte dalla coppia e da singolo in ordine alla procreazione responsabile nel rispetto delle convinzioni etiche e dell'integrità fisica degli utenti; c) la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento; d) la divulgazione delle informazioni idonee a promuovere ovvero a prevenire la gravidanza consigliando i metodi ed i farmaci adatti a ciascun caso.[...]".

scontri interpretativi: "*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*". Sembrerebbe che la *ratio* della legge risieda nella rilevanza sociale che la maternità ha, quindi non diritto alla vita e alla salute della donna – come suggeritogli dalla Corte, nè il diritto all'autodeterminazione e alla libera scelta. Peraltro, il riconoscimento dei diritti sociali nella logica costituzionale dei diritti fondamentali impone ai poteri dello Stato di implementare un sistema di garanzie equivalente a quello apprestato ai tradizionali diritti di libertà, tanto dal punto di vista legislativo che amministrativo e giurisdizionale, al fine di consentirne l'effettività e concreta azionabilità. Al contempo, il carattere fondamentale del diritto dell'individuo enunciato nell'art. 32 della Costituzione trova svolgimento nella litote che connota il secondo comma, laddove la pretesa all'astensione dei terzi – siano essi soggetti pubblici o privati – da ogni condotta che possa ledere o incidere (anche in termini di beneficalità) sulla salute individuale si traduce nell'affermazione di un diritto di libertà sulla propria salute e sul proprio corpo³³.

33. Stefano Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo*

3.2 La maternità. "Un affare di Stato".

Recita l'art.1 della Legge n. 194: "*Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio. L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite...*" (il grassetto è mio).

Notiamo sin da subito come già nel primo articolo le questioni trattate siano molteplici e i dubbi da risolvere numerosi. Innanzitutto occorre chiarire cosa debba intendersi per "procreazione cosciente e responsabile".

Cosciente agg. [dal lat. *Consciens-entis*, part. pres. Di *conscire* «essere consapevole», comp. di *con-* e *scire* «sapere»]. – Che ha coscienza, che è consapevole dei propri pensieri, delle proprie azioni, delle proprie parole.³⁴

Responsabile (ant.*risponsabile*) agg. e s. m. e f. [der. del lat. *responsum*, supino di *respondere* «rispondere» (propr. «che può essere chiamato a rispondere di certi atti»)].

costituzionale. Franco Angeli (collana Studi di diritto pubblico), 2015.

34. <http://www.treccani.it/vocabolario/cosciente/>.

a. Che risponde delle proprie azioni e dei propri comportamenti, rendendone ragione e subendone le conseguenze.

2. agg. Che si comporta in modo riflessivo ed equilibrato, tenendo sempre consapevolmente presenti i pericoli e i danni che i propri atti o le proprie decisioni potrebbero comportare per sé e per altri, e cercando di evitare ogni comportamento dannoso (usato assol., senza determinazioni, e contrapp. A irresponsabile).³⁵

Dalle definizioni si evince che una procreazione è cosciente quando si è in grado di comprendere la portata delle proprie azioni, nel caso di specie la prosecuzione di una gravidanza con tutte le conseguenze che ne derivano; è responsabile quando la suddetta scelta sia stata ben ponderata, presa liberamente, nel pieno delle proprie convinzioni e si è pertanto suscettibili di essere chiamate a rispondere delle proprie azioni. Quindi se la maternità deve essere cosciente e responsabile, altrettanto cosciente e responsabile è la scelta di chi decide di interrompere la gravidanza, proprio in considerazione delle conseguenze che la nascita di un figlio comporta sul piano personale, sociale,

35. <http://www.treccani.it/vocabolario/responsabile/>.

economico e lavorativo. Mi tornano in mente le parole del Tribunal Constitucional de Portugal che nel suo Accordo N°75/2010 ribadisce come *"la decisione di interrompere la gravidanza, più che come un rifiuto dall'assunzione di responsabilità, deve essere vista come indice che la responsabilità che un figlio comporta è stata presa così tanto sul serio da mettere in conto di rinunciarvi"* (la traduzione è mia).

Non è mancato invero chi, in sede di commento alla norma in esame, ha ritenuto di poter ravvisare nella garanzia del diritto alla procreazione "cosciente" l'esplicito riconoscimento di un interesse di spessore costituzionale (coperto dall'art.2) «ad autodeterminarsi liberamente in ordine ad una generazione già intervenuta per rifiutarla»³⁶.

Cosa si intende per valore sociale della maternità? Il concetto si presta a più chiavi di lettura. Potrebbe stare a significare che la maternità, avendo valore sociale – suscitando, cioè, l'interesse della comunità – va non solo garantita, ma anche promossa.

Questo ha due implicazioni: se da un lato comporta la necessità

36. Galli, Italia, Realmonte, Spina, Traverso, *L'interruzione volontaria della gravidanza (commento alla legge 22 maggio 1978, n.194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, 1978.

che lo Stato impieghi i mezzi, finanziari e non, per permettere alle donne di portare a termine una gravidanza che desiderano, offrendo loro il supporto dovuto; dall'altro potrebbe mostrarsi come un'accanita presa di posizione *pro-life*, come un voler a tutti i costi far delle donne delle madri³⁷. Ora, ammesso che gli aiuti statali ci siano, è evidente come c'è una visione distorta del concetto di maternità. Prendiamo ad esempio l'ambito laburistico, lo Statuto dei Lavoratori - Legge 20 Maggio 1970, n°300- che "[...] tutela la lavoratrice madre nelle diverse fasi della gravidanza e dei primi anni di vita del bambino". Innanzitutto viene tutelata la salute della lavoratrice, vietando che la stessa venga adibita a lavori ritenuti pericolosi, dall'inizio della gravidanza e fino al settimo mese di età del figlio. La legge prevede poi la possibilità per la madre lavoratrice (o per

37. In questi senso Alessandra Bortolotti in *Il valore della maternità*, "Ogni donna, infatti, in ogni angolo della Terra, indipendentemente dallo stato sociale e dalla cultura a cui appartiene, è predeterminata ed ha il potere di creare, consegnare al mondo e nutrire una nuova vita. Maternità è vita. Vita in sé e per sé, oltre le barriere culturali, sociali, politiche, religiose ed economiche. Non c'è nessun altro aspetto così pregnante che fa parte di ogni donna già alla sua nascita e che la accompagna per tutta la vita...Il valore della maternità sta anche nell'utero e nel seno, spazi vitali, parte di ogni donna che possono accogliere una nuova vita dandogli nutrimento e calore prima e dopo la nascita. Che responsabilità hanno le mamme! E che potere... Hanno fatto credere alle donne che potessero evitare il dolore del parto come si evita un ostacolo per strada. Questo ha permesso che le madri pensassero di poter scegliere diversamente a ciò che la natura ha già scelto per loro, incuranti degli ormoni e delle conseguenze di tali pratiche.."

il padre, in casi specifici) di astenersi dall'attività lavorativa in determinati periodi della gravidanza e dei primi mesi di vita del figlio. E' evidente come l'attenzione sia tutta concentrata sul periodo di gestazione e sui primissimi mesi di vita del nascituro, come se si diventasse madri a tempo determinato, come se un figlio avesse bisogno di attenzioni solo nei primi mesi di vita; "Non hanno fatto leggi in Italia, che permettano alle madri, come ad esempio avviene in altri paesi europei, di crescere i loro bambini almeno per i primi tre anni. In fondo: cosa sono tre anni se considerati nell'arco di una vita intera? E guarda caso, la letteratura psicologica ci informa su come i primi anni di un bambino siano fondamentali per una sana crescita affettiva e relazionale", scrive la psicologa perinatale Alessandra Bortolotti³⁸. Quindi, se lo Stato ha interesse nella e della maternità, non si vede come mai, dopo un certo periodo di tempo smetta di assistere chi ha scelto di diventare madre. Gli asili pubblici non riescono a far fronte al numero dei richiedenti, le scuole si stanno privatizzando, il diritto allo studio subisce continui attacchi demolitori, le donne-madri non hanno

38. Alessandra Bortolotti, in *Il valore della maternità*.

prelazione alcuna sui posti di lavoro, ed anzi proprio in quanto madri subiscono da sempre discriminazioni. Dove finisce l'interesse Statale dopo i primi mesi di vita del bambino? Parrebbe pertanto che più che un interesse alla maternità, vi sia un interesse alla nascita e al popolamento, e che dietro l'espressione "tutela sociale della maternità" si insinui il germe del "dateli al mondo!" è dimostrato dal fatto che i sostenitori pro-life si appellano al suddetto concetto interpretandolo proprio come "diventare madri è dovere di tutte le donne".

Altra chiave di lettura, in armonia con la legge stessa, sarebbe quella di intendere come sottinteso l'aggettivo "responsabile" - tutela sociale della maternità (responsabile) - che aprirebbe la strada ad un'interpretazione più appropriata della disciplina in esame. Così considerato comporterebbe una grande assunzione di responsabilità da parte dei poteri pubblici che si troverebbero a garantire la libera scelta della donna, dovendole quindi assicurare con ogni mezzo sia la portata a termine della gravidanza desiderata che l'interruzione della stessa, senza lasciare spazio alcuno all'ostruzionismo, cui oggi ci troviamo di fronte,

esercitato dagli ospedali ed enti equiparati che pullulando di obiettori di coscienza si trovano in difficoltà nel garantire il diritto all' IVG che fa capo alle donne gravide.

Dato l'inscindibile legame che unisce la gestante al concepito, molti osservano come accanto al diritto della madre alla maternità si porrebbe un diritto del figlio ad avere una madre³⁹, vale a dire una donna che abbia scelto – scientemente e responsabilmente- di esserlo. Nel quadro di una costituzione improntata al principio personalistico (art.2 Cost.) - che situa ogni soggetto nel contesto delle sue relazioni- e orientata all'affermazione di un un principio anti-subordinazione uomo/donna⁴⁰, la tutela costituzionale della maternità (artt. 31 e 37 Cost.) si fonda sul riconoscimento del fatto che le donne hanno un corpo femminile che permette la procreazione ed impedisce la riduzione della donna a mero strumento della potenzialità di sviluppo di un embrione o a strumento di politiche

39. Di questa opinione Mario Zanchetti, *La legge sull'interruzione della gravidanza, Commentario sistematico alla legge 22.5.1978 n.194*, pag. 89, Padova, 1992.

40. Barbara Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di Brunelli-Pugiotto-Veronesi, Napoli, Jovene, 2009, pag 1141.

pubbliche (demografiche). Il corpo della donna non può essere separato dalla sua mente e dalla sua volontà e ridotto a corpo-strumento, negando l'essenza di persona della madre⁴¹.

3.2.1 Tutela della vita umana fin dal suo inizio.

Nell'art.1 si legge altresì: "..Tutela la vita umana dal suo inizio", ma quando ha inizio la vita umana? Dare una risposta univoca all'interrogativo risulta quasi impossibile, posto che anche scientificamente vi sono correnti diverse e contraddittorie. Se vi è un dato certo nella vicenda procreativa è la relazione concreta ed imprescindibile tra corpo della gestante e l'essere che in lei abita. La donna esiste, è corpo, è volontà e rappresentazione, il nascituro – come detto- non è qualificabile persona, nè è giuridicamente estraibile dal corpo della donna senza ricorrere ad astrazioni. Pertanto parlare di inizio vita, in qualsiasi modo ed in qualsiasi momento esso venga concepito, senza tener di conto la particolare relazione intercorrente tra gestante e nascituro sarebbe di per sè mera astrazione teorica.

41. Stefano Canestrari, Gilda Ferrando, Cosimo M. Mazzoni, Stefano Rodotà, Paolo Zatti (a cura di), *Il Governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè Editore, 2011.

«Senza relazione con il corpo pensante della madre non vi è possibilità di vita, biologica e simbolica». «È senza senso contrapporre la Vita (del feto) alla Libertà (della donna)», così si esprime M.L. Boccia⁴².

E' proprio dal punto di vista biologico che risulta non identificabile con certezza il momento in cui vada collocata la "scintilla" che dà vita ad un nuovo essere umano, e questo dato di fatto è stato già ampiamente riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza "internazionale"⁴³.

«Per alcuni, la scintilla non solo della vita, bensì addirittura della persona, scoccherebbe nel preciso e puntuale istante in cui i gameti maschile e femminile si incontrano. E' la nota posizione della Chiesa Cattolica.[...]. Molti scienziati mettono in evidenza come la fecondazione dell'ovulo non bruci in pochi istanti...gli spermatozoi impiegano ore prima di raggiungere l'ovulo, mentre tra la fecondazione e l'annidamento trascorrono alcuni giorni. La

42. Maria Luisa Boccia, *È alla donna che dobbiamo la vita*, Liberazione, 26 febbraio 2008

43. In questo senso la già citata sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Roe vs Wade*, in cui ritenne che, proprio in ragione dell'assoluta incertezza relativa al momento in cui inizierebbe la vita, si dovesse evitare di accogliere, in modo rigido, la tesi per cui essa avrebbe inizio con il concepimento. Anch'essa respinse l'idea che il feto fosse una "persona". Nello stesso senso si è poi espressa la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

fecondazione in sè costituirebbe l'esito di un processo che si protrae per almeno 24 ore. Solo a conclusione di questa fase verrà a prodursi l'ovulo fecondato, ossia lo zigote recante il nuovo DNA a 36 cromosomi, la vera carta di identità del nuovo "ente". Tuttavia- obiettano altri- non sarebbe corretto qualificare lo zigote quale un vero individuo, tanto più che da esso potrebbero scaturire uno o più embrioni, ma anche nessuno. Esso non avrebbe perciò ancora nulla di ciò che definiamo un'individualità (anche solo biologica), mentre la donna frequentemente espelle dal suo corpo questo ente senza neppure rendersi conto di quanto sia avvenuto nelle sue viscere. Anche nella tesi della "vita dal concepimento", dunque, esistono margini di convenzionalità e scelte da compiere. Per altri pensatori, l'inizio della vita individuale andrebbe invece collocato nella gastrulazione, un processo che ha luogo all'incirca alla terza settimana di gravidanza e in cui si produce la differenziazione delle cellule che daranno poi luogo ai tre tipi di tessuto corporeo del futuro soggetto. Altri ancora ritengono invece che- una volta stabilito che la morte sopraggiunge alla cessazione irreversibile

di tutte le funzioni cerebrali- non possa coerentemente dirsi "vivo" chi non possiede ancora nessun tessuto di tal fatta (materia): si avrà perciò vita quanto meno allorchè risulterà formata la c.d. Stria primitiva (ossia attorno al quattordicesimo giorno), oppure solo con le prime possibilità di porre in essere una minima attività celebrale, ossia attorno alla venisettesima settimana».⁴⁴

E' evidente come ciascuna di queste posizioni racchiuda in se un quantum veritativo, ma nessuna può dirsi più credibile delle altre e quindi prevalere. Ecco dimostrata la difficoltà di stabilire a priori il momento di inizio vita.

A parere dei primi commentatori, l'art 1, 1° co., riconoscerebbe un vero e proprio «diritto soggettivo alla determinazione del numero dei figli». Più di recente, altri, preferendo esprimersi in termini di «libertà di procreazione», ne individuano il referente normativo ora nella garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, ora nel principio di «non discriminazione», ex art..3 Cost., ovvero nella garanzia della libertà personale, ex art. 13 Cost., nonchè al

44. Paolo Veronesi, *Il Corpo e la Costituzione – concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007. Pag 106 e ss.

rispetto della propria vita privata, ex artt 14 e 15 Cost⁴⁵.

La difficoltà della scienza, emerse nell'enunclazione del quadro teorico, trovano corrispondenza nella ricerca di uno statuto giuridico del concepito, nell'alternativa tra "soggetto di diritti" e "oggetto di diritti"⁴⁶.

3.3 "E se poi te ne penti?". Il ruolo dei consultori.

Isituiti nel 1975, i consultori svolgono un ruolo non di poco conto all'interno della vicenda abortiva. E' l'art. 2 dell legge n. 194 a farne esplicito richiamo affermando che *"I consultori familiari [...] assistono la donna in stato di gravidanza: a) informandola sui diritti a lei spettanti...sui servizi sociali, sanitari e assistenziali concretamente offerti dalle strutture operanti nel territorio[...] d) contribuendo a far superare le cause che potrebbero indurre la donna all'interruzione della gravidanza..."* (il grassetto è mio). La legge impone in capo ai consultori plurimi e gravosi obblighi; le condotte di questi enti sono orientate alla conoscenza dei diritti riconosciuti alla donna

45. Sull'argomento si veda in particolare: Ferrando, *Libertà, responsabilità, e procreazione*, Padova, 1999.

46. Raffaele Tommasini in *Commentario del Codice civile- Leggi collegate*, p 399, 2010, UTET giuridica, a cura di Luigi Balestra.

dalla legislazione statale e regionale (nonchè delle modalità idonee ad ottenere il rispetto) e alla segnalazione dell'esistenza sul territorio di ogni servizio del quale la donna possa in concreto avvalersi.

La lettera delle legge, però, fa insinuare il dubbio che il contributo che i centri assistenziali debbano offrire al fine di *"superare le cause che potrebbero indurre la donna all'interruzione della gravidanza"* si concreti in tecniche dissuasive, volte a scongiurare l'aborto facendo leva su pressioni psicologiche di ogni tipo, tali da far "cambiare idea" alla gestante, considerando la stessa alla stregua di un soggetto bisognoso di aiuto qualora si trovi a decidere sul proprio futuro, sul proprio corpo⁴⁷. «Gli obblighi sono preordinati a realizzare una vera e propria funzione "dissuasiva" della scelta abortiva – nonchè una riduzione della complessità situazionale percepita dalla donna» scrive Carlo Casini⁴⁸.

L'inciso va però interpretato proprio alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, che – come abbiamo

47. In questo senso, Gian Maria Comolli *"Fratello uomo e sorella verità"*, Il segno dei Gabrielli Editori, Negarine di S.Pietro in Cariano (Verona), 2005.

48. Carlo Casini, Francesco Cieri, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194)*, Padova, Cedam, 1978.

visto - si è preoccupata di procedere ad un bilanciamento di interessi, pertanto il procedimento cui la donna che intenda abortire deve necessariamente sottoporsi costituisce la traduzione "discorsiva" del bilanciamento messo in campo dalla sentenza n.27/1975. Questo significa che la donna non è libera di abortire, ma solo di attivare la procedura che le permetterà di interrompere la gravidanza, restando però la disposizione silente in ordine agli strumenti volti a garantire il rispetto della procedura confezionata, ed in particolare: al controllo circa l'adempimento degli obblighi imposti, alla verifica dell'efficienza comportamentale, alla previsione di un apparato rimediale o sanzionatorio⁴⁹. E' evidente che la sua autodeterminazione non si risolve in una scelta libera ed incondizionata, ma deve intradarsi secondo un "metodo di assunzione di responsabilità"⁵⁰. Questo che appare come un processo dissuasivo è in realtà stato pensato quale momento informativo, necessario ed imprescindibile, per garantire la libera scelta della gestante, nel pieno delle proprie responsabilità assunte anche alla luce di un quadro informativo

49. Giuseppe Foti in *Commentario del Codice civile- Leggi collegate*, p. 410, 2010, UTET giuridica, a cura di Luigi Balestra.

50. In questo senso Paolo Veronesi, *Il Corpo e la Costituzione – concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

più completo. Agli occhi del legislatore prevedere siffatta consulenza significa assicurare il massimo delle garanzie alle donne che intraprendono questa strada. Alla teoria però si affianca la dura realtà che vede consultori largamente sottofinanziati, privi di organico, talvolta addirittura "presidiati" da ginecologi obiettori; a questo va aggiunto, da un lato, che in molte realtà locali addirittura mancano i consultori, dall'altro che, dove siano messi in condizioni di operare, i consultori familiari si dimostrano il servizio più utilizzato per accedere all'interruzione di gravidanza. Molti non mancano infatti di nutrire forti «riserve sull'efficacia delle attività demandate ai consultori familiari»⁵¹.

4. I modelli di depenalizzazione. La regolamentazione Italiana.

Generalmente si suole differenziare due distinti modelli di depenalizzazione del reato di procurato aborto: quello *temporale*, che lascia alla libera e personale scelta della donna la possibilità di abortire durante il primo periodo della gravidanza, solitamente

51. Geraldina Boni, *La legge n.194 del 1978: "derive" applicative di una legislazione da rivedere*, in *Dir. Famiglia*, 2008.

durante i primi 3 mesi, senza la necessità di giustificarne i motivi; e quello delle *indicazioni*, vale a dire tramite la previsione di un elenco di ipotesi in cui l'aborto si autorizza per specifiche ragioni che devono essere attestate tramite un procedimento più o meno ufficiale, ad esempio la certificazione medica del rischio per la vita o la salute della donna (*cd. Indicazione terapeutica*), la violenza sessuale certificata tramite denuncia (*cd. Indicazione etica o criminologica*), la certificazione medica che testimoni il rischio di gravi malformazioni fisiche o psichiche del feto (*indicazione eugenetica o per pietà*) oppure, infine, a causa delle gravi difficoltà personali che la nascita di un figlio non desiderato può comportare (*cd. Indicazione sociale*).

Tali indicazioni possono essere soggette a diversi limiti di tempo, a partire dalle prime dodici settimane fino alla fine della gestazione, ove vi sia gravissimo pericolo per la salute della donna⁵².

52. A mo' d'esempio, appartiene alla prima tipologia la legislazione Francese, dove la c.d. legge Veil 1975 prevede che la donna, cui la continuazione della gravidanza cagionerebbe un grave disagio (*détresse*), possa ottenere l'aborto nelle prime dieci settimane dal concepimento dopo avere consultato un medico e un istituto di informazione familiare che la ragguagliano sui rischi dell'operazione e sugli aiuti che potrebbe ottenere in caso di maternità. La decisione finale spetta comunque alla donna, l'operazione va effettuata in ospedale pubblico o privato autorizzato, e

Nelle legislazioni europee (salvo che nella Repubblica di Malta, dove continua ad essere penalmente perseguito, senza eccezione alcuna) si suole utilizzare il modello delle *indicazioni* per l'aborto procurato entro i primi tre mesi di gestazione (associato quindi ad un ulteriore limite temporale), mentre il limite di sei mesi è ammesso quando vi siano indicazioni eugenetiche. Questi limiti temporali hanno una quasi-corrispondenza con la terminologia medica, ove si distingue tra embrione e feto: entro le prime dodici settimane si parla di embrione.

Quale che sia il sistema adottato- quello temporale o quello delle indicazioni- la depenalizzazione risulta simile per ciò che riguarda i suoi effetti giuridico-penali, vale a dire l'esclusione generale di responsabilità penale per gli aborti praticati nel rispetto della normativa di riferimento. Le legislazioni che consentono l'aborto all'interno di uno schema di regolazione

le spese sono a carico di fondi pubblici. L'aborto per motivo terapeutico è ammesso in qualsiasi momento della gravidanza. Appertengono invece alla seconda categoria le legislazioni Inglese, Scozzese e Gallese in cui la legge di liberalizzazione del 1967 stabilisce che non può considerarsi reato l'aborto effettuato da un medico col consenso della donna quando due medici attestino: 1) che la continuazione della gravidanza implicherebbe un rischio per la vita della gestante, o la probabilità di un danno alla salute fisica o mentale di lei o dei figli già esistenti nella sua famiglia, più grave di quello che deriverebbe dall'interruzione della gravidanza (per la valutazione del danno probabile si tiene conto della situazione ambientale); 2) che esiste il rischio che il concepito nasca con tali deformità fisiche o mentali da farne un anormale.

temporale, quali il nostro ordinamento, prevedono diverse procedure e limiti crescenti, in base ad una considerazione gradualistica dell'umanità del feto⁵³.

Il fulcro dell'intera disciplina è racchiuso nell'art. 4 della legge n.194, dove si stabilisce il limite temporale ordinario - i primi 90 giorni di gravidanza - entro cui è possibile abortire e vengono altresì stabilite le condizioni di tollerabilità, a dimostrazione del fatto che non di una scelta libera si tratti bensì di una scelta – alle condizioni di cui sopra - non punibile; sono "scusanti": 1) il serio pericolo per la salute psico-fisica della gestante, in relazione al suo stato di salute, alle condizioni economiche, sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento (si allude ad esempio allo stupro); 2) anomalie o malformazioni del concepito: è il c.d. aborto eugenetico, nonostante parlarne in questi termini sia ad oggi argomento *tabù*. Va tenuta a mente, però, la recentissima pronuncia della Corte Costituzionale, la Sent. 96/2015⁵⁴ in tema di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA), concernente la diagnosi pre-impianto richiesta da coppie

53. Così, Claudia Mancina in *Oltre il femminismo. Le donne nella società pluralista*, Bologna, Il Mulino, 2002.

54. Sentenza completa all'indirizzo: <http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0096s-15.html>.

fertili e in grado di avere un figlio naturalmente ma portatrici di malattie genetiche. Ciò che risulta interessante è il tenore delle argomentazioni portate dalla Corte a sostegno della dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 1 (commi 1 e 2) e 4 (comma 1) della legge censurata, nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale – e dunque alla diagnosi c.d. preimpianto – nelle ipotesi di cui sopra.

Si legge al punto 9)⁵⁵ «..Sussiste ... un insuperabile aspetto di

55. Corte Costituzionale, Sent. 96/2015, punto 9) "Nel merito, la questione è fondata, in relazione al profilo – assorbente di ogni altra censura – che attiene al vulnus effettivamente arrecato, dalla normativa denunciata, agli artt. 3 e 32 Cost.

Sussiste, in primo luogo, un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni oppongono, all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. E ciò in quanto, con palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza Costa e Pavan contro Italia), il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – quale consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194.. quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto «accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

Vale a dire che il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute.

Dal che, quindi, la violazione anche dell'art. 32 Cost., in cui incorre la normativa in esame, per il mancato rispetto del diritto alla salute della donna. Senza peraltro che il vulnus, così arrecato a tale diritto, possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto.

irragionevolezza dell'indiscriminato divieto..all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette...da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili..di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. *E ciò in quanto, con palese antinomia normativa... il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della *interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali* – quale consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...] *Vale a dire che il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere**

La normativa denunciata costituisce, pertanto, il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento – ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria – nella parte in cui non consente, e dunque esclude, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, possano ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata. Ciò al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro, alla stregua del medesimo "criterio normativo di gravità" già stabilito dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978".

“dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute.

Dal che, quindi, la violazione anche dell'art. 32 Cost. nella parte in cui non consente, e dunque esclude, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, possano ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte...Ciò al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore». ⁵⁶

Sentenza molto utile ai fini del nostro discorso, sia perchè ribadisce la linea che sin dal principio la Corte ha assunto trovandosi ad effettuare il bilanciamento di interessi donna/nascituro, vale a dire una prevalenza del diritto alla salute della donna rispetto ai "diritti" facenti capo al nascituro; sia perchè apre una finestra sull'eugenetica: il riferimento all'articolo 6, lettera b) della legge 194/78 utilizzato quale metro di paragone, fa evincere che sia lecito l'aborto sul semplice presupposto che *"siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del*

⁵⁶. Per approfondimento: E.Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" nè (del tutto) condivisibile*, in Consulta Online, periodico telematico ISSN 1971-9892. C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in Costituzionalismo.it.

nascituro", a prescindere quindi dal "*grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna*" che questo possa determinare, che è quanto previsto dallo stesso art. 6 lettera b) . Affermazione non di poco conto.

Tornando ai limiti che la legge n. 194 pone, vi ritoroviamo quindi: un limite di tipo temporale (i 90 giorni) e l'altro di tipo qualificatorio-giustificativo. L'aborto viene «considerato meno grave nella fase iniziale della gravidanza, e via via più grave man mano che la gravidanza procede e si avvicina al suo termine»⁵⁷. Ecco l'elaborazione di uno «schema di regolazione temporale, che preveda diverse procedure e limiti crescenti» e il carattere cruciale di tali procedure che «definiscono la libertà della donna di decidere sulla propria vita», collocata – come ogni libertà – «dentro un quadro di regole, basate sulla concezione gradualistica della vita fetale e quindi del peso morale dell'aborto»⁵⁸. Anche un filosofo incline al ragionamento astratto (o almeno di ciò accusato) come J. Rawls dà uno spazio alla dimensione temporale, quando - posti tre valori politici in

57. C. Mancina, *Oltre il femminismo. Le donne nella società pluralista*, Bologna, Il Mulino, 2002, 102-103.

58 *Ibidem* , 101.

contrasto: il rispetto dovuto alla vita umana, la riproduzione ordinata della società, l'eguaglianza delle donne in quanto cittadine- afferma: "*Now i believe any reasonable balance of these three values will give a woman a duly qualified right to decide whether or not to end her pregnancy during the first trimester. The reason of this is that at this early stage of pregnancy the political value of equality of women is overriding, and this right is required to give it substance and force*"⁵⁹.

L'art. 4 svela quindi il conflitto tra i valori coinvolti: la salute (della donna) e la vita (del concepito). L'autodeterminazione della donna, non costituendo un valore coinvolto all'interno del conflitto, non già si manifesta come un attore della gara bensì, piuttosto, alla stregua di giudice o di criterio risolutore. L'autodeterminazione, intesa come istanza di libertà, è tuttavia decisiva solo in presenza del manifestarsi dello scontro valoriale strettamente configurato; in altre parole, senza lotta tra la "salute" – fisica e psichica- della donna e la "vita" del concepito, l'atto di

59. John Rawls, *Political Liberalism: Expanded edition*. Collana Columbia classics in Philosophy, 2005. "Io credo che qualsiasi equilibrio ragionevole tra questi tre valori dia a una donna il diritto, debitamente qualificato, di decidere se interrompere o no la gravidanza nel primo trimestre, e la ragione è che in questa prima fase della gravidanza l'uguaglianza delle donne è dominante e questo diritto è necessario per darle sostanza e forza".

autonomia unilaterale non trova subingresso. «Sulla scena compare una scelta tragica che, in quanto tale, il legislatore non evoca a se stesso⁶⁰.

4.1 La sorte giuridica del concepito.

Per quanto riguarda il quadro teorico relativo alla sorte giuridica del concepito, non si può non tenere a mente la già citata legge n. 40/2004 che all'art.1 dispone che «la legge assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»; sostiene Busnelli: «il concepito è, dunque, un soggetto giuridico...e lo è fin dal momento della sua formazione, questa è l'affermazione categorica con la quale esordisce la legge n. 40...ma ho il fermo convincimento che la soggettività giuridica attribuita dal legislatore al concepito non può essere assunta come un dogma autoritariamente imposto all'interprete... l'attribuzione al concepito della qualifica formale di "soggetto" finirebbe con il rivelarsi inutile o, quanto meno, ridondante, posto che la titolarità dei diritti alla dignità e identità, alla vita e alla salute può direttamente desumersi, a favore del concepito stesso, dai

60. G. Foti op. cit.

principi fondamentali della Costituzione, così come interpretati dalla Corte costituzionale e recepiti da disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato come - prima fra tutte - la norma di apertura della l. n. 194/1978 .

L'osservazione è esatta, se essa mira a significare che il legislatore del 2004, con la norma dell'art. 1, non ha modificato in melius l'ambito di tutela del concepito. La risposta è diversa se si pone mente agli effetti di consolidamento e di possibile messa in opera di tale tutela. Dal primo punto di vista, l'attribuzione della soggettività giuridica al concepito non consente più di qualificarlo, nel nostro ordinamento, come "cosa", sia pure "vivente", ed è di ostacolo alla segmentazione della vita prenatale. È bensì vero che il concepito, come "uomo in formazione" ha in sé il carattere del divenire; ma il divenire è un *continuum*, e la soggettività del concepito "con le caratteristiche sue proprie" si modella su di esso e ne esprime l'inscindibilità.

Dal secondo punto di vista, l'ancoraggio della tutela della dignità e identità, della vita, della salute del concepito al presidio formale della soggettività può consentire di progettare nuove

misure di tutela, soprattutto preventiva; potrebbe, per esempio, riaprire in termini rinnovati la prospettiva di un'adozione prenatale, o giustificare il recupero, depurato delle vischiosità maschiliste accumulate nel tempo, di un moderno *curator ventris* idoneo a consentire l'attuazione di un "ordine di protezione" a favore del concepito»⁶¹.

5. Alea iacta est (forse!).

L'art.5 della legge n.194 prende in considerazione l'iter con cui verrà rilasciato il documento (il certificato) atto ad accedere all'intervento di interruzione di gravidanza. Si ribadisce l'obbligo di esporre il ventaglio di possibilità alternative all'aborto stabilendosi che *"Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito ...di esaminare con la donna... le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di*

61. Francesco Donato Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in Riv. Dir. Civ. 2004, p. 533 e ss.

promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna», quasi a sottolineare che per abortire occorre una causa, e come se ogni causa sia di per sè superabile; lungi l'idea di una donna che scelga semplicemente di non diventare mai madre, come se non si potesse esser donne senza essere madri.

La parte più interessante dell'articolo in questione concerne il ruolo centrale riservato al medico, che si atteggia quasi da giudice: questi non deve limitarsi a compiere gli accertamenti medici, ma deve altresì entrare nel merito della questione, essendo tenuto a valutare l'intero quadro, motivi economici, sociali e personali compresi. Sarà quindi il medico ad esprimere un giudizio di merito sull'opportunità della scelta che la donna si accinge a compiere, il medico "valuta" – non "registra"- le circostanze a fondamento della richiesta, ha quindi il diritto (dovere) di rifiutare il rilascio del documento se contesta l'insussistenza dei presupposti⁶², non è in ogni caso previsto alcun obbligo di motivazione così come non è escluso che la gestante si rivolga ad altro medico. Di questa idea Busnelli, in senso contrario , invece, Moscarini sostiene che «il potere attribuito ai

62. In questo senso Busnelli, op. cit.

soggetti legalmente qualificati appare di contenuto talmente evanescente da rendere l'aborto, nella sostanza, rimesso alla libera scelta della gestante»⁶³. Sulla stessa linea di pensiero Passacantando sostiene che il ribaltamento della *ratio* ispiratrice della legge consentirebbe operazioni ermenutiche tese a riconoscere l'esistenza di un evidente diritto "potestativo all'aborto"⁶⁴.

Verificata la sussistenza degli elementi giustificatori, il medico rilascia alla donna un documento attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta di interruzione della stessa « *e la invita a soprassedere per sette giorni*». Soprassedere: "Indugiare su una decisione da prendere o su un'azione da svolgere sospendendola e rinviandola a un'epoca successiva; accantonare temporaneamente". Ancora una volta viene alla luce la diffidenza nella razionalità della donna, considerata non capace di decidere per se stessa, individuo da *aiutare*, così istintiva da necessitare la supervisione di un soggetto terzo che, tra l'altro, la inviti a ripensarci altri sette giorni (come se si decidesse di abortire da un

63. Lucio Valerio Moscarini, *Aborto*, in Enc. Giuridica., I, Roma 1986.

64. Guglielmo Passacantando, *Brevi considerazioni su alcuni aspetti di legittimità costituzionale della legge n. 194/1978*, in Giust. Pen., 1979, p. 238 ss.

giorno all'altro!); ne risulta un'idea di una donna quasi lombrosiana⁶⁵, un «considerare le donne un po' meno responsabili, un po' meno imputabili, come stabilivino un tempo alcuni codici: minori a vita. Oppure prototipi della vittima, condannate a competere per la palma dell'oppressione in un mondo dove questa ha conquistato una potenza simbolica smisurata»⁶⁶.

Secondo il Ministro (o la Ministra?) della Salute, Beatrice Lorenzin, sono in diminuzione i tempi di attesa tra rilascio della certificazione e intervento. La percentuale di IVG effettuate entro 14 giorni dal rilascio del documento è infatti aumentata: è il 62.3% nel 2013, era il 61.5% nel 2012 ed il 59.6% nel 2011. E' diminuita la percentuale di IVG effettuate oltre 3 settimane di attesa: 14.6% nel 2013, 15.5% nel 2012 e 15.7% nel 2011⁶⁷.

65. Marco Ezechia Lombroso, detto Cesare. Breve biografia all'indirizzo: http://it.wikipedia.org/wiki/Cesare_Lombroso.

66. A. Bravo, *Dalla parte delle donne*, in *La Repubblica*, 14 marzo 2008. Per A. Sofri, *Contro Giuliano. Noi uomini, le donne e l'aborto*, Palermo, Sellerio, 2008, 49. «[L]e donne vengono così paradossalmente espropriate perfino dell'autorizzazione a risultare titolari dell'omicidio da loro stesse commesso. Come le donne che partoriscono erano – lo sono ancora, per tanti – mero contenitore della nuova vita da deporre nel mondo dei padri, così le donne che abortiscono sono mero tramite di un omicidio perfetto tramato da altri: la “cultura della morte” e io e tu e tutti. [...] Le donne commettono un omicidio senza essere nemmeno assassine. Povere donne».

67. Così in *Relazione del Ministro della Salute sull'attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza*, Roma 26 ottobre 2015.

Ciononostante, pare trapelare l'idea che più tempo si lasci la donna riflettere sulla scelta che ha deciso di compiere, più probabile sarà che cambi idea, trascurando però l'unico diritto che nella vicenda può dirsi a pieno da tutelare, il diritto alla salute della gestante. L'Organizzazione Mondiale della Sanità ricorda come gli Stati, nel rispetto dei diritti umani, in materia di riduzione delle barriere normative e politiche all'accesso all'aborto sicuro, debbano rimuovere i requisiti di autorizzazione di soggetti terzi che interferiscono con il diritto delle donne e delle adolescenti di prendere decisioni sulla riproduzione – aborto compreso- e di esercitare il controllo sul proprio corpo. Hanno altresì il dovere di eliminare le barriere che impediscono l'accesso delle donne ai servizi sanitari, quali le spese elevate, la richiesta di autorizzazione preventiva da parte del coniuge, di un genitore o di autorità ospedaliere e di garantire che l'esercizio dell'obiezione di coscienza non impedisca alle donne l'accesso ai servizi sanitari cui hanno legalmente diritto⁶⁸.

E' opportuno qui ricordare come il padre del nascituro occupi un

68. Così in *Safe abortion: Technical & policy guidance for health systems*, 2012 , paragrafo IV: *Eliminating regulatory policy and access barriers to safe abortion care*.

ruolo marginale, se non del tutto inesistente: "il consultorio...deve esaminare con la donna e con il padre del concepito, **ove la donna lo consenta**...le possibili soluzioni dei problemi proposti", recita l'art. 5, pertanto la scelta finale si configura come unilaterale – esclusiva della gestante⁶⁹.

6. L'aborto dopo il primo trimestre. Una finestra sull'eugenetica.

Il progresso scientifico ha indubbiamente inciso sulle scelte e sui processi riproduttivi; rispetto a quando l'unica scelta consentita dalle tecniche per l'interruzione volontaria era se proseguire una gravidanza o meno, le recenti scoperte mediche, hanno determinato un mutamento di tipo qualitativo. La procreazione selettiva è sempre più il concepimento volontario da parte del singolo o della coppia basato sulla conoscenza delle condizioni di salute e delle caratteristiche, certe o probabili, del nascituro sulla base della diagnosi di gameti ed embrioni⁷⁰. La legge 194/1978

69. Interpellata in due occasioni sul punto la Corte costituzionale ha ritenuto di non doversi addentrare nella questione; cfr. In particolare Corte Cost. 25.6.1981 n. 108, in *Giur. Cost.*, 1981,908; Corte Cost. 31.3.1988, n. 388, *ivi*, 1988, 1713, con nota di Vincenzi Amato.

70. *Il governo del corpo, Volumi 1-2*, a cura di Stefano Canestrari in *Trattato di Biodiritto*, Stefano Rodotà, Paolo Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, p.1403.

non prevede in modo esplicito l'aborto eugenetico, di tipo selettivo; il timore di essere tacciati di razzismo e di pratiche di stampo nazista era all'epoca troppo forte per avanzare affermazioni siffatte. Nella realtà dei fatti, però, la legge 194/1978 è una legge eugenetica: sia l'art. 4 - «Previsione di anomalie o malformazioni del feto» - sia l'art. 6 - «Anomalie e malformazioni del nascituro»- prevedono l'aborto a scopi eugenetici, camuffato, però da aborto "terapeutico", così Elio Sgreccia, Antonio G. Spagnolo e Maria Luisa Di Pietro⁷¹.

In verità è facile notare il discontinuo normativo dell'art. 6 rispetto all'art. 4, posto che il primo fa riferimento alla "gravità" del pericolo per la vita della donna, mentre l'art. 4 vi si riferisce in termini di "serietà"; il requisito richiesto dall'enunciato normativo dell'art. 6, infatti, è tale da "implicare un quadro non indifferente di probabilità dell'evento"⁷², sebbene, secondo taluni⁷³, non necessariamente immediato, imminente o incombente; esso deriverebbe esclusivamente dalla gravidanza o

71. E. Sgreccia, A.G. Spagnolo, M.L. Di Pietro, *Bioetica: manuali per i diplomati universitari della sanità*, Milano, 1999.

72. C.Casini, F. Cieri, *op.cit.* p. 122.

73. In questa direzione: *ibidem* p. 124 e ss., anche alla luce della sentenza della Corte Cost. n.27/1975.

dal parto e non già anche dalla maternità.

Nelle ipotesi disciplinate dall'art. 6 l'aborto sembrerebbe giustificato sia dalla presenza di un grave pericolo per la vita della donna (*"L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna"*), rientrando quindi nella tipologia di aborto c.d. "terapeutico", sia dalla presenza di gravi malformazioni del nascituro da cui potrebbero derivare gravi pericoli per la salute psico-fisica della gestante (*..quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna*), trattata quindi come ipotesi a sè stante. Effettivamente sembrerebbe trattarsi del c.d. "aborto eugenetico", stando al riferimento alle tare del concepito, ma dottrina e Giurisprudenza, in primis la Cassazione, hanno spesso ribadito come non di aborto eugenetico (vale a dire selettivo), bensì -anche in questo caso- di aborto terapeutico si tratti, posto che per essere l'aborto legittimo occorre sempre e

comunque dimostrare le conseguenze che avrebbe sulla salute psico-fisica della gestante: in tal senso Cassazione civile, sez. III, sentenza 14.07.2006 n° 16123⁷⁴. Più di recente però la stessa Corte pare orientarsi in modo diverso, significativa risulta infatti la Sentenza 2.10.2012 n° 16754, Cassazione civile, sez. III dove si statuisce il diritto al risarcimento del danno "da nascita non desiderata", in capo al soggetto nato con gravi malformazioni psico-fisiche, tale da poter quindi giustificare l'aborto eugenetico *strictu sensu*, proprio in vista del danno futuro prevedibile ed accertato.

6.1 Il danno da nascita indesiderata.

Il danno da nascita indesiderata rientra nel più ampio novero delle responsabilità mediche per condotte professionali e ricorre nei casi in cui alla gestante viene negata la possibilità di interrompere la gravidanza, in quanto, per errore del medico non vengono rilevate delle malformazioni congenite del feto. E' dei giorni nostri l'ultima presa di posizione della Cassazione,

74. Negli stessi termini, la Corte si era già espressa nel 2002, con la sent. n. 6735 e nel 2004, con la sent. n. 14488.

l'ordinanza interlocutoria n. 3569 del 23.02.2015 della terza sezione civile, dove l'azione era stata intrapresa da una coppia di coniugi per ottenere il risarcimento dovuto alla nascita della loro figlia affetta dalla sindrome di Down. In particolare, secondo i ricorrenti, i sanitari avrebbero omesso di prescrivere alla gestante i dovuti approfondimenti nonostante i risultati degli esami ematochimici avessero fornito risultati non tranquillizzanti. Il Tribunale di Lucca (in primo grado) e la Corte d'Appello di Firenze avevano rigettato la domanda attorea in quanto non avevano ritenuto raggiunta la prova del pericolo per la salute fisica o psichica della gestante, condizione legittimante il ricorso all'aborto oltre il novantesimo giorno. Inoltre, i giudici, negavano la possibilità di configurare un risarcimento direttamente in capo alla figlia sostenendo che nel nostro ordinamento non sussiste un diritto a non nascere se non sano.

Gli Ermellini, nella loro pronuncia, evidenziano le due questioni oggetto di dibattiti giurisprudenziali e dottrinali e rimettono la questione alle Sezioni Unite.

La prima problematica è quella inerente all'onere della prova. Sul punto, La Corte evidenzia come l'onere probatorio a carico

della gestante non si limiti solo alla dimostrazione del nesso causale tra l'inadempimento dei sanitari e il mancato aborto, ma comprende anche la dimostrazione della sussistenza delle condizioni previste dalla legge n. 194/78 (ossia la presenza di processi patologici che determinino un grave pericolo per la salute fisica e psichica della stessa)⁷⁵.

La seconda questione, che la Suprema Corte ha ritenuto di dover assegnare all'esame delle Sezioni Unite, riguarda la legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico che, col suo inadempimento, ha privato la gestante della possibilità di ricorrere all'aborto.

Il dibattito su tale punto è sorto negli ultimi anni, alimentato dalle pronunce n. 9700/2011 e n. 16754/2012 della Suprema Corte. In

75. Invero, nell'ultimo decennio, la Corte si è più volte pronunciata sul problema dell'onere della prova e, nonostante la pacifica premessa per cui la gestante ha l'onere di dimostrare che la conoscenza delle patologie del feto l'avrebbero spinta a ricorrere all'aborto, si sono avuti diversi orientamenti con riferimento al contenuto di tale onere probatorio. In particolare, secondo un primo orientamento, sarebbe sufficiente che la "donna alleghi che si sarebbe avvalsa della facoltà di abortire qualora fosse stata a conoscenza delle malformazioni del feto" (Cass. n. 14488/2004). Con riguardo, invece, alla sussistenza dei requisiti di legge per ricorrere all'aborto, "l'esigenza di prova sorge solo qualora il fatto venga contestato dalla controparte"(Cass. n. 22837/2010).

Un nuovo orientamento critica tale impostazione e ritiene che "in mancanza di una espressa ed inequivoca dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza in caso di malattia genetica, la mera richiesta di un esame diagnostico costituisce un indizio isolato" (Cass. n. 16754/2012). Secondo tale orientamento sarà, dunque, compito dell'attrice quello di integrare il contenuto di tale dichiarazione con elementi ulteriori da sottoporre al vaglio del giudice per dimostrare la reale volontà della stessa di ricorrere all'aborto in caso di malformazioni genetiche del feto.

precedenza, infatti, si era andato consolidando un orientamento univoco che negava, in modo costante, la configurabilità di un diritto a non nascere se non sano. Le argomentazioni poste alla base di questo orientamento erano molteplici.

In primo luogo, la giurisprudenza di legittimità faceva rilevare che nel nostro ordinamento non è prevista la possibilità di praticare l'aborto cd. eugenetico o selettivo, per cui, non essendo la patologia insorta a causa della mancata diagnosi da parte dei sanitari, non si può configurare una responsabilità dei medici per i danni sofferti dal bambino nato malato e quindi, indesiderato. In altre pronunce che confermavano tale orientamento si evidenziava che ad essere tutelato dall'ordinamento giuridico è il diritto a nascere sano, dunque si tratta di una tutela "positiva" in base alla quale non possono procurarsi al nascituro lesioni o malattie.

Tale orientamento, come detto, è stato travolto da un inatteso *revirement* della giurisprudenza di legittimità. Dapprima, infatti, la Suprema Corte ha aperto la strada ad un risarcimento azionabile dal figlio dopo la nascita il quale, "per la violazione

dell'autodeterminazione della madre, si duole non della nascita ma del proprio stato di infermità". A questa prima inattesa pronuncia, che ha previsto un risarcimento in capo al figlio ma non configurando un diritto a non nascere se non sano, è seguita altresì la sentenza n. 16754/2012 che ha completato il *revirement* prevedendo espressamente il diritto in capo al nascituro "ad essere risarcito da parte del sanitario, con riguardo al danno consistente nell'essere nato non sano, e rappresentato nell'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità, a nulla rilevando né che la sua patologia fosse congenita, né che la madre, ove fosse stata informata della malformazione, avrebbe verosimilmente scelto di abortire". Rimane però maggioritaria la posizione di chi sostiene l'escludibilità di pratiche eugentiche, ammettendosi pertanto - oltre il terzo mese di gravidanza - il solo aborto a fini terapeutici, vale a dire giustificato da motivi che dimostrano il pericolo per la salute psico-fisica della donna. Alle pronunce della Corte di Cassazione va però aggiunta la Sentenza 96/2015 della Corte Costituzionale di cui sopra⁷⁶, che aprendo la

⁷⁶ *Supra*, par . 4.

strada per un'interpretazione diversa, pare consentire valutazioni meramente selettive, sul presupposto che a disciplina invariata della legge 40 sarebbe prevedibile che la coppia che si vedesse negare la diagnosi preimpianto, ove la gravidanza mettesse in luce gravi malformazioni o anomalie del feto, questi ricorrerebbero in ogni caso alla disciplina di cui l'articolo in questione.

6.2 Il feto *viable*.

Strettamente connesso all'articolo 6, è il successivo articolo della presente legge; recita infatti l'art. 7, ultimo comma, "*Quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto*", pertanto, *contraria contrariis curantur*, anche allorquando il feto risultasse menomato e la gestante manifestasse espressamente la propria volontà di interrompere la gravidanza, anche laddove sussistessero gravi pericoli per la salute psicofisica della stessa (ma non il rischio alla vita), non sarebbe possibile ricorrere

all'aborto. La domanda sorge spontanea: qual è la sorte del diritto alla salute della donna, così come delineato dall' OMS e consacrato nell'art. 32 della Costituzione?

Addirittura, nel 2008, quattro primari ginecologi romani sottoscrissero, e presentarono alla stampa, un documento con cui dichiaravano pubblicamente la decisione di rianimare i neonati vitali «anche senza il consenso delle madri»⁷⁷. Siamo qui di fronte ad uno degli stereotipi più classici di cui si nutre una cultura diffidente nei confronti delle donne: quello della madre nemica del figlio. E' sempre più diffusa l'idea che l'ultima parola debba spettare al medico neonatologo, anche per il rischio che i genitori, e in particolare la madre, possano egoisticamente rifiutare la prospettiva (quasi certa) di un figlio con gravi handicap (senza alcuna considerazione, fra l'altro, per la futura qualità di vita del nuovo nato) .

E' evidente come ancora, lungi dall'essere risolto, il problema della tutela reale al diritto alla salute della gestante rimanga alla mercè dei medici e dei giudici, e come la questione

77. Documento dei Direttori delle cliniche di ginecologia e ostetricia delle Università di Roma (Tor Vergata, Cattolica del Sacro Cuore, La Sapienza S.Andrea, La Sapienza Umberto I), 4 febbraio 2008, in www.ilbisturi.it .

dell'ammissibilità dell'aborto eugenitico rimanga colma di lacune giustificative e interpretative, lasciando spazio alla creatività del giudice che si trova ad applicare la legge al caso concreto, e delle Corti superiori che manifestano alternanti cambi di rotta. Oggi è prospettabile una rilettura di tutta la disciplina alla luce della recentissima pronuncia della Corte Costituzionale di cui sopra, nonostante la previsione dell'art.7 della 194 rimanga immutata.

7. Le strutture autorizzate: tra il sacro ed il profano.

L'art. 8 detta disposizioni concernenti le strutture autorizzate alla pratica delle interruzioni di gravidanza, statuendosi che venga condotta "da un medico del servizio ostetrico-ginecologico presso un ospedale generale tra quelli indicati nell'articolo 20 della legge 12 febbraio 1968, numero 132, il quale verifica anche l'inesistenza di controindicazioni sanitarie". Gli interventi possono essere altresì praticati presso gli ospedali pubblici specializzati, gli istituti ed enti ecclesiastici civilmente riconosciuti che esercitano l'assistenza ospedaliera⁷⁸, e le

78. Articolo 1, penultimo comma, della legge 12 febbraio 1968, n. 132, come richiamato dall'art.8 della l.194/1978.

istituzioni di cui alla legge 26 novembre 1973, numero 817, vale a dire gli "ospedali religiosi e cattolici". Ne restano escluse le strutture private autorizzate.

7.1 Tutela della salute e progresso scientifico. L'aborto farmacologico: RU846.

Tralasciando per il momento il "caldo" art. 9 – che disciplina l'obiezione di coscienza- a cui sarà dedicato un apposito paragrafo, è opportuno tenere in considerazione l'art. 10 della legge 194.

"L'accertamento, l'intervento, la cura e l'eventuale degenza relativi all'interruzione della gravidanza nelle circostanze previste dagli articoli 4 e 6 [...] rientrano fra le prestazioni ospedaliere trasferite alle regioni dalla legge... Sono a carico della regione tutte le spese per eventuali accertamenti, cure o degenze necessarie per il compimento della gravidanza nonché per il parto, riguardanti le donne che non hanno diritto all'assistenza mutualistica [...]".(Il grassetto è mio).

L'interessante di questo articolo consiste nella previsione

dell'eventuale degenza post intervento, in quanto è stato mal interpretata nel momento dell'introduzione nel nostro ordinamento - come raccomandato per gli aborti precoci nelle linee guida elaborate dall'OMS⁷⁹ - del metodo abortivo farmacologico, vale a dire la pillola RU486 (mifepistone). E' stato infatti previsto l'obbligo di ricovero, quando invece la legge si riferisce alla degenza in termini di eventualità, obbligo ritenuto dai medici superfluo, che aumenta il c.d. "problema posti-letto" e costringe le donne ad una permanenza immotivata (salvo il diritto di chiedere le dimissioni, con responsabilità a proprio carico). Negli altri paesi europei non esiste siffatta previsione, e somministrata la pastiglia la donna torna a casa per poi, passati i tre giorni, recarsi nuovamente presso la struttura ospedaliera - o simile - per portare a termine l'interruzione della gravidanza. "Si attaccano al ricovero perché hanno perso la battaglia sulla RU486 e cercano di scoraggiarne l'uso"⁸⁰, così Silvio Viale – medico torinese- padre della dura battaglia per l'introduzione della pillola

79. Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems - Second edition. WHO, 2012.

80.

http://www1.adnkronos.com/Archivio/AdnAgenzia/2010/03/13/Cronaca/Aborto-Viale-ricovero-per-Ru846-e-falso-problema_173525.php (10/11/2015)

in Italia, insieme al "nostrano" Dott. Massimo Sdreboto dell'ospedale di Pontedera. Scrive Stefania Friggeri sul periodico "libero pensiero": «Rimane tuttavia aperta la questione del protocollo che gli ospedali dovranno seguire per somministrare il farmaco: maggioranza ed opposizione sono d'accordo che le procedure dovranno seguire quanto previsto dalla 194, ovvero garantire l'assistenza delle strutture sanitarie pubbliche; ma i pasdaran cattolici premono perché il ricovero di tre giorni sia obbligatorio... L'iter della registrazione prosegue così lento e faticoso che l'ADUC chiede l'intervento dell'Europa, l'unico soggetto a suo parere che può costringere l'Italia ad uscire da una perenne condizione di stallo. Che però prosegue fino al 2009 quando nel novembre, nonostante l'O.K. dell'AIFA, la commercializzazione della RU viene sospesa dalla Commissione senatoriale del Senato coi voti del PDL, della Lega e 8 del PD. Una decisione che Benedetto della Vedova commenta così: «È pericoloso che sui farmaci decida il Parlamento», e Pier Luigi Bersani: «Non mi pare che il Parlamento debba fare il dottore». Ipocrisie per compiacere il Vaticano. Il parere del governo, non

previsto, non richiesto, ma invocato dal Vaticano, rispecchia la mai sopita volontà di affossare la 194 per vie carsiche ed indirette, non potendo cancellarla con un referendum. Anzi, lo stop alla delibera dell' AIFA, espressa dopo un'indagine lunga e iperscrupolosa, viene spacciato ipocritamente con la volontà del governo di rispettare lo spirito della 194 a tutela della salute psicofisica della donna. A parte che la salute della donna è meglio tutelata dalla competenza professionale dei medici che valutano caso per caso, è evidente che la pretesa del ricovero ospedaliero di tre giorni è puramente ideologica, oltre che inutilmente dispendiosa, perché finge di ignorare che oltre il 90% degli aborti RU avviene in day hospital [...]»⁸¹.

I dati riportati nella Relazione al Parlamento sull'applicazione della 194 dimostrano, non a caso, come "sebbene la gran parte delle Regioni e delle strutture avessero adottato come regime di ricovero quello ordinario con l'ospedalizzazione della donna, molte di loro (76%) hanno richiesto la dimissione volontaria dopo la somministrazione di Mifepristone o prima

81. <http://www.periodicoliberopensiero.it/pdf/periodico-dicembre-2014/friggeri.pdf>. (10/11/2015)

dell'espulsione completa del prodotto abortivo, con successivi ritorni in ospedale per il completamento della procedura e nel 95% dei casi le donne sono tornate al controllo nella stessa struttura. Inoltre nel 96.9% dei casi non vi era stata nessuna complicazione immediata e la necessità di ricorrere per terminare l'intervento all'isterosuzione o alla revisione della cavità uterina si era presentata nel 5.3% dei casi. Anche al controllo post dimissione nel 92.9% dei casi non era stata riscontrata nessuna complicanza. Questi dati sono simili a quanto rilevato in altri Paesi e a quelli riportati in letteratura e sembrano confermare la sicurezza di questo metodo"⁸².

8. Interruzione di gravidanza in donna minore di anni 18 o in maggiorenne interdetta per infermità di mente.

Gli artt. 12 e 13 disciplinano, rispettivamente, le ipotesi in cui a richiedere l'aborto sia una donna di età inferiore agli anni 18 e i

82. Relazione del ministro della Salute (Beatrice Lorenzin) sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza (legge 194/78) , Roma, 26 ottobre 2015. Par 3.7, testo completo all'indirizzo: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2428_allegato.pdf .

casi in cui la richiedente sia persona interdetta per infermità di mente. Nel primo caso è previsto l'assenso di chi esercita sulla donna la patria potestà o la tutela, prevedendo altresì che – nei casi di IVG entro i primi 90 giorni di gravidanza- qualora vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, il consultorio (o la struttura socio-sanitaria) o il medico di fiducia, espletano i compiti e le procedure di cui all'art. 5 e rimettono entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera. Il giudice tutelare, entro cinque giorni, sentita la donna e *tenuto conto della sua volontà*, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, *può* autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, ad interrompere la gravidanza. Qualora il medico accerti l'urgenza dell'intervento a causa di un grave pericolo per la salute della minore di diciotto anni, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la potestà o la tutela e senza adire il giudice tutelare, certifica l'esistenza delle

condizioni che giustificano l'interruzione della gravidanza. Tale certificazione costituisce titolo per ottenere in via d'urgenza l'intervento e, se necessario, il ricovero. Per l'interruzione di gravidanza oltre il novantesimo giorno si applicheranno le procedure di cui l'art. 7 della legge in questione.

E' opportuno interrogarsi se chi esercita la patria potestà o il giudice tutelare si muovano o meno all'interno dello schema tipico della "rappresentanza". «Il precetto normativo in commento richiede "l'assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o tutela"; si tratta allora di verificare se possa argomentarsi nel senso che la volontà della minore debba necessitare di essere "integrata" dalla volontà dei soggetti legalmente individuati. La fattispecie evocherebbe allora, per certi versi, la peculiare figura dell'"assistenza", sebbene attraverso il coinvolgimento di soggetti *aliunde* rappresentanti legali. Costoro non si "sostituirebbero" (come accade nella rappresentanza legale) al soggetto protetto, ma ne integrerebbero appunto la dichiarazione di volontà»⁸³. Questo voler individuare nella fattispecie meccanismi di sostituzione e di integrazione

83. G. Foti op. Cit. Pag 465.

della volontà della minore, ha incontrato non poche obiezioni. È stato sottolineato infatti come la scelta di intertempore la gravidanza costituisca un atto "personalissimo"⁸⁴ rivolto alla tutela della propria salute fisica e psichica, e pertanto non suscettibile di essere ricondotta nello schema della rappresentanza né volontaria, né legale. Secondo un'altra impostazione, escludendo ogni fenomeno sostitutivo, la volontà dei genitori, al pari di quella del giudice tutelare, non esplicherebbe alcuna funzione integrativa della volontà della gestante, trattandosi piuttosto di assistenzialismo⁸⁵. Al riguardo la Corte Costituzionale ebbe modo di esprimersi sin dagli albori della legge, quando vi fu il tentativo di un giudice tutelare, trovatosi a decidere riguardo ad una questione di specie, di sollevare obiezione di coscienza. I Giudici di Palazzo della Consulta con sent. n. 196 del 1987 ritennero non fondata la questione sollevata dal *giudice a quo* chiarendo sin da subito come questa non sia compatibile con il ministero di Giudice. Il punto 3 si preoccupa

84. In questo senso, *ex multis* : M. Zanchetti, op. cit. pag. 284. Francesca Giardina, Art.12, in *Commentario alla legge 22.5.1978 n.194. Norme sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, a cura di Cesare M. Bianca e Francesco D. Busnelli, in *Leggi civ. comm.* 1978.

85. Bilò, L. 22.05.1978, n.194, art.12, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, II, Milano, 2009.

infatti di argomentare sulla contrapposizione dei "*convincimenti interni virtutis et vitiorum*" del giudice tutelare, rispetto alla "*doverosità di satisfacere officio*"; per la Corte il problema che si pone è quello di "*comporre un potenziale conflitto tra beni parimenti protetti in assoluto: quelli presenti nella realtà interna dell'individuo*" che deve esercitare l'ufficio di cui all'art.12, "*e quelli relativi alle esigenze essenziali dello iudicere*". E' chiaro come la controversia verta sul contrasto tra il diritto inviolabile alla libertà di coscienza e alla libera manifestazione di pensiero, e il dovere inderogabile del giudice di applicare la legge⁸⁶. La Corte rileva quindi che dal dettato costituzionale emerge quale indice rimarchevole per la decisione, "*a parte i contenuti di doverosità presenti nell'art.54, sec. comma, Cost.*", la prevalenza di un interesse di ordine generale all'"*indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia*", per cui il significato vero della norma andrebbe ricercato nell'esigenza che il giudice operi "*la valutazione, secondo il suo prudente apprezzamento*" ossia "*in quei moduli d'ampiezza e di limite che nelle singole*

86. Federica Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, in collana "*Sovranità, Federalismo, Diritti*", Napoli, 2014.

fattispecie gli restano obiettivamente consentiti, realizzandosi, in tal guisa, l'equilibrio nel giudicare", pertanto i convincimenti personali non possono riflettersi sull'ufficio che il giudice è chiamato a svolgere⁸⁷. Il Giudice delle Leggi specificò altresì che il provvedimento con il quale il giudice tutelare autorizza – ex art. 12 legge n. 194 del 1978 – la donna minorenni ad interrompere la gravidanza non è di tipo decisorio, ma *"meramente attributivo della facoltà di decidere"* ed è pronunciato *"unicamente ad integrazione [...] della volontà della minorenni, per i vincoli gravanti sulla sua capacità di agire"*. I margini di intervento del giudice tutelare sono dunque *"ben circoscritti e non cospicui"*, *"integre restando, comunque, le successive valutazioni della gestante abilitata essa solo a decidere"*.

In ogni caso, il Giudice Tutelare, pur non avendo alcun potere istruttorio, una volta verificata la sussistenza dei requisiti e la correttezza delle procedure prescritte dalla Legge, possiede sempre un certo margine di discrezionalità circa la sua decisione (*"...può autorizzare la donna, con atto non soggetto a*

87. *ibidem* pag. 122.

reclamo..”), potendo basarla non solo sulla documentazione inviata dalla struttura, ma anche sul colloquio con la minorenni e sul suo libero convincimento come giudice. A questo proposito vi sono ad oggi divergenze interpretative nonché difficoltà applicative della Legge. Come riporta la stessa "Relazione al Parlamento sulla L. 194/78, Edizione Marzo 2015, dati relativi agli anni 1995-2014"⁸⁸, è possibile distinguere due gruppi di giudici: un primo gruppo è costituito da alcuni giudici che ritengono corretto entrare, sia pure in certa misura, nel merito delle risposte fornite dalla minorenni per valutare nel modo migliore possibile se concedere o meno l'autorizzazione all'aborto; un secondo gruppo è costituito da altri giudici che, al contrario, non ritengono corretto entrare in tale merito, ritenendo di dover fornire solo un sostegno volto ad integrare la volontà non ancora del tutto formata della minorenni, considerando quindi come dato di fatto quanto da lei dichiarato⁸⁹. Rileva altresì

88. Testo completo all'indirizzo:

https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Maternit_e_interruzione_volontaria_gravidanza_marzo_2015.pdf.

89. **Appartiene al primo gruppo il seguente caso:** "Relativamente ai motivi adottati, era stato affermato da un giudice che “se fosse sufficiente il semplice disagio personale e relazionale della minore a far ritenere sussistente il serio pericolo per la salute psichica prescritto dalla legge, dovrebbe concludersi che in tutti i casi di concepimento ad opera di una minore, che ne abbia tenuto all'oscuro i suoi genitori, l'aborto dovrebbe essere autorizzato quasi automaticamente, perché

la suddetta *Relazione* come, essendo la richiesta presentabile ad una qualsiasi delle strutture operanti su tutto il territorio nazionale, indipendentemente dal suo luogo di residenza o abitazione, non esiste un Giudice Tutelare territorialmente

quasi sempre, in casi del genere, la minore vive una situazione di grave sofferenza e disagio...”. Relativamente ai motivi di non consultazione, era stato osservato che, senza poteri di accertamento ed istruttori, risulta difficile per il giudice valutare l’esistenza dei “seri motivi che impediscono o sconsigliano la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela”, anche a causa dei tempi molto ristretti prescritti dalla Legge per decidere sulla richiesta (il giudice deve decidere entro 5 giorni dalla ricezione della relazione della struttura; vedi anche par. 3.2). A tale proposito era stato affermato che non rientrava tra i seri motivi di non consultazione il mero timore della minore di una censura, sia pure ferma e decisa, da parte dei genitori, i quali hanno il diritto-dovere di educare i figli (art. 30 della Costituzione). Sarebbe stato infatti necessario un ‘quid pluris’ da lasciare fondatamente prevedere una rottura irreparabile dei rapporti genitori-figlia. Infatti, “se la consultazione dei genitori non è prescritta essa non è nemmeno esclusa, ma lasciata (...) al prudente apprezzamento del giudice” (sent. 109/81 della Corte Costituzionale). Analogamente era stato osservato che “la consultazione dei genitori va decisa o esclusa a seconda che, con essa, la libertà morale della minore si rafforzi (nel caso in cui il confronto con persone, le quali costituiscano un punto di riferimento affettivo e morale, possa rimuovere pregiudizi o rinsaldare motivazioni e dare, comunque, indispensabile conforto in un delicatissimo momento di vita), ovvero si riduca (nel caso in cui i genitori possano conculcare la minore, imponendo soluzioni, anziché favorendo un processo formativo).” In questo contesto potevano forse inserirsi, ad esempio, due questioni di legittimità costituzionale. La prima questione era stata sollevata, nel 2011, da un Giudice Tutelare a causa di un possibile contrasto tra uno specifico inciso dell’art. 12 della Legge (...“o sconsigliano”...) ed 16 alcuni articoli della Costituzione (artt. 24, 29 e 30), in quanto era stato rilevato che il diritto soggettivo del genitore (nel caso pratico, il padre della minore) di istruire ed educare i figli, non appariva sufficientemente tutelato dal citato art. 12 della Legge nel momento in cui viene esclusa, ove sussistano “seri motivi”, la possibilità di informarlo della gravidanza e di manifestarne il suo avviso. Come rilevato dallo stesso Giudice Tutelare, la Corte Costituzionale già si era espressa più volte, nel passato, su analoga questione; tuttavia lo stesso Giudice aveva ugualmente deciso di sollevare il contrasto normativo, in quanto il contesto socioculturale nel quale era nata la Legge nel 1978 appare oggi profondamente cambiato. La seconda questione era stata sollevata da un Giudice Tutelare ancora relativamente all’art. 12 della Legge ma in relazione all’art. 111, 6° comma della Costituzione (“Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”). Se infatti da un lato l’art. 12 della Legge assegna teoricamente al Giudice un certo potere discrezionale autorizzativo e integrativo

competente precostituito per legge, in quanto la l. 194/78 non lega in alcun modo la competenza di un dato Giudice Tutelare ad uno specifico requisito in possesso della richiedente lasciandole libera scelta sia della struttura che, indirettamente, del giudice. A questo proposito alcuni togati hanno rilevato come molte minorenni, residenti o domiciliate fuori dalla loro giurisdizione, hanno scelto di attribuire ad essi la competenza del proprio caso, altri invece, che probabilmente avevano frapposto maggiori resistenze all'autorizzazione, hanno assistito ad una diminuzione non indifferente delle richieste; pare, pertanto, che la scelta di un giudice piuttosto che di un altro, considerato che il provvedimento

della volontà della minorenne (“Il giudice tutelare...può autorizzare la donna...”), consentendogli quindi di motivare il suo provvedimento (in accordo quindi con l'art. 111, 6° comma Cost.), dall'altro, tale potere discrezionale non sembra essere di fatto esercitabile, non essendovi concretamente il tempo materiale per una eventuale istruttoria (il giudice deve infatti provvedere entro soli 5 giorni dalla ricezione della relazione della struttura sanitaria), come peraltro osservato anche da altri Giudici di questo primo gruppo". **Appartiene, invece, al secondo gruppo tal'altra ipotesi:** Un secondo gruppo di Giudici Tutelari aveva invece affermato sostanzialmente che al giudice non spetterebbe sindacare sui motivi adottati dalla minorenne all'aborto, né sull'esistenza dei seri motivi di non consultazione, in quanto sarebbe semplicemente sufficiente quanto affermato dalla minorenne stessa. Una volta verificata la sussistenza dei requisiti e la correttezza delle procedure indicati dalla Legge, al giudice spetterebbe unicamente, da un lato, di fornire alla minorenne un sostegno volto ad integrare la sua libera ma non ancora del tutto formata volontà, e, dall'altro, di assicurarsi che la sua scelta sia libera da coercizioni morali, senza quindi entrare mai nel merito di quanto affermato dalla minorenne stessa, non essendovi bisogno di alcuna valutazione discrezionale circa i motivi adottati ed i seri motivi di non consultazione", così in *Relazione al Parlamento sulla L. 194/78, Edizione Marzo 2015, dati relativi agli anni 1995-2014*.

autorizzativo è immediatamente esecutivo e non reclamabile da parte di alcuno, risulta tutt'altro che indifferente. Da questa possibilità di scelta la Relazione fa dicendere talune anomalie, non tutte condivisibili. Fa notare innanzitutto come, posto che la minorene – nei limiti dei 90 giorni dal concepimento- ove si veda negata l'autorizzazione da un giudice può rivolgersi a giudice diverso, con la conseguenza di una non unicità finale di giudizio; questa osservazione mi trova d'accordo. Segue poi un'altra valutazione che appare, al contrario, molto discutibile nella misura in cui si spinge in considerazioni non compatibili con il bilanciamento di diritti così come delineato dalla Corte e dallo stesso Legislatore: «sebbene il procedimento davanti al Giudice Tutelare rientri giuridicamente tra gli “affari civili non contenziosi”, se si ipotizza che in ogni caso *le parti in causa sono sempre due, ossia la minorene ed il concepito*, entrambi con diritti meritevoli di tutela (art. 1 della Legge) ma in questo caso contrapposti, allora, non essendovi di fatto un giudice naturale precostituito per territorio, il concepito sembrerebbe poter usufruire di una tutela giuridica da parte dello Stato

inferiore rispetto a quella della madre, la quale può scegliere il giudice che, a parità di condizioni, la può autorizzare più facilmente ad abortire il figlio» (il corsivo è mio). Riemerge qui la considerazione del rapporto gestante-nascituro come una relazione di tipo conflittuale, in cui la gestante viene stereotipizzata quale *nemico* del "figlio", trascurando come il nascituro e colei che lo porta in grembo siano, un tutt'uno il cui unico centro di razionalità, di decisione e di scelte è e deve essere la donna, non l'embrione – citando le parole della Corte- "*che persona deve ancora diventare*".

8.1 Aborto in donna interdetta.

Nel caso di donna interdetta per infemità di mente, art. 18 della legge n.194, la richiesta può essere presentata, oltre che dal tutore, anche personalmente dalla donna o dal marito non tutore, che non sia legalmente separato. In questi ultimi due casi dovrà essere sentito il parere del tutore. In ogni caso la richiesta presentata dal tutore o dal marito va confermata dalla donna. Il medico trasmetterà, entro sette giorni dalla richiesta, una

relazione concernente la domanda, la provenienza e l'atteggiamento assunto dalla donna, nonché il parere del tutore, al giudice tutelare.

Questo fenomeno, stando a quanto riportato dalle statistiche, risulta- a differenza delle ipotesi riguardante la minorenni- quasi inesistente. Nel periodo 1989 – 2014 non vi è stata quasi nessuna richiesta al Giudice Tutelare relativa a donne maggiorenni interdette, come si vede dalla seguente tabella riepilogativa⁹⁰:

Richieste di aborto ex art. 13 (donne interdette)

	1989	1993	1997	2001	2005	2009	2014
Totale nazionale	0	0	0	1	1	1	1

9. Le ipotesi delittive residuali.

Esse trovano disciplina negli artt. 17, 18 e ss. della Legge:

"Chiunque cagiona ad una donna per colpa l'interruzione della gravidanza è punito con la reclusione da tre mesi a due anni.

90. Relazione al Parlamento ai sensi dell'art. 16 della L. 194/78, ediz. Marzo 2015 (DATI RELATIVI AGLI ANNI: 1995 – 2014) .

Chiunque cagiona ad una donna per colpa un parto prematuro è punito con la pena prevista dal comma precedente, diminuita fino alla metà. Nei casi previsti dai commi precedenti, se il fatto è commesso con la violazione delle norme poste a tutela del lavoro la pena è aumentata", così l'art. 17.

Sulla stessa linea proseguono l'art. 18, relativamente alle ipotesi in cui manca il consenso della donna, sottolineando come si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno; l'art. 19 che regola le ipotesi in cui l'interruzione volontaria della gravidanza avvenga senza l'osservanza delle modalità indicate negli articoli 5, 8, 6, 11 e 12 della Legge, stabilendo pene sia per chi compie l'intervento interruttivo sia per la stessa gestante, salvo i casi di donna minorenni o interdetta; l'art 20 che è diretto agli obiettori di coscienza e stabilisce che ove incorrano nei reati di cui gli artt. 18 e 19 della legge in questione, le pene sono aumentate.

L' art 21, rivolto alla tutela dell'identità, e quindi al diritto alla privacy, della donna che ricorre all'aborto, enuncia che *"chiunque..essendone venuto a conoscenza per ragioni di*

professione o di ufficio, rivela l'identità - o comunque divulga notizie idonee a rivelarla - di chi ha fatto ricorso alle procedure o agli interventi previsti dalla presente legge, è punito a norma dell'articolo 622 del codice penale", in tema di rivelazione del segreto professionale.

Veniamo quindi all'articolo di chiusura, l'art. 22, altra colonna portante della legge 194/1978 dato che è in questa norma che viene abrogato il titolo X del codice penale, e insieme a questo anche il n°3) del primo comma e il n°5) del secondo comma dell'art. 583 del codice ⁹¹. Si statuisce altresì che, *"salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, non è punibile per il reato di aborto di donna consenziente chiunque abbia commesso il fatto prima dell'entrata in vigore della*

91. Così recitava l'art 583 c.p. prima della riforma compiuta dalla legge 194/1978 :

"La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni:
1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni;

2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo.

3) se la persona offesa è una donna incinta e dal fatto deriva l'acceleramento del parto.

La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva:

1) una malattia certamente o probabilmente insanabile;

2) la perdita di un senso;

3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella;

4) la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso [c. nav. 1151]

5) l'aborto della persona offesa."

presente legge, se il giudice accerta che sussistevano le condizioni previste dagli articoli 4 e 6".

10. Brevi considerazioni riassuntive.

Dall'analisi degli articoli che abbiamo appena passato in rassegna, possiamo rilevare come il legislatore ben abbia risposto alle richieste della Corte Costituzionale, assumendo una posizione essa stessa frutto di un compromesso: non si ha la liberalizzazione dell'aborto, bensì la non punibilità dello stesso alle condizioni legalmente previste; aveva infatti la Corte invitato il legislatore ad intervenire predisponendo «le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti della realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire la gestazione». Nella sentenza del 1975 in cui la Consulta delineò i termini del bilanciamento tra i diritti e gli interessi costituzionali coinvolti, in primis il diritto alla vita e alla salute della donna e l'interesse costituzionalmente protetto che fa capo all'embrione, il dispositivo additivo della sentenza delinea in termini piuttosto

stringenti i caratteri del futuro intervento normativo: l'art. 546 c.p. è dichiarato illegittimo «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre». Potremmo quindi sostenere che la risposta del legislatore si rivelò appagante, se non fosse che, nella pratica la Legge trova applicazione parziale o "a macchia d'olio", con Regioni non in grado di garantire il diritto all'aborto facente capo alle donne, quanto meno in termini di diritto alla salute. Si è sottolineato in dottrina come l'inviolabilità del corpo femminile non sia stata ricondotta dalla Corte «alla libertà personale, bensì alla tutela della salute psicofisica della persona di cui all'art. 32»⁹². Una scelta interpretativa non indolore, che ha lasciato del tutto in ombra l'aspetto dell'autonomia della donna: un prezzo pagato, non vi è dubbio, alle profonde lacerazioni esistenti nella società in tema di aborto, e all'esigenza di individuare un punto di equilibrio nella contesa tra le diverse culture contrapposte⁹³.

92. Laura Ronchetti, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 2/2006, 3.

93. Sull'uso del criterio di proporzionalità e della tecnica del bilanciamento nelle pronunce dei giudici costituzionali in materia di aborto vedi S. Mancini, M.

Non a caso, è ravvisando esclusivamente nella prevenzione dell'aborto clandestino la ratio dell'intervento di depenalizzazione⁹⁴ che la Corte ha potuto eludere il tema – politicamente conflittuale – dell'autodeterminazione femminile nelle scelte procreative: nel suo argomentare essa «fu paternalistica (queste povere donne, non possiamo lasciarle morire d'aborto ...). E questo era essenziale, perché senza la vittimizzazione della donna non poteva risaltare l'argomento, che era l'unico capace in qual momento di aprire una sia pur limitata giustificazione all'aborto, che non risultasse dirompente negli equilibri politici, ma che invece li consolidasse, rinsaldando il legame legittimante tra essi e l'ordine costituzionale»⁹⁵.

Rosenfeld, *The Judge as a Moral Arbiter? The Case of Abortion (2009)*, in www.forumcostituzionale.it, ove si analizzano le esperienze di Stati Uniti, Germania, Italia, Colombia e Irlanda.

94. Dell'«intento, nettamente perseguito dal legislatore, di prevenire, prima ancora che reprimere penalmente, l'aborto clandestino» si parla nella sentenza n. 109/1981 e nella successiva ordinanza n. 14/1989.

95. Silvia Niccolai, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale*, pag. 570, Napoli 2006.

11. Aldilà del compromesso: due referendum che escludono gli "estremismi".

L'esame della giurisprudenza costituzionale in tema d'interruzione volontaria di gravidanza non può prescindere da due giudizi di ammissibilità sui referendum abrogativi della legge n. 194/1978, conclusisi rispettivamente con la decisione n. 26 del 1981 e con la decisione n. 35 del 1997.

L'importanza di questo specifico settore della giurisprudenza costituzionale è ravvisabile nel fatto che i relativi giudizi di ammissibilità costituiscono la prima valutazione, da parte della Consulta, del modo in cui questa disciplina si rapporta ai valori costituzionali. Appena tre anni dopo la storica sentenza del 1975, la Corte si era autodisciplinata, dettando a se stessa dei canoni secondo i quali condurre il giudizio di ammissibilità dei referendum abrogativi, tali da renderlo ben più complesso di quanto non fosse stato fino a quel momento. Il giudice delle leggi, come precisato nella sentenza n. 16 del 1978, ha difatti da considerare tutte le ragioni costituzionalmente rilevanti ai fini dell'eventuale preclusione del referendum. Inammissibili, in

particolare, sono i referendum *«che hanno per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti principi della Costituzione stessa»*⁹⁶. Tuttavia precisò che l'introduzione di tale limite non comportava la sottrazione della possibilità di essere sottoposte a referendum per tutte le leggi "costituzionalmente obbligatorie", che sarebbero *"tutte le leggi ordinarie comunque costitutive od attuative di istituti, di organi, di principi, stabiliti o previsti in dalla Costituzione"*; una diffusa esclusione di un'intera categoria di leggi, da un lato, avrebbe ristretto troppo la portata di tale istituto, mentre, dall'altro lato, non sarebbe stata necessaria né giustificabile, dal momento che "questi atti legislativi- fatta eccezione per le disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato- non realizzano che una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione. Le leggi "a

96. Contestualmente, la Corte affermava l'inammissibilità di quei referendum che non proponano un «quesito comune e razionalmente unitario», i quali, in quanto tali, priverebbero l'elettore della possibilità di differenziare la sua volontà (che può esprimere con un solo avverbio positivo o negativo) sulle diverse richieste abrogative in realtà contenuti nel quesito formalmente unico.

contenuto costituzionalmente vincolato" sarebbero quindi le uniche leggi "costituzionalmente necessarie" su cui non può svolgersi il referendum abrogativo⁹⁷. In occasioni successive la Corte ebbe modo di ritornare sul tema, oggetto di aggiustamenti ed integrazioni che hanno dato luogo a dubbi sulla sostanziale distinzione tra "norme a contenuto costituzionalmente vincolato" e "norme costituzionalmente obbligatorie"⁹⁸, giungendo a ritenere quest'ultime tali da non permettere vuoto legislativo alcuno.

Era il 1981, appena tre anni dall'ingresso della legge n.194, quando il Giudice delle Leggi si trovò a decidere circa l'ammissibilità di tre referendum volti all'abrogazione parziale della legge in questione. Due delle tre proposte referendarie, nonostante i dubbi, superarono il vaglio di ammissibilità: il quesito referndario "radicale" e quello "minimale" presentato dal Movimento per la vita. Dichiarò invece inammissibile il terzo quesito, la cd "richiesta massimale", presentata anche questa dal Movimento per la vita.

97. Andrea Pertici, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in *Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico* – Università di Pisa, G. Giappichelli Editore- Torino, 2010.

98. Per approfondire, si veda Agatino Cariola, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Giuffrè editori (collana Univ. Catania-Fac. giurisprudenza), 1994.

Il quesito radicale mirava in sostanza a depenalizzare in toto l'aborto, facendo cadere quello che i promotori definiscono nella loro memoria il «regime amministrativo monopolistico» che caratterizza la normativa vigente⁹⁹, la Corte osservò che, nel loro complesso, le disposizioni incise dalla richiesta referendaria erano «frutto di scelte discrezionali del legislatore ordinario» e pertanto ammissibili. Quanto, in particolare, all'art. 1, laddove si afferma che «lo Stato...riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio», è chiaro che «le sue proclamazioni non possono venire considerate per sé sole, senza ricollegarle alle opzioni effettuate dal legislatore nel configurare l'intero complesso delle norme – discrezionalmente stabilite, sull'ivg» e lo stesso vale per l'art. 4 (secondo il quale l'aborto è consentito in vista di un «serio pericolo per la salute ... fisica o psichica» della gestante), che «va comunque letto per intero, senza ignorare il rilievo attribuito alla *volontà della gestante*, nell'ambito delle “procedure” previste dall'art. 5¹⁰⁰». In definitiva, «la richiesta “radicale” non ha per oggetto che una

99. Giuditta Brunelli, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere in Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovine Editore, 2009.

100. Corte Costituzionale, Sent. n.26/1981.

serie di disposizioni contenute in una legge ordinaria, l'abrogazione delle quali non si ripercuote sul principio costituzionale del bilanciamento degli interessi concorrenti in materia e nemmeno sugli obblighi che ne possano discendere per il legislatore» ed è su queste basi che la Corte dichiarò ammissibile la richiesta. L'unica disposizione della legge che, considerata nel suo contenuto normativo essenziale, costituisce diretta attuazione del primo comma dell'art. 32 Cost. in tema di IVG, è l'art. 6, in materia di aborto terapeutico (sulla quale si abbatteva la richiesta «massimale» del Movimento per la vita), il quale detta «una disciplina che fundamentalmente si adegua, per ciò che riguarda la tutela del diritto alla salute della gestante, a quella risultante dal dispositivo della sentenza n. 27 del 1975 [...]». La richiesta «massimale», che tende non solo a sopprimere l'art. 6, ma anche «a restaurare una disciplina penale il cui precetto appare identico a quello annullato dalla precedente decisione della Corte», fu pertanto dichiarata inammissibile: «l'art. 6 della legge n. 194, in quanto tutela non soltanto la vita ma anche la salute, non può essere ricondotto ad una scelta

discrezionale del legislatore ordinario, ma *rappresenta nel suo contenuto essenziale una norma costituzionalmente imposta*». La sentenza dichiarò invece ammissibile la richiesta "minimale" dello stesso Movimento per la vita. Il quesito prospettato agli elettori (che la Corte così sintetizza: volete voi che sia abrogata ogni circostanza giustificativa ed ogni modalità dell'ivg, quali sono previste dalla legge n. 194 del 1978, fatta eccezione per l'aborto terapeutico?) appare «ammissibile, anche nella parte in cui propone che si abroghino le parole "o psichica", contenute nella lettera b) dell'art. 6. Sul piano costituzionale rimane fermo, però, che la salute della gestante dev'essere compiutamente garantita dai gravi pericoli che ogni effettiva malattia, di qualsiasi natura, possa produrre nel corso della gravidanza».

In definitiva, dunque, attraverso questa somma di effetti abrogativi il referendum "radicale" si proponeva di sopprimere tutti i procedimenti, gli adempimenti e i controlli di tipo amministrativo (od anche giurisdizionale), che si riferiscono all'interruzione volontaria della gravidanza, come pure tutte le sanzioni per l'inosservanza delle "modalità configurate dalla

legge n. 194". La proposta consisteva quindi nella piena e completa depenalizzazione dell'aborto, al fine di liberalizzarlo, ma gli italiani (e le italiane) – forse non ancora pronti- risposero con un deciso "NO". Su un totale di 30.984.904 votanti, 27.395.909 furono le risposte negative (pari all'88,40% dei voti espressi). Contemporaneamente, nella stessa tornata referendaria, i cittadini furono chiamati ad esprimersi su un quesito di contenuto opposto. Si trattava di abrogare ogni circostanza giustificativa ed ogni modalità dell'interruzione volontaria della gravidanza, fatta eccezione per l'aborto terapeutico (grave pericolo per la vita della gestante). Ma anche in questo caso, la vox populi rispose con un secco "NO". Su 31.625.120 votanti, 21.505.323 risposero negativamente (pari al 68,00% dei voti espressi). Gli Italiani e le italiane diedero ragione e fiducia al legislatore, esprimendosi a favore della legge 194, così come promulgata.

A distanza di quasi venti anni, i radicali tornarono in campo a difesa del diritto all'autodeterminazione. Nel 1997 presentarono infatti un quesito referendario al fine di abrogare le norme della

legge 194 che di fatto ostacolavano la libera scelta della donna. La proposta abrogativa mirava a liberalizzare il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi 90 giorni, attraverso l'eliminazione delle procedure di controllo sulla decisione della donna e del limite secondo cui l'intervento debba avvenire all'interno delle sole strutture sanitarie pubbliche¹⁰¹. In sostanza si trattava di un quesito che non molto (se non addirittura per nulla) si discostava da quello sottoposto alla stessa Corte nel 1981.

A distanza di sedici anni, però, il giudice costituzionale modifica in profondità le proprie opzioni interpretative. La "nuova" proposta non superò il giudizio di ammissibilità, venendo respinta dalla Consulta con sentenza n°35 del 1997. Questa pronuncia è di estrema importanza, ponendo basi salde in grado di condizionare da qui in futuro ogni scelta legislativa concernente la disciplina dell'interruzione di gravidanza, posto che le disposizioni nuovamente sottoposte a richiesta di abrogazione popolare, sottolinea la Consulta, «si ispirano ai

101. Per i dettagli della proposta, vedesi:
<http://www.radioradicale.it/exagora/memoria-referendum-aborto> .

principi costituzionali indicati dalla Corte». Così è per l'art. 1, che «oltre a ribadire [...] i principi costituzionali del diritto alla procreazione cosciente e responsabile e del valore sociale della maternità, stabilisce che la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio»; principio che, «già affermato in modo non equivocabile dalla sentenza n. 27 del 1975 di questa Corte, ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento, anche sul piano internazionale e mondiale»¹⁰². Assai significativo, al riguardo, il richiamo alla «concezione, insita nella Costituzione italiana, in particolare nell'art. 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione privilegiata, in quanto appartengono – come la Corte ebbe modo di specificare nella sentenza n. 1146 del 1988 – "all'essenza dei valori supremi sui quali di fonda la Costituzione italiana"¹⁰³». E se nella decisione del 1981, come abbiamo visto, l'art. 1 era stato ritenuto privo di

102. Si fa riferimento alla Dichiarazione sui diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York, nel cui preambolo è scritto che «il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita».

103. Corte Costituzionale, Sent. n. 35/1997.

significato normativo autonomo, in quanto le sue «proclamazioni» dovevano essere collocate nell'ambito dell'«intero complesso delle norme» sull'interruzione volontaria della gravidanza, sedici anni dopo lo stesso Giudice sostenne invece che tale disposizione «afferma un principio di contenuto più specificamente normativo, quale è quello per cui l'interruzione volontaria della gravidanza non è mezzo per il controllo delle nascite». In modo analogo, anche gli artt. 4 e 5, relativi ai presupposti della interruzione volontaria della gravidanza infratrimestrale, «sono diretta espressione non solo del diritto del concepito alla vita, ma di quella tutela della maternità che pure è iscritta tra gli impegni fondamentali dello Stato (art. 31, secondo comma, della Costituzione)». Quanto all'art. 12, commi 2 e 3, della legge, «tali disposizioni rappresentano la forma di protezione che la legge ordinaria intende assicurare all'infanzia e alla gioventù, pure indicate tra i valori costituzionali fondamentali dal secondo comma dell'art. 31». L'abrogazione degli artt. 4, 5, 12 e 13 (IVG di donna interdetta) della legge n. 194 del 1978 travolgerebbe quindi

«disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù». In definitiva «la richiesta è formulata, attraverso un ritaglio del testo vigente, in modo tale da dare all'abrogazione il senso palese di una pura e semplice soppressione di ogni regolamentazione legale – e non solo di irrilevanza penale – dell'interruzione volontaria della gravidanza nei primi novanta giorni, riconducendo tale vicenda ad un regime di totale libera disponibilità da parte della singola gestante, anche in ordine alla sorte degli interessi costituzionalmente rilevanti in essa coinvolti. Ora, ciò è appunto quanto è precluso al legislatore, e conseguentemente anche alla deliberazione abrogativa del corpo elettorale¹⁰⁴».

È molto chiara l'operazione ideologica realizzata dal giudice: una rilettura in termini restrittivi della pronuncia del 1975 e il conseguente irrigidimento del bilanciamento operato dal legislatore con la legge n.194.

104.. Corte Costituzionale, Sent. n. 35/1997.

La Corte in questo caso non si limita a valutazioni attinenti l'ammissibilità della richiesta referendaria, bensì esprime giudizi di merito su temi centrali della vicenda abortiva. Si riconosce appieno la *tutela costituzionale del diritto del concepito alla vita*- spingendosi ben oltre quanto affermato nella storica sentenza del '75 dove aveva usato la più generica espressione "tutela del concepito"- e la sua ascrivibilità al novero di quei *diritti che sono inviolabili*- in quanto appartenenti «all'essenza dei valori supremi su cui si fonda la Costituzione italiana»¹⁰⁵ e che questa, pertanto, «non consente di toccare mediante l'abrogazione» (legislativa o referendaria che sia¹⁰⁶) quelle disposizioni di legge che, predisponendone la «tutela necessaria minima», sono «disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato». Ed invero, nemmeno sarebbe possibile superare il limite così posto al legislatore ordinario mediante il ricorso ad una produzione legislativa di rango costituzionale, in quanto quei principî supremi «non

105. La Corte si rifà ad un suo autorevole precedente, vale a dire alla sent. n.1146 del 1988. Sul tema dei principî fondamentali quale limite al potere di revisione costituzionale, *ex ceteris*, U. Allegretti, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in E. Ripepe – R. Romboli (a cura di), *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995.

106. Cfr. la sent. Corte cost. n.16 del '78 sulla equiparazione delle due forme di abrogazione .

possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»¹⁰⁷.

La Corte fa spesso esplicito richiamo al precedente del 1981, sembrerebbe quindi trattarsi di niente di nuovo, eppure tutto appare tale, in quanto, se è vero che il principio per il quale la vita umana deve essere tutelata sin dal suo inizio era già chiaramente emerso nel noto precedente della Corte, è anche vero che, nell'arco dei quasi venti anni intercorsi tra le due sentenze, è intervenuta una significativa maturazione giuridica e, prima che giuridica, culturale, sia sul piano nazionale¹⁰⁸, sia su quello internazionale – riversatasi, quest'ultima, nella stipula di Trattati, negli interventi di organismi sovranazionali¹⁰⁹ e nell'attivarsi del circuito delle Corti costituzionali europee. Di tali circostanze la Corte si mostra pienamente consapevole.

E' questa evoluzione "multilivello" che consente alla Corte

107. Sent 1146/1988, Corte Costituzionale.

108. Si è rafforzata la concezione insita nella Costituzione italiana, in particolare nell'art. 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua espressione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili» (sent. Corte cost. n. 35/1997).

109. E' in particolare il diffondersi delle nuove metodiche di procreazione artificiale (che comportano la creazione di embrioni soprannumerari) a determinare l'intervento di organismi sopranazionali, come il Consiglio d'Europa ed il Parlamento europeo.

“l’abbandono della distinzione persona–non persona”, che era stata effettuata nella sent. n. 27/1975, e la piena “affermazione del diritto alla vita del concepito”.

Ed è in virtù di questa evoluzione che la Corte prende posizione a protezione di quella tutela necessaria minima di interessi ritenuti fondamentali dalla Costituzione e realizzata dalla legge n. 194/78 operando una "blindatura"¹¹⁰ della legge stessa rispetto alla possibilità di abrogazione per via referendaria, quale legge a contenuto costituzionalmente vincolato¹¹¹, nonostante si tratti, in buona sostanza, delle stesse disposizioni che la Corte, nel febbraio del 1981, aveva ritenuto essere «nel loro complesso (...) il frutto di scelte discrezionali del legislatore ordinario», ben «poco imposte o necessitate dal punto di vista costituzionale», sulle quali, pertanto, era da ritenersi ammissibile il referendum abrogativo¹¹². E' quindi evidente il cambio di rotta.

110. L'espressione citata è di M. Olivetti, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, osservazioni alla sent. Corte cost. N 35/1997, in *Giur. cost.*, 1997, 316 .

111. «L'unica necessaria disciplina, consentita in sede attuativa della norma costituzionale», questa l'autorevole definizione fornita da Gustavo Zagrebelsky, Relazione al secondo convegno giuridico, *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Funzioni e poteri della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum*, Roma, 1978, pag. 28.

112. Rosanna Fattibene, Maria Pia Iadiccio, *L'aborto nella giurisprudenza costituzionale*, in Centro Universitario di Ricerca Bioetica, 2010.

L'aver dichiarato la legge n. 194 quale norma a contenuto costituzionalmente vincolato ci porta a compiere una considerazione: se è vero che eventuali modifiche alla Legge sono ammesse solo nella misura in cui non siano tali da stravolgere gli assetti di tutela così come delineati dalla Corte, l'ipotesi di una modifica legislativa che "liberalizzasse" l'aborto nei primi tre mesi di gestazione risulterebbe inammissibile stante la dichiarazione "...la vita umana va tutelata sin dal suo inizio", salvo che si statuisse una volta per tutte (cosa medicalmente impossibile, data la presenza di dottrine contrastanti, come abbiamo avuto modo di approfondire nelle pagine precedenti¹¹³) cosa debba intendersi per inizio vita. E' altresì vero però che la stessa blindatura è tale da "proteggere" la 194 da manipolazioni legislative volte a restringerne l'ambito applicativo, quindi a circoscrivere il diritto all'aborto (e quindi alla salute e all'autodeterminazione) della donna gestante. Si impedisce sì di ridurre il grado di protezione ivi riservato ai diritti (e agli interessi) in gioco, ma non si impedisce certo di migliorare gli stessi meccanismi di protezione a tal fine predisposti. Anzi,

113. *Supra* 3.2.1

appare quasi un invito, posto che nella sentenza n.35 del 1997 viene riconosciuta semplicemente come "minima" una tutela che, toccando elementi fondamentali dell'assetto dei valori costituzionali, meriterebbe invece di essere piena e compiuta.

12. Fatta la legge, trovato l'inganno. L'obiezione di coscienza.

L'obiezione di coscienza (O.C.) viene spesso considerata come un rimedio alla lacerazione sociale, a fronte di posizioni della maggioranza- che prendono forma nelle scelte del legislatore- che non possono assolutamente essere accettate da una minoranza, magari perchè in conflitto con "principi non negoziabili"¹¹⁴. L'obiezione da quest'angolo di visuale sarebbe "una tecnica indispensabile alla società pluralista"¹¹⁵. Invero, per realizzare un pluralismo "sano" è necessaria anzitutto una buona dose di eguaglianza politica, da intendersi come eguale possibilità di "espressione" per tutte le voci presenti nella società civile¹¹⁶. Dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si erano

114. F. Grandi op. cit. pag 163.

115. Stefano Rodotà, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993/1, pag. 58.

116. F. Grandi op. cit. Pag. 164.

già avute le prime manifestazioni di obiezione di coscienza riguardo gli obblighi derivanti dalla leva militare: l'obbligo di difendere in armi la Patria contrasta, *ictu oculi*, con il convincimento morale – e fors'anche religioso- per il quale nessun uomo deve trovarsi costretto ad uccidere, o a ledere in alcun modo, un suo simile. Per chi decide di inserirsi in un altro sistema di obbedienza, un sistema di tipo etico-morale o religioso, «un fatto di apparente disobbedienza... si giustifica in definitiva come un profondo atto di obbedienza»¹¹⁷ che in quanto tale non meriterebbe di essere sanzionato perchè espressione di libertà di coscienza. L' *O.C.* solleva un "conflitto di adesione ad un compesso di regole" che tocca il fondamento stesso del vivere comune e se, da una parte, l'ordinamento deve necessariamente rendersi immune da queste disobbedienze occasionali, dall'altra, deve permettere alle istanze della coscienza di modificarlo, in una logica di tipo democratico.

La nostra Carta costituzionale non fa espresso riferimento alla libertà di coscienza e ciò ha determinato non poche difficoltà in

117. A. Pagliaru, Promemoria sull'obiezione di coscienza, in Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza, Milano, Giuffrè Editori, 1968, p. 645.

termini di definizione del contenuto autonomo della stessa, diversamente da quanto accade in molte costituzioni di altri Paesi¹¹⁸ o nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art.10), o nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (art.9), o, ancora nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art.18), dove la si trova espressa accanto alla libertà di pensiero e di religione. La nostra giurisprudenza Costituzionale si avvicina al tema sono negli anni settanta, in particolare con la sentenza n.117 del 1979 – in tema di giuramento nel processo- in cui si riconosce che la libertà di coscienza è un diritto garantito dagli articoli 19 e 21 della Costituzione, specificando come essa non operi solo a livello di foro interno, bensì anche nelle manifestazioni esteriori che danno rilievo giuridico all'esercizio della libertà di coscienza.

12.1 Obiezione e obbligo di continuità del servizio.

Il legislatore del 1978, certo che la legalizzazione dell'interruzione di gravidanza si sarebbe posta in conflitto con

118. Ad esempio l'art 20 della Costituzione Spagnola parla di *cláusula de conciencia*.

taluni convincimenti di coscienza in riferimento alla sorte del concepito, ha previsto (art. 9 della legge n. 194) la possibilità per il personale medico-sanitario e ausiliario di sollevare obiezione di coscienza riguardo la procedura interruttiva di gravidanza, salvo però la previsione di alcune contromisure atte a garantirne la continuità del servizio e la salute della gestante: *«L'obiezione di coscienza esonera..dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento¹¹⁹»* segue *«L'obiezione di coscienza non può essere invocata dal personale sanitario, ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze,*

119. Significativa al riguardo risulta la sentenza 2 aprile 2013, n. 14979 della Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione. Il caso vedeva un medico, a seguito di una specifica richiesta di intervento nei confronti di una paziente, sottoposta ad una operazione di interruzione di gravidanza mediante somministrazione farmacologica, rifiutarsi di visitare ed assistere quest'ultima, in quanto obiettore di coscienza, nonostante le varie istanze di intervento che costringevano, alla fine, il primario a recarsi in ospedale per intervenire d'urgenza.

Per tale motivo, la Corte di Appello di Trieste, confermando la sentenza del Tribunale di Pordenone, condannava il medico in servizio presso il presidio ospedaliero di San Vito di Tagliamento, ad un anno di reclusione per il reato di cui all'art. 328 c.p.(Rifiuto di atti di ufficio. Omissione). Come specificato dal giudice nomofilattico, secondo la disciplina della legge ora richiamata, l'obiezione esonera il medico esclusivamente dal "*compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza*", diritto che peraltro trova il suo limite nella tutela della salute della donna, tanto è vero che il comma 5 dell'art. 9 della legge citata esclude ogni operatività all'obiezione di coscienza nei casi in cui l'intervento del medico obiettore sia "*indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo*".

il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo». Va notato come nella disciplina in questione manchi qualsivoglia previsione di condizioni che legittimino l'astensione dalle procedure interruttrive, ne segue che una scelta più vantaggiosa per il personale medico sanitario risulta priva di deterrenti- come ad esempio una prestazione alternativa- con il risultato di incoraggiare all'astensione di cui l'art. 9 abbandonando al "capriccio degli obiettori" l'erogazione del servizio¹²⁰.

Peraltro la norma in questione riconosce pure la c.d. "obiezione sopravvenuta" (*L'obiezione può sempre..venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma [...]*), e all'ultimo comma specifica come i comportamenti successivi incompatibili con la scelta obiettorica espressa in precedenza (ossia la partecipazione a procedure abortive) assumano rilevanza ai fini della revoca del beneficio. A parte queste ipotesi, però, la disciplina "si è mostrata seriamente in grado di pregiudicare il raggiungimento delle finalità proprie della legge che la

120. S. Rodotà, *Perchè Laico*, Roma-Bari, 2009, pag. 34.

prevede¹²¹".

Nel 2012 si evincono valori elevati di obiezione di coscienza, specie tra i ginecologi (69.6%, cioè più di due su tre) con una tendenza alla stabilizzazione, dopo un notevole aumento negli anni. Infatti, a livello nazionale, si è passati dal 58.7% del 2005, al 69.2% del 2006, al 70.5% del 2007, al 71.5% del 2008, al 70.7% nel 2009, al 69.3% nel 2010 e 2011 e al 69.6% nel 2012. Tra gli anestesisti la situazione è più stabile con una variazione da 45.7% nel 2005 a 50.8% nel 2010, 47.5% nel 2011 e 2012. Per il personale non medico si è osservato un ulteriore incremento, con valori che sono passati dal 38.6% nel 2005 al 45.0 % nel 2012. Si osservano notevoli variazioni tra regioni. Percentuali superiori all'80% tra i ginecologi sono presenti principalmente al sud: 90.3% in Molise, 89.4% in Basilicata, 87.3% nella PA di Bolzano, 84.5% in Sicilia, 81.9% nel Lazio, 81.8% in Campania e 81.5% in Abruzzo. Anche per gli anestesisti i valori più elevati si osservano al sud (con un massimo di 78.3% in Molise, 77.4% in Sicilia, 71.5% nel Lazio e

121. Davide Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, 2011, pag. 187 ss.

71.3% in Calabria). Per il personale non medico i valori sono più bassi e presentano una maggiore variabilità, con un massimo di 90.1% in Molise e 80.9% in Sicilia, questi i dati riportati nell'ultima *"Relazione del Ministro della Salute sull'attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza"* del 26 ottobre 2015. Se si conviene con la Corte Costituzionale che "organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente¹²²", sembra possibile sostenere che sussiste una "doverosità organizzativa dell'amministrazione sanitaria" nella garanzia di diritti che "passa attraverso l'inclusione degli adempimenti a ciò connessi nella missione istituzionale di quest'ultima". Le questioni organizzative, in altre parole, sono uno snodo fondamentale per formulare un giudizio sull'effettività del diritto di abortire¹²³. Quella che appare una facoltà (l'obiezione) si traduce, altresì, in una violazione del principio di eguaglianza nei confronti del personale sanitario e ausiliario non

122. Sent. n.383 del 1998.

123. F. Grandi op. cit. Pag 178.

obiettore, nonché delle pazienti in ragione del noncumulo al loro diritto alla salute¹²⁴. Carlo Flamigni imputa alle astensioni ai sensi dell'art. 9 della legge n. 194 enormi ritardi nell'esecuzione degli interventi in molti ospedali, e il conseguenziale maggior pericolo per la salute della donna, per la quale "il rischio di morte aumenta del 30% per ogni settimana di gestazione"¹²⁵. E' cronaca di tutti i giorni che il personale non obiettore è oppresso da una mole di interventi interruttivi di gravidanza, che marginalizza ogni diversa attività tipica della relativa professione¹²⁶.

Il quarto comma dell'art. 9 impone alle amministrazioni ospedaliere di assicurare la continuità nell'erogazione del servizio il quale non rappresenta un mero interesse collettivo, ma un diritto individuale per ogni singolo utente¹²⁷. Questa previsione rappresenta il bilanciamento di diritti che il legislatore ebbe modo di prevedere, senonchè nella realtà dei fatti si dimostra

124. Antonio D'Atena, *Commento all'art. 9*, in AA. VV., *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, pag 1660 ss.

125. Carlo Flamigni, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*. Bologna, 2008, pag. 93.

126. Ex multis vedasi l'intervista di Giulia Corsini ad un medico non obiettore: <http://www.nextquotidiano.it/aborto-storia-di-un-medico-non-obiettore/#prettyPhoto> (ultima consultazione: 09/01/2016).

127. Massimo Luciani, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica Amministrazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, pag 74.

del tutto inadeguato nella misura in cui non risulta capace di garantire l'equilibrio per cui venne concepito, posto che i comportamenti omissivi (leciti) del personale sanitario sono in grado di pregiudicare l'effettiva continuità del servizio, data l'assenza di qualsivoglia predisposizione di strumenti idonei ad evitare l'elusione di cui il quarto comma dell'art. 9. Il vistoso disallineamento tra lo scopo in astratto della norma sulla facoltà di astensione (*rectius*: la possibilità di invocare l'obiezione di coscienza facendo salva la regolarità del servizio) e la sua applicazione concreta sembra riprodurre lo schema tipico dell'abuso di diritto, che ricorre, appunto, quando si verifica simile divergenza tra momento statico e dinamico di una stessa fattispecie¹²⁸. Qualificando il divieto di abuso come "canone ermeneutico dei limiti funzionali delle libertà costituzionalmente garantite", la ratio della norma di cui all'art. 9 potrebbe essere questa: *"la libertà di coscienza non deve pregiudicare il diritto*

128. F. Grandi op. cit. Pag. 184 e ss. "La differenza tra la tecnica del bilanciamento e quella propria dell'abuso del diritto è nel fatto che nel primo caso il sindacato sarà incentrato su un limite "esterno", mentre nel secondo su un limite "interno". Più diffusamente: nel bilanciamento la meritevolezza di tutela viene apprezzata dal giudice avendo come parametro interessi, principi o valori diversi e concorrenti rispetto alla pretesa avanzata in giudizio; nel caso dell'abuso del diritto, invece, il medesimo giudizio viene operato avendo riguardo esclusivamente alla ratio interna della norma che ha positivizzato il diritto".

all'autodeterminazione della donna"¹²⁹. Per non alterare la normale dialettica tra diritti (inviolabili) e doveri (inderogabili), il legislatore, quando intende prevedere ipotesi legittime di astensione dagli obblighi imposti dalla legge, deve contestualmente garantire che non venga pregiudicato l'adempimento del dovere costituzionale inderogabile sotteso all'impostazione degli stessi (obblighi). Nel caso di specie, questa regola appare rispettata nel momento in cui il legislatore si cura di garantire comunque il servizio, ecco quindi dimostrato come nella concreta applicazione della facoltà prevista all'art. 9 si realizzi nei fatti- le cronache quotidiane dimostrano quanto sia difficile abortire, soprattutto in talune Regioni- un abuso.

13. Quale futuro per il "diritto all'aborto"?

La legge n.194, così come confezionata, sarebbe di per sé in grado di assicurare sia il diritto alla salute della gestante che la sua autodeterminazione, senza però trascurare gli *interessi* facenti capo al nascituro. Come abbiamo avuto modo di vedere, però,

129. *Idem*, *Aborto Farmacologico e arrività di secondamento*, in Rivista AIC, 2013.

nella quotidiana applicazione essa non si rivela in grado di esplicitare la funzione per cui venne concepita. L'obiezione di coscienza, nata quale diritto, si è rivelata un ostacolo all'effettiva applicazione della legge.

E' opportuno domandarci come, *de jure condendo*, il legislatore possa intervenire onde porre fine al fenomeno. Si potrebbe, ad esempio, introdurre un sindacato sulla "sincerità" della motivazione, come a suo tempo fece con la legge n. 772 del 1972 per l'ammissione al beneficio del servizio civile, senonchè tale soluzione non è consigliabile proprio alla luce dell'esperienza che ebbe seguito alla legge n.772/72, ove molte furono le incertezze sulle funzioni della commissione chiamata ad "investigare", in particolare la natura del sindacato (se di merito rispetto al grado di convincimento o di mera manifesta infondatezza), più in generale perchè la coscienza, di volta in volta, si determina in autonomia, quindi non si può ragionevolmente esigere che un'indagine preventiva sulle motivazioni possa essere risolutiva al fine di diradare i sospetti sulla strumentalità della scelta obiettoria. Ma se l'ordinamento non può apprezzare, senza tema

di smentita la sincerità, come autenticità delle manifestazioni esterne del "foro interno"¹³⁰, può sempre intenderla come coerenza di comportamenti, come la Corte Costituzionale ebbe modo di specificare nel 2006: il legislatore può pretendere che gli obiettori "*mantengano integra, almeno in foro esterno, quella coerenza morale, ideale e religiosa che ha motivato il loro rifiuto*"¹³¹. Non a caso la stessa legge n.194 prevede la caduta del beneficio per chi, dichiaratosi obiettore, venga sorpreso a praticare aborti, sennonchè siffatta minaccia risulta svuotata nel suo significato dal momento che la domanda di astensione può essere successivamente ripresentata.

E' evidente che quello che manca è un adeguato apparato sanzionatorio a presidio della sincerità della scelta. A parere di alcuni¹³², la responsabilizzazione dell'esercizio del diritto di obiettare, nonchè la consequenziale valorizzazione dell'obiezione

130. Giovanni Di Cosimo, *Coscienza e costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000.

131. Sent. n. 141 del 2006. Ivi la Corte aveva deciso per la legittimità del divieto contenuto nella legge n.230/1998, in forza del quale i soggetti che abbiano optato per il servizio civile in sostituzione di quello militare non possono detenere nè usare armi, nè assumere ruoli imprenditoriali o direttivi nella fabbricazione e commercializzazione di armi e materiali esplodenti, in quanto il "*diritto all'obiezione di coscienza fa perno dunque sul rifiuto, da parte di alcuni cittadini, di usare "le armi" per motivi ideali o religiosi, che il legislatore ritiene meritevoli di tutela*".

132. Così Federica Grandi in *op. cit.*

disinteressata e autentica¹³³, può essere assicurata solo dissuadendo l'obiezione pretestuosa con la minaccia massima dell'ordinamento, vale a dire con una "apposita fattispecie incriminatrice che si perfezioni nel momento in cui essa (la falsa dichiarazione) sia apprezzabile dall'esterno...in ogni caso assistita dalla pena accessoria nell'esercizio dell'interdizione dall'esercizio della professione medica"¹³⁴.

Ma, senza entrare nel merito delle coscienze altrui, varie sono state le proposte per arginare il dilagante fenomeno delle astensioni: c'è chi ha proposto un'indennità economica per i medici non obiettori per il carico di lavoro supplementare, chi ha proposto la previsione di una soglia minima del 50% o 70% di non obiettori nelle strutture sanitarie in cui si praticano IVG¹³⁵, o ancora- al pari di ogni altro intervento sanitario- all'opportunità per i medici di eseguire la prestazione abortiva anche in strutture private autorizzate dalla Regione¹³⁶, ovvero alla possibilità per

133. D. Paris, *op. cit.*, pag 207 ss.

134. F. Grandi *op. cit.* Pag. 181.

135. E' il caso della proposta di legge del deputato Vincenza Labriola, del 12 maggio 2014, dove si prevede che "Dopo il primo periodo del quarto comma dell'articolo 9 della legge 22 maggio 1978, n. 194, è inserito il seguente: « A tale fine, nelle strutture di cui al periodo precedente deve essere garantito che almeno il 50 per cento del personale sanitario ed esercitare le attività ausiliarie in servizio non sia obiettore di coscienza »"

136. Vedesi la proposta di legge dei deputati Farina Coscioni, Maurizio Turco e

l'amministrazione sanitaria di bandire concorsi solo per il personale non obiettore, soluzione questa già praticata¹³⁷ e che, secondo parte della dottrina, avrebbe il pregio di mettere nella condizione, chi aspira al ruolo professionale, di conoscere le particolari modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, in maniera tale da poterne valutare "la compatibilità con le proprie convinzioni e, qualora le ritenga incompatibili, rinunciarvi preventivamente"¹³⁸, secondo altra parte, invece, siffatta coartazione della coscienza è inammissibile, posto che il legislatore ha contemplato anche tutti i medici di un reparto possano sollevare obiezione di coscienza, ma in questo caso non è chiaro come – se così fosse- si possa riuscire a garantirne il servizio (oltre che la continuità dello stesso). Rimane in ogni caso ferma la possibilità di sollevare obiezione successivamente alla data di assunzione, e nel caso di specie la previsione sarebbe quella dell'espulsione se non fosse che, come la dottrina ha

altri presentata il 29 Aprile 2008.

137. Decreto del commissario ad acta (Delibera del Consiglio dei Ministri del 21 marzo 2013) n. U00227/2015, c,d, "*Decreto sblocca turn over*". http://www.regione.lazio.it/binary/rl_sanita/tbl_normativa/SAN_DCA_U00227_8_giugno_2015_AO_San_Camillo_Forlanini_Autorizzazione_assunzione_in_deroga_blocco_turn_over_anno_2015.pdf.

138. Stefano Rodotà, *Problemi di obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. Eccl.*, 1993/1, pag. 64.

osservato, tale clausula sarebbe apponibile solo ai contratti a tempo determinato¹³⁹. E' per il principio di non discriminazione che il lavoratore non potrebbe essere privato della possibilità dell'obiezione "successiva", ecco quindi come anche la soluzione dei concorsi per i soli non-obiettori risulta non essere efficace. Come suggerito da alcuni, sarebbe più incisivo accompagnare la "clausula di esclusione" con adeguati interventi sul trattamento economico e sull'avanzamento in carriera dei soggetti cooptati quali non-obiettori, per cui fermo resta il diritto ad esercitare obiezione di coscienza (successiva), salvo il diritto dell'azienda ospedaliera a trattenere parte della sua retribuzione, nonchè a bloccarne gli scatti in carriera¹⁴⁰. Queste misure fungerebbero da deterrente.

13.1 Il caso Lazio.

Una delle regioni che, stando alla *Relazione* sull'applicazione della legge n.194, risente maggiormente degli effetti della cospicua quantità di obiettori di coscienza è il Lazio, non a caso è

139. P. Veronesi, op. cit., pag 149.

140. In questo senso F. Grandi op. cit; Vincenzo Pacillo, *Contributo alo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003.

proprio questa la Regione interessata da un provvedimento – il decreto U00152/2014- del commissario ad acta, Nicola Zingaretti, con cui si prevede, tra l'altro, che *"in merito all'esercizio dell'obiezione di coscienza fra i medici ginecologi, che dati recenti pongono a 69,3% in Italia [...] si ribadisce come questa riguardi l'attività degli operatori impegnati esclusivamente nel trattamento dell'interruzione volontaria di gravidanza, di seguito denominata IVG. Al riguardo, si sottolinea che il personale operante nel Consultorio Familiare non è coinvolto direttamente nella effettuazione di tale pratica, bensì solo in attività di attestazione dello stato di gravidanza e certificazione attestante la richiesta inoltrata dalla donna di effettuare IVG. Per analogo motivo, il personale operante nel Consultorio è tenuto alla prescrizione di contraccettivi ormonali, sia routinaria che in fase post-coitale, nonché all'applicazione di sistemi contraccettivi meccanici, vedi I.U.D.(Intra Uterine Devices)".* Una scelta, quella della Regione, motivata espressamente con «l'esigenza di omogeneizzazione delle funzioni e delle attività svolte dai consultori familiari regionali,

secondo un'ottica partecipativa volta ad assicurare un'offerta assistenziale equa e uniforme sull'intero territorio regionale»; una decisione che certamente tiene conto, cercando di fronteggiarne gli effetti da un punto di vista organizzativo, di una realtà regionale in cui, alla luce degli ultimi dati disponibili in proposito, ad obiettare sono l'80,7% dei ginecologi e il carico di lavoro per i non obiettori, come dimostrato dall'ultima *Relazione*, è pari a 9,4 aborti a settimana. L'attività alla quale anche gli obiettori di coscienza sarebbero tenuti riguarda unicamente l'assistenza prestata nei consultori familiari, luogo in cui non si pratica materialmente l'interruzione volontaria di gravidanza ma dove avvengono soltanto gli accertamenti medici dello stato di gravidanza, l'esame, insieme alla donna, ed eventualmente anche al padre del concepito, di soluzioni che potrebbero aiutarla a rimuovere le cause che la inducono alla richiesta di interruzione della gravidanza, e, infine, l'attività di certificazione dello stato di gravidanza e della richiesta di interruzione volontaria della stessa nei primi novanta giorni. Concepito nell'ottica "*della tutela della salute femminile*", il decreto non ha superato il vaglio del

Consiglio di Stato. I giudici di Palazzo Spada il 5 febbraio 2015 hanno infatti accolto la richiesta di sospensione dell'efficacia della parte del decreto in cui è previsto l'obbligo di rilascio della certificazione necessaria per l'interruzione di gravidanza, in capo a tutti i medici operanti nei consultori, siano essi obiettori o meno.

Pochi anni prima, precisamente nel 2010, una questione relativa all'obiezione di coscienza in materia di IVG nell'ambito dei consultori familiari era stata risolta alla luce di una interpretazione opposta a quella appena vista. Il ricorso in questo caso riguardava una deliberazione della Giunta della Regione Puglia che aveva disposto l'integrazione del personale dei consultori con un medico ginecologo "non obiettore" e due ostetriche "non obiettrici" al fine di assicurare la garanzia nell'erogazione dei servizi consultoriali. Il TAR Puglia, Bari, sez. II, sent. 14 settembre 2010, n. 3477, aveva considerato a questo proposito come nessuno dei compiti assegnati al personale che opera nei consultori fosse suscettibile di essere rifiutato da medici e ostetriche in virtù della loro obiezione di coscienza, dal

momento che si tratta di strutture in cui non si pratica materialmente l'interruzione di gravidanza. Per tale motivo aveva ritenuto irragionevole, e quindi illegittima, la discriminazione fra obiettori e non nella definizione dell'organico dei consultori stessi. Una soluzione, questa, che nelle sue motivazioni mostrava di accogliere una interpretazione del tutto opposta da quella oggi fatta propria dal Consiglio di Stato: per il TAR Puglia, infatti, le attività svolte nei consultori non sono suscettibili di essere rifiutate, per il Consiglio di Stato, invece, non possono essere imposte agli obiettori, proprio perché incluse dalla legge fra le azioni il cui compimento è materia di possibile obiezione.

Entrambi i casi qui presi in considerazione sono il frutto di scelte organizzative che cercano di garantire alcuni servizi legati all'interruzione di gravidanza nei consultori familiari, nonostante la presenza di personale obiettore, posto che è prevista la possibilità del personale medico-sanitario di obiettare, ma non è consentito alla struttura sanitaria di non erogare i relativi servizi, essendo quest'ultima tenuta comunque «ad assicurare l'espletamento delle procedure previste...». Al diritto

all'obiezione di coscienza da parte dei singoli, non corrisponde un'analogha possibilità da parte delle strutture¹⁴¹. Se da un punto di vista giuridico e normativo, quindi, non è in alcun modo in dubbio che le Regioni, dovendo assicurare i livelli essenziali di assistenza, fra cui è inclusa anche l'interruzione volontaria di gravidanza- come espressamente indicato nell'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 novembre 2001, concernente la definizione dei livelli essenziali di assistenza- siano direttamente onerate del dovere di garantire le prestazioni relative, sul piano della concreta possibilità di adempiere a questo dovere alcuni dubbi sorgono, come dimostrato dalla già citata *Relazione*.

14. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle varie soluzioni proposte e dei tentativi contenitivi praticati, sulla scorta dei dati riportati dalla *Relazione* è evidente come l'obiezione di coscienza continui ad essere il più grande

141. Alessandra Pioggia, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici in Istituzioni del federalismo*,1/2015.

ostacolo per un'effettiva applicazione della legge n. 194/1978. Tra le proposte, ho l'impressione che la più incisiva sarebbe quella di permettere la pratica della prestazione abortiva anche in strutture private autorizzate. La possibilità di praticare aborti privatamente, a pagamento, smaschererebbe gli "obiettori occasionali", del resto l'uomo è spinto dal denaro, *"ha cessato di essere schiavo dell'uomo ed è diventato schiavo della cosa [...] io, che mediante il denaro posso tutto ciò che un cuore umano desidera, non possiedo io tutti i poteri umani? Il mio denaro non tramuta tutte le mie deficienze nel loro contrario? [...] Poichè il denaro, in quanto concetto esistente e attuale del valore, confonde e scambia tutte le cose, esso costituisce la generale confusione e inversione di ogni cosa, dunque il mondo sovvertito, la confusione e inversione di tutte le qualità naturali e umane"*¹⁴².

142. Marx e Engels dai *Manoscritti economico-filosofici* del 1844 e da altre opere.

CAPITOLO II

L'ABORTO IN SPAGNA: UN “*DERECHO LEGAL*” .

1. Breve introduzione storica.

Come nella maggior parte degli ordinamenti fino alla seconda metà del '900, abortire in Spagna era considerato, e perseguito come, reato. Ovviamente, *el que estuviera prohibido, no impedía que se realizaran en torno a 100.000 abortos al año, aunque son determinaciones imprecisas, por el secretismo que rodeaba estos hechos*¹. All'epoca erano pochi gli Stati in cui vi era una regolamentazione dell'aborto: nel 1916 fu la Repubblica federale Svizzera ad introdurre, per la prima volta in Europa, una legislazione sull'interruzione volontaria della gravidanza. Ad essa seguì la Cecoslovacchia nel 1925, nel 1926 l'Unione Sovietica e nel 1929 il Giappone imperiale. Per quanto riguarda la Spagna, una prima, ma circostanziata, forma di regolazione dell'interruzione della gravidanza e quindi di depenalizzazione dell'aborto, la ritroviamo nella regione Catalana, dove con la

1. Florentina Pina Roche, Pilar Almansa Martínez, “*Mujer y cuidados: retos en salud*”, Universidad de Murcia, España, 2014.

"*Ley de Aborto de la generalitat Republicana*"², pubblicata nel Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña in data 9 gennaio 1937, si depenalizzava l'aborto quando praticato per motivi di ordine terapeutico, etico o eugenetico, entro i tre mesi di gestazione a meno che non lo richiedano motivi terapeutici.

La promotrice della riforma fu Federica Montseny Mañé³, quando nel 1936 entrò a far parte del governo Repubblicano di Francisco Largo Caballero, in piena Guerra Civile.

Scrive nella sue memorie, "Mis primeros cuarenta años"⁴: *"Tuve que recurrir al subterfugio de extender al resto de la España republicana los beneficios del decreto sobre el derecho a la interrupción artificial del embarazo adoptado por la Generalidad de Cataluña. Debía buscarse una solución al drama de miles de mujeres que, cargadas de hijos, recurrían a medios extra medicales o caseros para suprimir embarazos no deseados (...). Había que evitar la hecatombe de mujeres que*

2. Testo completo alla pagina web: <http://www.aperte.es/monograficos/ley-aborto-republica-1937.php>

3. Federica Montseny Mañé, Madrid 1905- Toulouse 1994. Fu una scrittrice, attivista anarchica e una delle figure più importanti del movimento operaio Spagnolo. Biografia completa:
<http://www.biografiasyvidas.com/biografia/m/montseny.htm>.

4. Federica Montseny, "*Mis primeros cuarenta años*", Plaza & Janés Editores, Colección Biografías y memorias, Barcelona , España, 1987.

eran víctimas de maniobras abortivas que las mutilaban para siempre y que, en muchas ocasiones, les costaban la vida".

"Todo escrúpulo religioso o de otra índole pesaba poco en la vida de las mujeres que debían afrontar tal estado de cosas".

Si prevedevano quali cause di giustificazione per la pratica legittima dell'aborto: l'infermità fisica o mentale della madre, motivi tali da rendere il parto controindicato (motivo terapeutico), gravi malformazioni "*hereditarias*" (motivo eugenetico), incesto e gravidanza indesiderata (motivo etico); in quest'ultimo caso l' IVG si praticava dietro petizione della gestante, senza che la famiglia potesse presentare reclamo alcuno. Trascorsi i primi tre mesi di gravidanza, si giustificava solo l'aborto per ragioni terapeutiche.

Una *Ley* veramente avanguardista, perchè oltre a prevedere la possibilità di abortire in maniera legale, si preoccupava di porre le basi affinché il ricorso stesso all'aborto subisse una drastica diminuzione, prevedendo infatti, accanto ai centri in cui si sarebbe praticata l'IVG, la creazione di centri "*destinati alla diffusione popolare dei metodi contraccettivi*".

La rivista "*Mundo Gráfico*", edita dal 1911 al 1938, aveva dichiarato al riguardo: "*Se aspira a dotar a la mujer de una sólida cultura que le permita evitar el aborto y recurrir a él en último recurso*" e sottolineò come questa *ley* avrebbe salvato numerose vite di donne costrette alle pratiche clandestine.

L'entrata in vigore di questa legge suscitò la pubblicazione di messaggi contro la stessa, provenienti dai mezzi di comunicazione filo-franchisti. Il quotidiano ABC scrisse, senza mezzi termini, che questa *Ley* fosse frutto dell'ansia divoratrice del comunismo giudeo per sterminare la Spagna, "*El aborto, legalmente, es un asesinato, un crimen de lesa humanidad, ya que condena a un ser que iba a nacer a que no nazca, (...) la mujer que voluntariamente aborta pierde el más justo título que puede alcanzar en el cumplimiento de su divino papel, el de ser madre*"⁵.

Ma a parte la parentesi catalana, il primo intervento della Spagna costituzionale risale agli anni ottanta. I vari codici penali franchisti – cioè sotto la vigenza del regime dittatoriale di Francisco Franco- sanzionavano qualsiasi forma di aborto

5. Dal quotidiano "*Público*", del 15 Febbraio 2015.

volontario accompagnandolo da una pena che andava da un minimo di sei mesi ad un massimo di sei anni di reclusione; la pena era ridotta solo nell'ipotesi in cui si trattasse di aborto volto ad "occultarne il disonore", così recitava l'art. 344 del codice penale *"Si lo hiciere por ocultar su deshonorra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio⁶"*.

Questa legislazione penale dell'aborto rimase in vigore fino al 1985, anno di riforma dell'art. 417 Bis del codice penale con cui si depenalizzò -parzialmente- l'aborto, tramite l'introduzione del c.d "sistema delle indicazioni", vale a dire con la previsione di tre situazioni idonee ad evitare la punibilità dell'interruzione volontaria di gravidanza: 1) subita violenza sessuale, 2) gravi malformazioni del feto, 3) il rischio per la salute psico-fisica della gestante.

Nel 1983, durante il primo Governo socialista in regime di democrazia, il 3 Gennaio venne fatto quello che fu definito *"un anuncio histórico"*: il Ministro della Sanità, Ernes Llunch, annuncia per il corrente anno una riforma del Codice Penale al

6. C. San Miguel, 5 septiembre 1984, R., t. LXXXI, II parte, sec. IV, pag 280, *"Obra para ocultar su deshonorra la mujer soltera que vive en casa de sus padres, ignorantes éstos de la naturaleza de las relaciones mantenida con su amante, que en manera alguna aceptarían su maternidad"*.

fine di depenalizzare l'interruzione volontaria della gravidanza. Comincia infatti l'*iter* parlamentare che conduce, nel Novembre dello stesso anno, all'approvazione dell' Anteproyecto de Ley di riforma del codice penale. Il 2 Dicembre 1983, José María Ruiz Gallardón, padre dell'ex Ministro di Giustizia, solleva ricorso di incostituzionalità in rappresentanza di 54 deputati del Partito Popolare, il *Tribunal Constitucional* (da ora in poi TC) si pronuncerà al riguardo e pronta arriverà la risposta del Legislatore. Il ricorso fece sì che la legge si approvasse solo a distanza di due anni, nel 1985. In questo lasso di tempo si inserisce una significativa pronuncia del *Tribunal Constitucional*, la sentenza n°75/1984, del 27 giugno, con cui escluse la punibilità degli aborti praticati all'estero da parte di donne spagnole, depenalizzando costituzionalmente il c.d. “turismo abortivo”. La disciplina penale in materia prevedeva (e tutt'ora prevede) che la legislazione penale spagnola potesse perseguire delitti commessi da parte di cittadini spagnoli solo ove anche la vittima fosse stata spagnola⁷. Il *Tribunal Supremo*⁸ aveva avuto

7. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

8."El Tribunal Supremo tiene su sede en Madrid y es un órgano jurisdiccional único en España con jurisdicción en todo el territorio nacional, constituyendo el tribunal superior en todos los órdenes (civil, penal, contencioso-administrativo y

occasione di pronunciarsi al riguardo e considerò *embriones y fetos abortadas por las mujeres españolas como víctimas de nacionalidad española y ésta interpretación de la ley fu la que vino a ser considerada extensiva e inconstitucional por el Tribunal Constitucional*⁹.

Questo è il contesto in cui si approvò la riforma del 1985 con cui si introdusse il c.d. sistema delle indicazioni, nel caso di specie: terapeutico, etico ed eugenetico, mentre non fu espressamente introdotta la c.d. “indicazione sociale”.

1.2 Cenni sul sistema di giustizia costituzionale spagnolo.

Prima di iniziare ad esaminare nel dettaglio il disegno di legge e la relativa sentenza del TC, sono opportune talune delucidazioni sul sistema di giustizia costituzionale spagnolo. Caratteristica tipica dell'ordinamento ispanico è la possibilità data ai partiti politici di ricorrere al Giudice Costituzionale. Si distingue infatti tra *Recurso de Inconstitucionalidad* e *Cuestión de*

social), salvo lo dispuesto en materia de garantías y derechos constitucionales, cuya competencia corresponde al Tribunal Constitucional " in PoderJuicialEspaña.es

9. Alfonso Ruiz Miguel, *El aborto, entre la ética y el Derecho*, in *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas-2002*, XI/2: 107-126, pag.109.

Inconstitucionalidad: la Cuestión altro non è che un ricorso in via incidentale, mentre il Recurso è un mezzo di impugnazione diretta. Gli artt. 161,162 e 163 della Costituzione spagnola ne regolano la disciplina, in combinato disposto con la LOTC (*Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*), artt. 31 e ss. e 35 e ss. In tema di *Recurso* l'art. 32 della LOTC stabilisce che *"1. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades autónomas con fuerza de Ley, Tratados internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales: a)El Presidente del Gobierno. b)El Defensor del Pueblo. c)Cincuenta Diputados. d)Cincuenta Senadores.*

2. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al

efecto."

Le minoranze politiche si sono spesso servite di questo mezzo, "sfruttando" la Corte a mo' di terza camera¹⁰; l'accesso diretto delle minoranze parlamentari al giudizio di costituzionalità delle leggi, pur presentando giustificazioni logistiche e sistematiche, può avere ricadute negative sul ruolo istituzionale del Giudice Costituzionale, posto che, ogni qualvolta una legge su temi eticamente sensibili venga varata sulla mera forza numerica – quindi al di fuori di un compromesso politico- le minoranze utilizzano tale mezzo quale ulteriore strumento di opposizione parlamentare, al di fuori però delle Camere. Questo avviene soprattutto con riguardo a temi particolarmente delicati, come sono quelli di biodiritto, ove entrano in gioco problemi non meramente giuridici, ma questo atteggiamento rischia di creare forte attrito tra Giudice Costituzionale e Legislatore, posto che la legge approvata ha ottenuto il consenso formalmente richiesto. Come avremmo modo di approfondire, è proprio questo che ai giorni nostri sta avvenendo: un partito politico, il Partido Popular

10. Cfr. Fernando Rey Martínez , Angioletta Sperti, *El problema del aborto voluntario*.

(PP) ha presentato "recurso" contro la vigente legge regolatrice dell'interruzione volontaria della gravidanza, ma su questo torneremo quando analizzeremo l'attuale disciplina.

Altra caratteristica dell'ordinamento spagnolo, era l'esistenza del controllo "previo" di costituzionalità¹¹: trattasi di un procedimento in atto fino al 1985, anno in cui venne abrogato¹², tramite il quale una legge (o atto avente forza di legge) veniva sottoposto ad un controllo a priori, vale a dire prima dell'entrata in vigore, della propria conformità a Costituzione. Questo sistema ha sollevato molte incertezze e critiche, posto che ha da sempre diviso gli operatori del diritto tra chi vedeva in esso una potenziale invadenza politica e chi ne sottolineava i tratti meramente giurisdizionali, questo ha fatto sì che oggi si ricorre al

11. Aurora Basterra Díaz, *"El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional"*, pag. 14, "El control previo surge en Francia en 1799, como un sistema de control político, en el que el Senado Constitucional asume funciones de tutela y preservación constitucional, bajo la inspiración del político y jurista Sieyès, cuya atribución principal consistía en controlar el orden constitucional, procurando que todos los poderes del Estado se sometieran a sus disposiciones y con la facultad de anular cualquier acto que implicase violación constitucional". Il controllo preventivo in Spagna consiste in "Aquella modalidad de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, que tiene carácter declarativo y abstracto, y que se ejerce por parte de los Tribunales Constitucionales cuando les es sometido por vía de acción o por estar previsto en el ordenamiento con carácter preceptivo, un texto normativo, con anterioridad a su entrada en vigor", Miguel Ángel Alegre Martínez *"Justicia Constitucional y Control Preventivo"*, Universidad de León, España, 1995 .

12. Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional.

controllo preventivo solo riguardo i Trattati Internazionali, sottolineandone la sottomissione degli stessi alla Costituzione Spagnola – diversamente dall'Italia, in cui, salvo che per i diritti fondamentali, vengono ad essa equiordinati tramite la c.d. "tecnica della norma interposta"¹³- mentre scompare con riguardo alle leggi.

La normativa oggetto d'esame, l'Anteproyecto de Ley Orgánica (successivamente tradotto in L.O. 9/1985) introduceva l'art. 417 bis del codice penale e fu sottoposto al controllo previo di cui sopra.

2. Anteproyecto de "ley de aborto", l'art. 417 bis del código penal e la pronuncia del Tribunal Constitucional.

L'art 417 bis c.p., come da Anteproyecto, disponeva che l'aborto non sarebbe stato punito quando praticato da un medico, in presenza del consenso della gestante, e al ricorrere di una delle tre condizioni ivi previste¹⁴:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o

13. Cfr. Giuseppe Bianchi, *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce dell'art. 117, comma 1 della Costituzione, Note a margine delle sentenze 348/07 e 349/07 della corte costituzionale*, in *Altalex*, 08/02/2008.

14. Sentencia 53/1985 Tribunal Constitucional Español, de 11 de Abril de 1985.

la salud de la embarazada, (è il c.d. aborto terapeutico).

2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado, si fa riferimento alle ipotesi di violenza sessuale.(c.d. Aborto etico).

3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada, si tratterebbe del c.d. aborto eugenetico, ma anche in Spagna – al pari dell'Italia- parlare di eugenetica non è pacifico.

Il *Tribunal Constitucional* si pronuncerà al riguardo con sentenza n° 53/1985, dalla quale è possibile ricavare la delucidazione dei concetti più controversi del tema in questione.

2.1 Diritto alla vita e protezione costituzionale del *nasciturus*.

Che riconoscimento ha il c.d. “diritto alla vita” nella Costituzione spagnola? Qual è la protezione costituzionale del *nasciturus*? Vanta questi di un diritto alla vita? Per tutelare i diritti fondamentali è davvero necessaria ed inevitabile una persecuzione (o tutela) penale? Che ruolo giocano i diritti fondamentali nello Stato Sociale? Quali sono, tra gli altri, i diritti della gestante in quanto donna? Questi sono, tra gli altri, gli interrogativi che si pongono ogni qualvolta ci si trovi a parlare di aborto, abbracciando ambiti che vanno dall'etica al diritto.

Il diritto alla vita non trova esplicita menzione nella Costituzione, non a caso la discussione attorno al concetto non ha mai smesso di far rumore, costruendosi varie teorie intorno alla protezione spettante al concepito e sulla natura giuridica del tipo di protezione; fra le tante ricordiamo la “*teoría de la personalidad desde la concepción*”, la “*teoría de la ficción jurídica*”, la “*teoría del derecho subjetivo sin sujeto*” o “*la teoría de la capacidad limitada del concebido*”. La dottrina maggioritaria segue la “*teoría de la situación de pendencia*” posto che al

concepto non vi si riconosce personalità, dato che questa si acquisisce al momento della nascita. La suddetta teoria si caratterizza per due elementi: a) *La condición de que el concebido debe nacer con los requisitos previstos en el precepto 30 del Código Civil.* b) *La protección jurídica solo se extiende a lo que le pueda resultar favorable, entendido como favorable todo aquello que comporte una adquisición de derechos, aunque ineludiblemente dicho derecho pueda conllevar una carga o gravamen*¹⁵. Non mancano invero coloro i quali ritengono non solo che il diritto alla vita faccia capo al concepito sin dalla concezione, ma che si tratti addirittura di un diritto assoluto, ma accondandomi al ragionamento di Alfonso Ruiz Miguel, credo che questa teoria risulti irragionevole almeno per tre ordini di motivi: *la no personalidad actual del embrión, la aceptabilidad social generalizada de al menos algunos de aborto y, en fin, la diferente consideración en nuestra cultura del aborto y de la muerte de personas*¹⁶.

Il Giudice Costituzionale trovandosi a metter luce sulla questione

15. María Isabel De La Iglesia Monje, *La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual*, 2011, UCM, Madrid.

16 Alfonso Ruiz Miguel, *op. cit.*, pag 110.

di specie, ebbe occasione -nella sentenza n°53/1985- di chiarire in maniera puntuale come il concepito non possa essere considerato alla stregua della gestante e come questi non vanti, pertanto, il diritto alla vita. Proclamando l'art. 15 della CE che “*todos tienen derecho a la vida*”, il TC specifica come la vita sia “*..un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte*”, questo significa che – secondo il Giudice Costituzionale- il feto è mera realtà biologica, non una persona, se non in maniera potenziale. Sottolinea inoltre che la gestazione ha generato un *tertium* distinto dalla madre, nonostante sia in essa alloggiato, e che la vita è una realtà dall'inizio della gestazione, ma è solo quando il concepito diventa suscettibile di vita indipendente che è possibile attribuirgli piena individualità umana.

Da ciò si deduce che se la Costituzione protegge la vita umana non può non farlo rispetto a quella tappa del suo processo che è prodromica allo sviluppo della stessa vita indipendente, pertanto

la vita del *nasciturus* costituisce un bene giuridico che trova protezione proprio nell'art. 15 CE, questo però non ci porta ad affermare che esso sia titolare di diritti fondamentali¹⁷, tra cui quello alla vita, posto che di una "non-persona" si tratta. A supporto di questa tesi vengono richiamate sia la Dichiarazione universale dei diritti umani, che una decisione della Commissione europea dei diritti umani, ricordando come la prima, nell'autentica versione francese, utilizzi il termine "persona" e come la Commissione in una sua decisione del 13

17. Una posizione del tutto particolare rispetto al diritto alla vita e la sua relazione con i diritti fondamentali è quella assunta dal professore Tomás Requena López, Letrado del Consejo Consultivo de Andalucía. Profesor asociado de Derecho constitucional dell' Universidad de Granada, che nel suo articolo *Sobre el "derecho a la vida"* scrive: "Desde dentro del sistema jurídico, puede afirmarse que el "derecho a la vida" no incorpora facultades propias, sino exclusivamente obligaciones ajenas. Es cierto que todos los derechos fundamentales llevan consigo un contenido negativo proscriptivo de obstaculizaciones y lesiones ajenas, y que incluso en algún caso es sólo ése su contenido, como sucede, por ejemplo, con las libertades «ex» artículo 17 CE. Pero además de que en muchos existe un haz de facultades que el sujeto puede ejercitar (lo que no se da propiamente en el caso del derecho a la vida), en todos los casos de derechos fundamentales (si no, no serían tales) existe la posibilidad de acudir a los tribunales reclamando tutela judicial y en última instancia en amparo al Tribunal Constitucional. La posibilidad de reaccionar por el sujeto titular del derecho y con ello obtener la reparación correspondiente, en orden a eliminar los obstáculos para el ejercicio de su derecho o para que se respeten las circunstancias determinantes del estado que define el mismo, es esencial para que podamos hablar de la realidad de un derecho fundamental, es más, para que se pueda hablar incluso de derecho subjetivo... Así pues, las personas no pueden reaccionar contra los ataques al "derecho a la vida", como si se tratase de un derecho, porque, como se ha explicitado, no lo es. En el estado actual del sistema de protección, penal por definición, las personas, y no sólo los perjudicados, sólo pueden ejercer la acción penal o simplemente denunciar los hechos para activar el «ius puniendi». Algo que, evidentemente y por lo demás, no puede hacer el «nasciturus». Esto no es sino consecuencia de que no estamos ante un derecho fundamental, sino ante la protección de un valor que por tratarse de un puro prevalor, no se puede configurar como tal".

maggio 1980¹⁸ faccia riferimento a “tutte le persone” (*everyone o toute personne*), dimostrando così che l'espressione “*todos tienen derecho a la vida*” vada riferita alla sola persona nata (Fundamento Jurídico -da ora FJ- 6). Il concepito va considerato una persona *in fieri*. Sottolinea inoltre come il diritto alla vita e all'inegrità fisica e morale, riconosciuto nell'art. 15 CE, sia la proiezione di un valore superiore dell'ordinamento giuridico costituzionale - la vita umana- e come costituisca il diritto fondamentale per eccellenza, posto che esso è il presupposto ontologico senza il quale non esisterebbe diritto alcuno.

I diritti fondamentali, sottolinea il TC, non si limitano ad includere “diritti soggettivi di difesa dell'individuo verso lo Stato”, ma includono altresì “doveri positivi” da parte dello Stato. Essi devono fare da guida all'organizzazione giuridica e politica, poichè sono – citando l'art. 10 della CE - “*fundamento del orden jurídico y de la paz social*”. Da ciò ne deriva che la garanzia della loro vigenza non può limitarsi alla possibilità, in

18. In questa occasione la Commissione Europea dei diritti umani si era pronunciata in risposta al ricorso n.8416/1979 avanzato da un operaio britannico che si opponeva all'interruzione di gravidanza voluta dalla moglie, ritenendola incompatibile con l'art.2 della CEDU. Nel caso di specie la Corte arrivò alla conclusione che le limitazioni previste all'art.2 riguardano per loro natura le persone già nate per cui non sono applicabili al feto. Tale interpretazione è stata confermata l'8 luglio 2004 nel caso *Vö. v. Francia*.

capo agli individui, di esercitare la pretesa, ma deve essere assunta dallo stesso Stato. Da queste affermazioni è possibile dedurre che l'ordinamento non solo ha l'obbligo negativo di non ledere la sfera individuale o istituzionale protetta dai diritti fondamentali, ma ha altresì l'obbligo "positivo" di contribuire all'effettività di tale diritti. Questo è principalmente un dovere del legislatore, il quale riceve dai diritti umani "*los impulsos y líneas directiva*", dato che un diritto o un valore fondamentale resterebbe vuoto se non si stabilissero i presupposti per la sua difesa.

Tale presa di posizione da parte del TC subì non poche critiche e non pochi furono, in dottrina, coloro che puntarono il dito contro il Giudice Costituzionale: *«Esta privación al no nacido de la titularidad del derecho a la vida, no sólo es especialmente grave en sí misma por las consecuencias que comporta; sino que, además, viene a ser un ejemplo de cómo el Tribunal, órgano sometido a la Constitución y llamado a velar por su cumplimiento, se erige en «poder constituyente», estableciendo qué seres humanos tienen el más básico de los derechos, y cuáles*

carecen de él» sostiene Miguel Ángel Alegre Martínez¹⁹, docente ordinario di diritto costituzionale all' università di León.

2.1.2 La dignità della persona.

Indissolubilmente relazionato al diritto alla vita, nella sua dimensione umana, incontriamo il diritto alla dignità della persona (art.10 Cost.). Chiarisce la Corte, che la Costituzione ha elevato a valore giuridico fondamentale la dignità della persona, concetto che racchiude in se quello del libero sviluppo della propria personalità, il diritto all'integrità fisica e morale, la libertà di pensiero e di religione, l'onore, la riservatezza personale e familiare e il diritto all'immagine. La dignità è un valore spirituale e morale inerente alla persona, il quale si manifesta nell'autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita (FJ 8).

19. Miguel Ángel Alegre Martínez, *Apuntes sobre el derecho a la vida en España: constitución, jurisprudencia y realidad*, in *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002, págs. 337-358, continua “En el caso que nos ocupa, ya sabemos que la Constitución debe ofrecer, y ofrece, elementos suficientes en torno a la extensión y alcance del derecho a la vida (y, por ende, al propio concepto de persona, en cuyo curso vital se produce el constitucionalmente proclamado «libre desarrollo de la personalidad»); por lo que ni es necesario, ni consideramos admisible, que el Tribunal Constitucional venga a enmendar (además, en términos restrictivos) las decisiones del constituyente”.

Come ricorda Susanna Mancini²⁰, l'uso della dignità nella giurisprudenza in materia di aborto è molto frequente. Nel 1948 la Dichiarazione universale dei diritti umani riconosceva dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, come il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo. Nel momento in cui la dignità si fa diritto positivo essa assume matrici ideologiche diverse. C'è chi sostiene che questo appello generalizzato alla dignità fornisca una cornice per lo sviluppo di un sistema di diritti umani autenticamente universale, ma vi è anche chi sostiene che questa universalità sia solo illusoria: "tutti invocano la dignità, ma non vi è alcun accordo non solo sul suo significato, ma anche sulle pratiche concrete che il suo uso implica [...] Quel che va delineandosi è la contrapposizione tra due concezioni antagoniste di dignità: la prima pone la dignità a fondamento della libertà, nella sua dimensione strettamente individualistica, per cui sulla dignità si fondano le pretese all'autodeterminazione (del proprio corpo, delle proprie scelte), ma anche a fondamento dell'uguaglianza in tutte le sue accezioni,

20. Susanna Mancini, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà uguale e controllo sociale*, Cedam, Milano, 2012, p.36 ss.

quindi, anche dell'eguaglianza sociale. La seconda concezione costruisce invece la dignità come valore universale, che opera come limite alla libertà e all'autodeterminazione degli individui²¹”.

Spesso le Corti fanno un uso promiscuo dei due modi di intenderla.

Reva B. Siegel, docente dell'università di Yale, in un suo scritto del 2008²² analizza i diversi modi in cui il concetto di dignità è stato interpretato, e quindi applicato, dalla Corte Suprema degli Stati Uniti con riguardo al diritto all'aborto: emergono chiaramente i due distinti modi di intenderla. Nella famosa sentenza *Planned Parenthood v Casey*²³ si sostenne che lo Stato può regolare la decisione di una donna di abortire o meno, sempre che non le venga imposto un ostacolo sostanziale al proprio diritto di decidere: lo Stato può dissuadere la gestante dalla scelta di interrompere la gravidanza o bene con l'interposizione di impedimenti pratici o inviando messaggi che guidino ed influiscano sulla scelta da prendere, sempre che questi impedimenti o messaggi non impongano un *"andue burden on*

21. *Ibidem*.

22. R.B. Siegel, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carth*, Yale LaW School, 2008.

23. 505 U.S. 833 (1992).

woman's decision or a substantial obstacle to it". Questa dinamica può essere osservata nella decisione della Corte Suprema dell'anno 2007, *Gonzales v. Carthart*²⁴ dove quest'ultimo sostenne la costituzionalità della legge²⁵ contro l'aborto per parto parziale, una legge federale che proibiva una determinata pratica abortiva utilizzata per le gravidanze in stato avanzato. Quando la questione arrivò davanti la Corte Suprema cinque giudici erano disposti a sostenerne la costituzionalità argomentando che, secondo Casey, il Congresso avrebbe potuto regolare il metodo che i medici utilizzavano nella realizzazione dell'interruzione di gravidanze in stato avanzato al fine di assicurare una chiara linea divisoria tra aborto ed infanticidio. La Corte sostenne la costituzionalità della legge argomentando che "*The Act expresses respect for the dignity of human life*", non solo, sostenne anche il riconoscimento di un nuovo interesse Statale di regolare l'aborto, la protezione della donna. Dice infatti il Giudice Supremo: "...è innegabile come alcune donne finiscono col pentirsi della propria scelta di abortire [...] l'aborto può

24. *Gonzales, attorney general v. Carthart et al. certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit*, No. 05-380. Argued November 8, 2006—Decided April 18, 2007.

25. *Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003*.

infatti provocare depressione e perdita di autostima, ecco perchè lo Stato ha interesse a che una decisione di tale gravità sia presa in maniera sciente e ben informata²⁶". La protezione della donna è stato da sempre il cavallo di battaglia degli antiabortisti i quali argomentano che il rifiuto della maternità è contronatura e che le donne che scelgono di abortire sono destinate a soffrire. Siegel spiega come da sempre abbia difeso il diritto all'aborto in termini di eguaglianza di genere, ma decise di trattare il tema partendo proprio dal concetto di dignità, per vedere se in tal maniera – utilizzando un concetto così poliedrico e polisemantico- era possibile raggiungere un più ampio consenso. La premessa da cui parte è che nella Costituzione Americana non viene espressamente utilizzato il termine "dignità", ciononostante questo è stato spesso stato invocato dalla Corte Suprema per spiegare le garanzie costituzionali, probabilmente servendosi del significato attribuito alla "dignità" nel campo dei diritti umani. Siegel osserva come in *Carhart* il concetto di dignità venga inteso come valore intrinseco alla vita, mentre in altre decisioni, quali *Casey*, l'uso del concetto è ben distinto: qui per dignità si

26. 550.U.S. 124 (2007), la traduzione è mia.

intende libertà e mutuo rispetto della stessa, si intende eguaglianza²⁷, sottolineandosi come la Costituzione pretenda che lo Stato rispetti la decisione di un individuo di avere relazioni sessuali con una persona del proprio stesso sesso, così come quella di portare o meno a termine una gravidanza.

E' evidente il diverso significato che viene attribuito al concetto di dignità: il valore "dignità" che la Costituzione protegge quando proibisce allo Stato di castigare i cittadini per le proprie decisioni relative alla paternità/maternità o riguardo le proprie relazioni sentimentali e sessuali è ben diverso dal valore che la Costituzione protegge quando permette allo Stato di restringere il diritto all'aborto "...nel rispetto della vita umana". Ecco dimostrato come un uso distorto del concetto di dignità possa risultare non solo controproducente, ma possa altresì essere invocato per giungere alla negazione di un diritto, come nel caso dell'aborto. Così Miguel Ángel Alegre Martínez si serve della "dignidad" per affermare che "El artículo 15 no deja lugar a

27. In quest'ultimo caso infatti il giudice *Kennedy* invoca la dignità per spiegare il perchè la Costituzione protegge le decisioni relative alla vita familiare e all'educazione dei figli : "*These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment*".

*dudas: «Todos» .. todos estamos dotados de dignidad; que, en razón de la misma, todos somos acreedores del reconocimiento y respeto de los derechos derivados de esa dignidad y, en particular, del derecho a la vida. Y por eso mantenemos la opinión de que ese «todos» comprende también a los no nacidos; puesto que, el considerarlos incluidos en el reconocimiento constitucional del derecho a la vida, nos parece la única opción coherente y respetuosa con el postulado del «libre desarrollo de la personalidad» recogido en el artículo 10.1. Truncar o lesionar la vida humana previa al nacimiento es impedir ese libre desarrollo de la personalidad que es una exigencia básica de la dignidad del nuevo ser”²⁸. Allo stesso modo Carlos Blanco Lozano sostiene che in “sede legal de aborto se tutela también la propia dignidad del ser humano, y ello por cuanto la eliminación del feto supone una cosificación de la especie humana, por cuanto la continuidad de la vida de una persona se hace depender de la voluntad o el **capricho** de otra...toda norma jurídica que tolere o empare el aborto por tanto es inconstitucional por vulnerar los artículos 10.1 y 15 de la Carta*

28. Miguel Ángel Alegre Martínez, *op.cit.*

*Magna española*²⁹”.

Prestando però attenzione ai termini usati dal Tribunale Costituzionale Spagnolo è evidente che la preferenza per il termine "persona" ci permette di sostenere che il riferimento alla dignità va ricondotto alla donna, quale contrappeso agli altri diritti in gioco, utilizzato quindi quale sinonimo libertà ed autonomia. (vedesi FJ 8).

3. Diritti in gioco: la relazione gestante-feto. Analisi dell'aborto terapeutico.

Analizzando il primo presupposto per la non punibilità dell'aborto, Il TC specifica come la relazione che intercorre tra la gestante ed il concepito rappresenti “*una situación que no tiene paragon con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego*”. Ecco perchè sarebbe riduttivo confrontare il tema in questione con altri di natura bioetica così come risulta assolutamente conforme a Costituzione la non

29. Carlos Blanco Lozano, *Aborto*, in *Lecciones de derecho penal-parte especial*, 2010, Madrid, España.

previsione del consenso del padre.

Il *Tribunal* ha cura di puntualizzare cosa debba intendersi per “necessario”: l'interruzione della gravidanza è necessaria quando vi è “la produzione di una collisione tra la vita del nascituro e la vita o la salute della gestante tale da non potersi risolvere in altro modo” risultando l'aborto l'unica soluzione efficace praticabile. Siamo di fronte ad una *extrema ratio*, si sottolinea ancora una volta, come l'aborto sia un'eccezione, un rimedio ultimo.

Nel conflitto tra il diritto alla vita e integrità psico-fisica della madre e la “*protección del nasciturus*” (NB: non parla di diritto alla vita del nasciturus), la prevalenza del diritto della madre su quella del nasciturus non è - chiarisce il *Tribunal* - da considerarsi incostituzionale, altrimenti si arriverebbe al paradosso di riservare maggior protezione al “*no nacido*” rispetto a quello riservato alla persona. Il TC qui ricorda molto la presa di posizione della nostra Corte Costituzionale quando questa si riferisce alla donna in termini di “diritto” e al feto in termini di “interessi”, palesando una prevalenza dei primi sui secondi. Ecco quindi giustificata la prima condizione legale

prevista dal riformato art. 417 *bis*.

4. Interruzione volontaria di gravidanza frutto di violenza sessuale.

Nel caso della gravidanza figlia di una stupro, il Giudice Costituzionale prende una chiara posizione dichiarando che avendo la gestazione avuto origine dalla commissione di un atto non solo contrario alla volontà della donna, ma altresì realizzato tramite “*violencia*” e con grave violazione del diritto della donna alla sua integrità fisica e morale, all'onore, alla propria immagine e all'intimità personale, “*obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifestamente inexigible*”.

La “dignità della donna” porta ad escludere che la gestante possa considerarsi come mero strumento e il consenso per assumersi qualsiasi obbligazione ricopre uno speciale rilievo nel caso di specie, “*un hecho de tanta trascendencia como el dar vida a un nuevo ser, vida que afectara a la suya en todos los sentidos*³⁰” .

Ecco perchè la norma, sottolinea il TC, è da ritenersi assolutamente conforme a Costituzione.

30. TC, sent. n.53/1985, FJ 11, lett. b).

Qui è interessante notare come la Corte non scenda in considerazioni morali o etiche, ma si limiti a riconoscere il forte vincolo relazionale che legherebbe la madre al figlio, trattando la questione non in termini di conflittualità, ma in termini relazionali.

In dottrina, come fa notare Cristina García Pascual, non manca chi sostiene l'esatto opposto, così analizzando l'opera di John Finnis - *'the rights and wrongs of abortion'* (1973)- sottolinea come *“La lectura de Finnis nos ofrece una imagen del embarazo como una situación en que la mujer constituiría un simple contenedor, un cuerpo que contiene a otro cuerpo, de manera ocasional. Una imagen que, ciertamente, no da cuenta de la especialísima relación que se establece entre la madre y el feto. En Finnis, lo que constituye una relación única, en cierta medida simbiótica, irreducible a una unidad y, sin embargo, imposible de deslindar en dos realidades diversas, nos aparece como una relación de intereses contrapuestos, entre una víctima y un verdugo. La intervención del Estado se considera necesaria para proteger a los niños frente a madres desaprensivas”*³¹.

31. Cristina García Pascual, *Cuestion de vida y muerte. Los dilemas éticos del*

5. Aborto e eugenetica.

Per quanto riguarda la terza ipotesi, il cd. aborto eugenetico, la previsione tiene in conto della situazione eccezionale in cui si trovano i genitori, specialmente la madre, penalizzata in molti casi dall'insufficienza di prestazioni statali e sociali che contribuiscano in modo significativo ad alleviare, dal punto di vista assistenziale, la situazione e ad eliminare le insicurezze che inevitabilmente angustiano i genitori circa il futuro del nascituro affetto da gravi problemi fisici nel caso in cui questo sopravviva. Tale previsione non può considerarsi incostituzionale. Come sottolinea il TC occorre tenere in conto che se lo Stato attuasse una politica sociale fondata su un'azione preventiva ed assistenziale, si contribuirebbe in maniera decisiva a ridurre il ricorso a questo rimedio che sta alla base della depenalizzazione. Questa dichiarazione risulta molto interessante, in quanto non fa leva su un qualsivoglia istinto materno o obbligazione naturale, bensì su una deficienza statale e di politica sociale³². Citando

aborto, in *Derecho y libertades*, Núm. 16, Epoca II, enero 2007, pag. 181-209.

32. Fundamento Jurídico 11, lettera c) . "[..]. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. **La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de**

Blanca Rodríguez Ruiz, docente di diritti costituzionale presso l'Universidad de Sevilla, in questo modo il Giudice Costituzionale si fa portavoce della dimensione relazionale e di genere delle responsabilità che promanano dalla gravidanza e dalla maternità, e quindi dell'aborto, e del ruolo che in questo campo gioca lo Stato. Il che equivale a sottolineare la responsabilità dei poteri pubblici ad occuparsi della dimensione relazionale tra gravidanza, maternità e aborto con mezzi prestazionali, come parte del compromesso costituzionale sulla vita; *«Lo interesante, en definitiva, es que la STC 53/1985 abre la puerta a una aproximación al aborto, no de tipo moralizante, sino auto-referencial, y no de tipo conflictual, sino relacional y con conciencia de genero»*³³.

prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva. (il grassetto è mio)

Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional. [...]

33. Blanca Rodríguez Ruiz, *Gènere en el discurso constitucional del aborto*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 156, Madrid, abril-junio (2012), págs. 49-83.

6. Per tutelare i diritti fondamentali è davvero necessaria ed inevitabile una persecuzione (o tutela) penale?

Ci chiedevamo all'inizio se fosse necessario ed obbligatorio, nel senso di costituzionalmente imposto, tutelare i diritti fondamentali per mezzo di sanzioni penali in quanto i ricorrenti al primo motivo sostenevano che *"El Proyecto impugnado viene a eliminar normas penales que sirven de protección al derecho a la vida... el respeto a la vida humana precisa de normas penales, debiendo tipificarse las conductas que atenten contra ella.* Pronta e diretta arriva la risposta dell'Abogado Del Estado che con *escrito de 10 febrero de 1984* presenta opposizione al *recurso previo*: *"Lo que hay que plantearse no es si es necesaria una norma penal, sino si la Constitución, en este caso, la impone. La respuesta es negativa: no existe en el Derecho español, ni en ordenamiento jurídico alguno, una absoluta y fatal correspondencia entre infracción jurídica y sanción penal, y sobre todo, no hay en el texto constitucional el más leve indicio de que así haya de ser. Por otra parte, de acuerdo con la concepción constitucional clásica, los derechos se afirman frente*

al Estado, son límites a la acción del poder político [...] Lo que se pretende es afirmar la imposibilidad de inferir la necesidad de una norma penal como única solución o alternativa legítima para la tutela de un bien jurídico. La solución de concebir los derechos fundamentales como derechos ejercitables frente al Estado ha llevado a casi todas las legislaciones de nuestro entorno cultural a rechazar que del derecho a la vida pueda inferirse una obligación positiva del Estado para implantar mecanismos coercitivos de signo penal en todo caso³⁴;

Anche la dottrina giuridica è divisa tra chi ritiene assolutamente necessario l'utilizzo del mezzo più severo, la sanzione penale, per perseguire l'aborto e chi invece ritiene tale pratica assolutamente inutile. Chi abbraccia questa seconda visione poggia le proprie teorie su due principi: “*el principio de intervención mínima*” del diritto penale ed il principio di proporzionalità tra danno causato dal delitto e pena. Secondo il principio di “*intervento minimo*” la sanzione penale va utilizzata solo quando strettamente necessaria

34. Segue.. *así lo ha entendido el Tribunal Constitucional austriaco y, en forma implícita, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y la Corte Constitucional italiana. Unica excepción es la Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de 25 de febrero de 1975, que -admitiendo la legalidad constitucional de la llamada solución de indicaciones- ha seguido el camino de juzgar la cuestión planteada en función de unos juicios de valor, pero sus planteamientos han sido muy controvertidos por la doctrina [...]*”.

a garantire un bene o un diritto. Ecco perchè la *“punición del aborto es un mecanismo jurídico claramente inútil por tre razones: la ineficacia de la pena, la impunidad constitucional en España de los abortos en el extranjero y la irrazonabilidad de la generalización de la aplicación de la pena”*³⁵. Che la pena risulti inefficace di fronte all'aborto lo dimostra la storia, le interruzioni volontarie di gravidanza non hanno mai smesso d'esistere anche quando punite con la galera. Per quanto riguarda la generalizzazione della pena, come sottolinea *Alegre Martinez*, nel caso in cui vi fosse la previsione di una sanzione penale questa ricadrebbe non solo sulla gestante, ma anche sul medico, ausiliari e su tutti coloro che ne erano a conoscenza (familiari, convivente, coniuge, amici) considerati quali complici o reticenti, per cui si potrebbe prospettare la possibilità di *“una cifra de condena y condenados que podría rondar, si no sperar, la actual población de reclusa”*³⁶.

Il Giudice Costituzionale mette luce sulla questione nel fondamento giuridico (FJ) n°8 e alla domanda se al legislatore è costituzionalmente permesso utilizzare una tecnica differente

35 Miguel Ángel Alegre Martinez, *op.cit.* pag. 120.

36. *Ibidem.*

mediante la quale si escluda la perseguibilità penale di certi diritti, replica che *"la respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa"*³⁷, sottolineando come sia compito del legislatore tenere in conto le situazioni che per caratteristica risultano conflittuali, come nel caso di specie, e come si renda opportuno rinunciare alla sanzione penale quando, rispetto alla condotta tipo, questa possa risultare di un carico insopportabile. "Las leyes humanas", – i diritti di cui tutti siamo titolari - contengono dei canoni di condotta nei quali rientrano i casi ordinari, esistono però

37. Sen. N°53/1985, Tribunal Constitucional Spagnolo, Fundamento Giuridico n°8: "Por una parte, el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. *Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego.* Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus [...] Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos. Por otra parte, *el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado;* el legislador no puede emplear la máxima constricción -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos".

situazioni singolari o eccezionali nelle quali castigare penalmente l'infrazione della legge risulterebbe totalmente inadeguato. Il legislatore non può applicare la massima delle punizioni – la sanzione penale- per imporre una condotta che "normalmente" sarebbe esigibile ma che in taluni casi (come lo sono quelli previsti nei "*supuestos*" della normativa in questione) risulta non esserlo.

Il Giudice Costituzionale ha modo di chiarire come, non solo sia permesso, ma spesso sia anche opportuno che ai fini della tutela di beni fondamentali non vi sia necessariamente una sanzione penale. Con queste parole si conferma la conformità a Costituzione della depenalizzazione dell'aborto.

7. Una scelta personalissima.

In risposta ai ricorrenti, il *Tribunal* si preoccupa altresì di specificare come la non previsione di partecipazione del padre alla decisione di interrompere la gravidanza non possa condiferarsi incostituzionale posta la peculiare relazione che interoccorre tra gestante e nascituro; l'eventuale intervento del

padre potrebbe incidere in maniera sostanziale e condizionante un scelta rimessa alla sola gestante. Ma se la decisione appare strettamente personale, non manca da parte dello Stato la necessità di regolarne, anche dietro minaccia di una pena, la disciplina, la modalità e i motivi.

Quando i ricorrenti lamentano la non previsione alcuna dei casi di obiezione di coscienza o del consenso prestato da minore o da un soggetto incapace, il TC sottolinea come tali questioni esulino dal controllo di costituzionalità *strictu sensu*, ciononostante ricorda come l'obiezione di coscienza rientri nel diritto fondamentale di libertà ideologica e religiosa riconosciuto nell'art 16.1 Costituzione ed è pertanto direttamente applicabile, a prescindere dal richiamo della legge; allo stesso modo ribadisce come nel caso del consenso prestato da minore o da incapace risulti sufficiente applicare la normativa già prevista dal diritto positivo. In dottrina si è sottolineato come “*su (della gestante tra i 14 e i 18 anni) decisión, salvo que esté viciada por otras causas, no tiene que ser autorizada o confirmada por la de sus padres o tutores, pues se trata de un derecho de la personalidad que*

*puede ejercitar por sí misma*³⁸.

8. La decisione.

Il Tribunale, dopo essersi espresso punto per punto sui motivi del ricorso ha deciso di *“Declarar que el proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia”*.

Nel FJ n°12 si dice che dal punto di vista costituzionale, il progetto di legge, nel dichiarare non punibile l'aborto in determinati *supuestos*, viene a delimitare l'ambito della protezione penale del concepito, che nel caso di specie risulta ridotta -se non del tutto esclusa- in ragione della protezione costituzionale dei diritti della donna e delle circostanze atte a giustificare il ricorso all'aborto. Pertanto, stabilita la

38. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2005.

costituzionalità dei *supuestos*, è onore della Corte analizzare se la disciplina dell'art. 417bis c.p. riesca a garantire sufficientemente il risultato di ponderazione dei beni e diritti in conflitto in maniera tale che la non-protezione del nascituro non si realizzi fuori dai casi tassativamente previsti e al contempo non si pregiudichino il diritto alla vita e alla salute della donna, *"questo perchè lo Stato ha l'obbligo di garantire la vita, inclusa quella del nasciturus (art.15 CE), mediante un sistema legale che supponga un'effettiva protezione della stessa, da cui discende la necessità che vengano stabilite le garanzie necessarie affinché l'efficacia di questo sistema non limiti tale diritto più di quanto strettamente necessario"* (la traduzione è mia).

Osserva il Tribunal come legislatore non si sottrasse da queste preoccupazioni, indicando infatti nel progetto che l'aborto debba essere praticato da un medico e con il consenso della donna, così come che – nel caso di violenza sessuale- il fatto delittivo debba essere previamente denunciato, e che nella terza ipotesi la diagnosi sia fatta da due medici specialisti, diversi da quello che ha in cura la paziente. Queste garanzie furono poste con l'intento

di assicurare la verifica dei presupposti atti a giustificare la depenalizzazione parziale dell'aborto.

Queste garanzie, di natura non penale/punitiva, sono di per sè sufficienti a garantire la tutela prevista nell'art. 15 della Costituzione?

Per quanto riguarda il primo presupposto, l'aborto c.d. terapeutico, il Tribunal Constitucional dichiarò che quanto previsto risultava insufficiente a garantire l'equa ponderazione degli interessi in gioco, posto che la protezione del *nasciturus* esige, in primo luogo che -di forma analoga a quanto previsto per il c.d. aborto eugenetico (terzo presupposto)- la prova dell'esistenza dei fatti (*supuestos*) debba essere realizzata da un “*médico de la especialidad correspondiente*” (concetto anche questo molto vago, che specializzazione?) e che i presupposti giustificativi siano verificati prima che intervenga l'interruzione di gravidanza. La Corte sottolinea inoltre come sia necessario prevedere in maniera esplicita le modalità con cui può essere realizzato l'aborto, nel rispetto dei diritti in gioco: la protezione della vita del concepito e il diritto alla vita e alla salute della

donna, che alla base della depenalizzazione del primo *supuesto*. Ecco perchè il legislatore avrebbe dovuto prevedere che l'intervento venisse praticato in "*centros sanitarios público o privado, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional*", in quanto risulterebbe incostituzionale escludere la responsabilità penale della donna nel caso in cui non si rispettino i requisiti sopra menzionati, posto che il fine ultimo dello Stato è che l'aborto si compia entro i limiti legali previsti e alle condizioni mediche adeguate a limitare i rischi per la salute e la vita della gestante.

In questa dichiarazione si ribadisce come la regola sia la perseguibilità penale mentre i casi in cui l'aborto viene giustificato rappresentano un'eccezione³⁹.

Per quanto riguarda il c.d. aborto etico (gravidanza frutto di violenza sessuale), il Giudice Costituzionale ritenne sufficiente (e

39. Sent. 53/1985 , FJ 12 : " [...]Por ello el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional. Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer".

idonea) la disciplina dettata dall'Anteproyecto in cui requisito sufficiente è la previa denuncia della subita violenza, ciò in considerazione del fatto che – ove si dolesse aspettare il *dictamen* giudiziale di condanna- la tempistica sarebbe tale da compromettere l'esercizio stesso del diritto.

Il modello di parziale depenalizzazione dell'aborto, così come risultate dall'*anteproyecto*, violava – a detta del TC- l'obbligo dello Stato di assicurare una tutela effettiva al concepito (art. 15 CE), ecco perchè è compito del *Tribunal* indicare le modifiche che a suo giudizio – ma senza con ciò escludere soluzioni alternative – permettano al progetto di legge di superare il vaglio di costituzionalità.

9. Una sentenza ad effetto boomerang.

Il TC con la sentenza n°53/1985 ha introdotto nel dibattito tutta una serie di elementi che finirono per darne una visione distorta ed il cui impatto indiretto nel sistema di garanzie e dei diritti fondamentali della donna gravid non possono essere trascurati, come ebbero modo di far notare i sei Giudici che pronunciarono

voto particolare. Secondo J. Arozamena Sierra il costituente “*no tomó postura en el art 15.CE sobre el problema jurídico penal del aborto y es, por consiguiente, una cuestión abierta a la disponibilidad del legislador*”. Da qui ad arrivare alla logica per cui “*el legislador que no castiga provoca el aborto*⁴⁰” il passo è breve.

Il giudice Francisco Tomás y Valiente nel suo voto particolare osserva come se è innegabile che il concetto di persona è il supporto e *prius* logico di ogni diritto, ciò non autorizza a “*Peligrosas jerarquizaciones axiologicas, ajena por lo demas al texto constitucional, donde, port cierto, en su art. 1.1. se dice que son valores superiores del ordinamento juridico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo politico: esos y solo esos*”, di fronte a così astratte considerazioni sulla vita come valore - continua – risulta curioso che nella sentenza non si parli del valore superiore in assoluto: la libertà, tra cui rientrano i diritti di libertà facenti capo alla donna incinta.

In osservazioni ancora più polemiche si spinge il *Magistrado* F.

40. Posizione questa sostenuta nel c.d.” Manifiesto de Madrid”, documento redatto dai professori Nicolás Jouve, Luis Franci Vera e César Nombela e presentato a madrid tramite il gruppo attivista HazteOir.org il 18 Marzo 2009 contro la liberalizzazione dell'aborto durante le prime quattordici settimane.

Rubio Llorente sostenendo che nella sentenza vi sia “*argumentación ética*” (riferita ai valori⁴¹) y “*falta razonamiento juridico*” e questo, sostiene, “*no es ya jurisprudencia de valores, sino suplantar directamente al legislador e incluso al constituyente*”.

Di queste argomentazioni ambigue si sono spesso serviti i movimenti *pro-life*⁴², dandone una visione farevole agli ideali da loro supportati, anche in considerazione del fatto che il *Tribunal Constitucional* non si è pronunciato sull'esistenza o meno di un diritto fondamentale all'aborto, nè specifica se esistano le basi costituzionali per il suo riconoscimento, ma si limita ad analizzare se la Costituzione possa permettere una regolazione dell'aborto tale da sottrarlo alla mannaia della sanzione penale.

41. Fernando Rey... *op.cit.*

42. Uno tra i più recenti è il “manifesto de juristas” del 2014, firmato da circa 300 giuristi che sollecitano lo Stato al rispetto dei diritti fondamentali del nascituro che, a detta di questi, risultano violati dalla vigente L.O 2/2010. A sostegno della propria tesi citano, ex multis, la sent. n. 53/1985 dandone una lettura con riadattazione : “*El concebido es un ser individual, distinto de la madre aunque alojado en el seno de ésta, como señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, que está protegido por el art. 15 de la Constitución en todas las etapas de su desarrollo*”, in *LaRazón.es*, ed 16 luglio 2014, consultato il 15 gennaio 2016.

10. La riposta del Legislatore dell'85.

A seguito della Pronuncia del T.C., pronta e confacente arriverà la risposta del Legislatore con la Ley Orgánica 9/1985. Seguendo quanto indicato nella STC 53/1985 l'art 417 *bis* risultò così formulato:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y

*que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el **dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél o bajo cuya dirección se practique el aborto.** 2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos⁴³.*

(In grassetto le modifichie apportate al testo originario)

Il primo presupposto venne qualificato dalla dottrina come il caso più chiaro di stato di necessità, giungendosi ad affermare che non sarebbe nemmeno necessaria una regolamentazione espressa, posto che tutti i casi ivi contemplati rientrano anche nello stato di necessità generico⁴⁴. Quel che il legislatore compie con questa

43. Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

44. Antonio Ruiz de la Cuesta, *Bioética y derechos humanos. Implicaciones*

legge è una comparazione e ponderazione degli interessi in gioco, tutela la donna concedendole la possibilità di abortire in presenza dei delineati presupposti, tutela il concepito accompagnando alla trasgressione di quanto disposto dalla legge la sanzione penale.

Il sistema così delineato dalla L.O 9/1985 risultò, col tempo, insoddisfacente, in uno Stato in cui si promuove l'eguaglianza uomo- donna⁴⁵, la rimozione degli ostacoli che rendono tale eguaglianza non effettiva⁴⁶; la considerazione della donna come soggetto di diritti, collide con l'adozione del modello “*de indicaciones*” ove alla donna viene negata la possibilità di non portare avanti – quantomeno entro certi limiti temporali - una maternità non desiderata, ma non supportata dai motivi che il sistema ritiene validi. *El modelo de indicaciones reflejaba un conflicto real de intereses que el legislador resolvía ponderando, por un lado, la vida, la salud y la propia dignidad de la mujer*

Sociale y Jurídicas, Universida de Sevilla, 2005, Sevilla, España.

45. Art. 14 CE: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

46. Art. 9.2 CE: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

embarazada y, por otro, la vida del embrión o feto. Efectivamente, mediante el modelo de supuestos lo que acaecía era que el legislador despenalizaba el aborto cuando confluían ciertas situaciones conflictivas objetivas, discrepancia de intereses o de valores entre la vida del embrión o feto, y la vida, la salud y la propia dignidad de la mujer embarazada. De forma sumaria, se puede afirmar que la solución de las indicaciones operaba de acuerdo con el principio: regla general-excepción. Para el modelo de indicaciones, el aborto consentido era delito (regla general) salvo que concurriese alguno de los supuestos excepcionales enumerados por la ley (excepción)⁴⁷. Un sistema in cui non si prevedono garanzie sufficienti ad assicurare l'effettività della prestazione medica che si esige, nè l'eguale accesso al servizio, posta la non previsione di aiuti statali per l'assistenza medico-sanitaria del caso.

Dal lato opposto, la legge così come strutturata non fece che alimentare lo scontento degli anti-abortisti con la previsione “a maglie larghe” del primo supuesto di cui “*la desafortunada*

47.Roberto Germán-Zurriarán, *Anteproyecto de ley orgánica español sobre el aborto: ¿mejora o retroceso?* pers.bioét. 2014; 18(2). 119-137. doi: 10.5294/pebi.2014.18.2.3.

redacción obliga a atender al caso concreto, conforme al criterio “in dubio pro mulier”, pues la imprecisa expresión “gravedad del peligro” conlleva dificultades para fijar un baremo objetivo⁴⁸”, non a caso la maggior parte delle donne adducevano quale motivo proprio il grave pericolo per la salute-psicofisica.

“La solución de la indicación terapéutica...cubría, en la práctica, cualquier supuesto. Esta afirmación venía avalada por los datos del Ministerio de Sanidad español: en el 2009, último año de la ley de supuestos o indicaciones, de los 111.482 abortos practicados, el 96,74 % se realizaron bajo el supuesto de “salud física o psíquica de la embarazada”, el 2,98 % de los abortos por riesgo fetal, el 0,02 % por violación y 0,27 % por varios motivos⁴⁹”, questo portò i contrari alla depenalizzazione a sostenere che siffatta normativa lasciava troppa libertà alle donne.

Il modo in cui un ordinamento disciplina l'interruzione volontaria della gravidanza compromette, in modo particolare, il "diritto"⁵⁰ alla donna al libero sviluppo della propria personalità, il diritto alla vita, all'integrità fisica e morale, alla intimità, alla libertà

48. A. Ruiz de la Cuesta, op. cit. pag 252.

49. R. Germán-Zurriarán, op. cit.

50. Uso le virgolette in quanto la CE non definisce la dingità un diritto bensì ".fundamento del orden político y de la paz social", Art 10.1

ideologica, e da ultimo – e non per ultimo- il diritto all'uguaglianza, che sta alla base di tutti i diritti suddetti.

10.1 Quando la norma c'è ma non funziona.

Col tempo l'applicazione della legge organica 9/1985 generò incertezze e prassi che compromettevano la sicurezza giuridica, incidendo negativamente sia sui diritti delle donne sia sull'efficace protezione del bene giuridico penalmente tutelato (il feto), mettendo spesso in difficoltà lo stesso personale medico. L'esigenza di certezza del diritto riguardo la regolazione dell'interruzione volontaria della gravidanza è stata enfatizzata dalla Corte Europea dei Diritti Umani – caso *Tysiak c. Polonia* (ric. n. 5410/03)⁵¹ - nella sua sentenza del 20 Marzo 2007 in cui ha affermato che "in questo tipo di situazioni le previsioni legali devono, in primis, chiarire in maniera puntuale quale sia la

51. La ricorrente, affetta da una grave forma di miopia, era rimasta incinta per la terza volta e correva il rischio, qualora la gravidanza fosse portata a termine, della perdita della vista, come prospettato dai medici. Non le fu però possibile ottenere, secondo le procedure previste dal diritto polacco, i certificati medici necessari per l'interruzione di gravidanza. Il parto causò un peggioramento della vista della donna determinando un'invalità parziale e la necessità di essere costantemente assistita nella vita quotidiana. La donna fece causa al medico che le aveva negato l'aborto terapeutico, senza però ottenere alcun risultato. Nonostante la Corte non giunse a qualificare il trattamento quale inumano, dichiarò l'esistenza di una violazione dell'art.8 della Convenzione Europea, osservando che il diritto polacco non offriva alla ricorrente alcun meccanismo efficace al fine di ottenere una aborto terapeutico e, quindi, far valere il proprio diritto al rispetto della vita privata.

posizione giuridica della donna incinta" e, in secondo luogo, che "una volta che il legislatore decida di permettere l'aborto, non può non prevedere i mezzi idonei a garantire che venga praticato⁵²". Questo ricorda quanto sostenuto da Hans Kelsen nella "Teoria Pura del Diritto", ove sostiene che «Fin tanto che un diritto soggettivo non è stato "garantito" dall'ordinamento giuridico [...] esso non è ancora un diritto vero e proprio. Esso viene trasformato in un diritto vero e proprio dalla garanzia dell'ordinamento giuridico. Ciò significa che il diritto oggettivo precede quelli soggettivi o è loro concomitante [...] Il diritto soggettivo è insomma costituito dal riconoscimento e dalla garanzia da parte dell'ordinamento».

Ed era proprio questa garanzia che la disciplina del 1985 non riusciva a prestare, posto che quel che si riconosceva non era il diritto ad interrompere la gravidanza non si desiderata, bensì una causa di non punibilità. Ciò comportava la non esercitabilità dello stesso: abortire non era un diritto opponibile, nè a terzi nè ai poteri pubblici; lo Stato non era formalmente tenuto a predisporre

52. Cfr. *"La tutela internazionale dei diritti umani"*, Gabriella Citroni- Tullio Scovazzi in *"Corso di diritto internazionale"*, Milano 2013.

i mezzi idonei a soddisfare l'esercizio di un diritto, non vi era l'obbligo di assicurare prestazioni gratuite presso i centri sanitari. Ma se è vero che, sulla base della disciplina all'epoca vigente, non era possibile riferirsi all'aborto in termini di diritto, è vero anche che in tal maniera si andava ad incidere negativamente sul diritto alla salute e alla vita della genstante. Questa situazione di aleatorietà alimentava la forte discriminazione che si creava tra classi sociali in tema di tutele alla salute e in secondo luogo in termini di libertà. *“Con prohibición general o sin prohibición (el aborto) se puede reconstruir como un problema de medios económicos. Una mujer con dinero no acudirá a la sanidad pública, no pasará por entrevistas, o repetición de análisis, ni por la tortura de los plazos que se dilatan sino que resolverá su pretensión en una clínica privada o en el extranjero. Una mujer sin dinero acudirá cuando sea posible a la sanidad pública con lo que conlleva, y si no al llamado aborto clandestino”*⁵³. Non veniva regolata nemmeno la delicata questione dell'obiezione di coscienza, a riprova del fatto che di un non-diritto si trattava, per cui il legislatore non si preoccupò nemmeno di garantire

53. C. García Pascual, op. cit. pag 187.

l'esercitabilità dello stesso.

Queste lacune della regolamentazione degli anni '80 hanno fatto sì che il discorso sull'interruzione della gravidanza restasse un capitolo aperto, ed è soprattutto tra la fine del 2007 e gli inizi del 2008 che il dibattito si rianima, soprattutto a seguito della venuta a conoscenza di casi di IVG in stato avanzato praticati in cliniche private di Barcellona e Madrid.⁵⁴ La Ministra de Igualdad, Bibiana Aído, annunciò di assumersi la responsabilità affinché vi fosse, entro il 2009, una nuova legge sull'aborto.

Nel 2008 si instaura Secondo Governo Zapatero⁵⁵ (12 Aprile 2008-20 Dicembre 2011), è la prima volta che un governo spagnolo è formato per la maggior parte da donne. Il 14 Maggio 2009 venne approvato l'Anteproyecto de la Ley per la riforma della disciplina in materia di interruzione volontaria della gravidanza, in cui si prevedeva la libera interruzione entro la quattordicesima settimana di gestazione (fino alla ventiduesima in caso di rischio per la vita o la salute della donna, o per gravi anomalie del feto,

54. http://elpais.com/elpais/2008/01/25/actualidad/1201252640_850215.html.

55. Tra gli interventi di politica sociale messi in atto dal primo governo Zapatero si ricorda, tra l'altro, la "*Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*", con cui si permette alle persone dello stesso di contrarre matrimonio, e di conseguenza il diritto all'adozione, all'eredità e l'accesso sistema pensionistico per i coniugati.

sottolineandosi come in ogni caso *"ninguna mujer podrá ser penada con cárcel por interrumpir su embarazo"*.

Nel Dicembre 2009 arriva l'approvazione del progetto all'interno del Congresso, il 24 Febbraio 2010 giunge anche l'approvazione del Senato, con 132 voti favorevoli e 126 contrari; il 4 marzo 2010 la legge, Ley Orgánica⁵⁶ 2/2010, viene pubblicata nel Boletín Oficial del Estado (BOE). Il Partido Popular, appena solo due mesi dopo, presenta ricorso davanti al Tribunal Constitucional⁵⁷, su cui la Corte ad oggi – Gennaio 2016- non si è ancora pronunciata.

11. La vigente Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del Embarazo, L.O. 2/2010.

In diverse occasioni è stata chiarita la speciale relazione esistente tra i diritti della donna e la tutela della salute sessuale e riproduttiva, così come è stato sottolineato quanto personale ed intima sia la decisione di avere o meno un figlio. I poteri pubblici sono obbligati a non interferire in questo tipo di decisioni, però

56. Per la disciplina in tema di Ley Orgánica vedasi l'art. 81 CE.

57. Recurso de inconstitucionalidad 4523-2010.

hanno al contempo l'obbligo di stabilire le condizioni affinché questa scelta sia adottata in forma libera e responsabile, mettendo a disposizione *"servicios de atención sanitaria, asesoramiento y información"*.

Questo compromesso è raggiunto nella *Ley Orgánica 2/2010, de 3 Marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, nel cui preambolo si legge l'obiettivo che la stessa si prefigge e le basi da cui promana, la presa di coscienza di una situazione di fatto. Recita infatti: *"La protección de este ámbito de autonomía personal tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos"*, non a caso la speciale relazione che lega le donne ai diritti di salute sessuale e riproduttiva è stata oggetto di diversi testi internazionali, quali la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW) del 1979⁵⁸ o come la Piattaforma d'Azione approvata a

58. Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna, articolo 12, "gli Stati devono prendere tutte le misure adeguate ad eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nel campo dell'assistenza sanitaria al fine di assicurare loro l'accesso ai servizi sanitari, compresi quelli relativi alla pianificazione familiare su una base di uguaglianza fra uomini e donne"

Pechino nel 1995 in cui si riconosce che "i diritti umani della donna comprendono il diritto ad avere il controllo ed a decidere liberamente e responsabilmente sulle questioni relative alla propria sessualità, inclusa la salute sessuale e riproduttiva, libere da pressioni, discriminazione e violenza". Per quanto riguarda l'obiettivo perseguito leggiamo: *"La presente Ley pretende adecuar nuestro marco normativo al consenso de la comunidad internacional en esta materia, mediante la actualización de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención de la salud sexual y reproductiva. La Ley parte de la convicción ... de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación ... en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos...Establece, asimismo, una*

nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal que, siguiendo la pauta más extendida en los países de nuestro entorno político y cultural, busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y de la vida prenatal⁵⁹".

11.1 Nuove prospettive di tutela.

La L.O 2/2010 apre una nuova strada a tutela del diritto all'aborto, quello che introduce è un "derecho legal"⁶⁰, vale a dire un diritto positivo, come tale opponibile, esercitabile e garantito. *“La norma legal tiene como objetivo que el aborto o “interrupción voluntaria del embarazo”, o utilizando la terminología americana “derecho a la libre elección”, deja de ser un delito en ciertos casos y es reconocido como un derecho personal e íntimo de toda mujer con independencia de su edad, o, lo que es lo mismo, que el aborto provocado se considera un derecho, protegido por el Estado, que forma parte de la salud*

59. Preambolo, I, L.O. 2/2010.

60. Parliamo di "diritto legale" intendendo un diritto soggettivo non Costituzionalmente tutelato, come lo è negli Stati Uniti, ma ciononostante statuito per legge. Come teorizzato da Kelsen, la previsione legale di un diritto comporta, necessariamente, la predisposizione di garanzie al servizio dello stesso.

*sexual y reproductiva de la mujer*⁶¹”.

Con questa Legge si legalizza l'aborto in Spagna e si migliora l'accesso all'informazione e alla consapevolezza dei diversi mezzi di controllo delle nascite, si garantisce l'uguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie, si interviene sulla prevenzione e sull'educazione sessuale quali mezzi idonei a ridurre il numero delle gravidanze non desiderate.

La *ley* stabilisce, con carattere generale, la possibilità di interrompere la gravidanza entro le prime 14 settimane di gestazione, sempre nella misura in cui la gestante sia previamente informata riguardo i propri diritti e all'esistenza di prestazioni ed aiuti pubblici in appoggio alla maternità. Dispone infatti che debbano trascorrere tre giorni prima che l'interruzione venga effettuata, periodo in cui alla donna verranno date le informazioni del caso⁶².

La previsione di questo periodo di riflessione (o è forse un *tempus poenitendi*?) risponde alla volontà del *legislador orgánico* di soddisfare l'obbligo costituzionale che i poteri

61 R. Germán-Zurriarán, op. cit., pag. 124.

62. La previsione dei tre giorni riflessivi non è una novità, a partire dal 2007 il sistema venne infatti adottato in Portogallo.

pubblici hanno nei confronti del feto, così come ebbe modo di specificare il T.C. nella Sent. 53/1985. Nonostante si tratti di un requisito neutro rispetto alla decisione della gestante, essendo questo periodo di riflessione concepito come un mezzo al servizio della protezione del nascituro (che nonostante non possa considerarsi persona, riceve comunque tutela all'interno dell'art. 15 della CE), il rischio che dietro all'informativa vi sia il messaggio moralizzante per cui l'aborto è una decisione intrinsecamente riprovevole o erronea non è da escludere; questa previsione non solo lascia la porta aperta per l'ingresso di considerazioni meta-giuridiche, ma mette in luce come la donna venga vista e considerata un soggetto quasi irrazionale, capace di prendere decisioni morali senza riflettervi, come una persona che vada protetta dalla propria stessa irrazionalità⁶³. Come fa notare Blanca Rodríguez Ruiz, questa costruzione ci riporta al problema della moderna costruzione del *genere*, ove è sempre più presente il paradigma cuidado/control⁶⁴, dove l'immagine delle donne

63. Ricorda molto la disciplina dell'Italiana legge 194/1978.

64. Nel 1982 la psicologa Carol Gilligan pubblicò un libro “ *In a different Voice. Psychological Theory and Women's Development*”, con cui ruppe gli schemi che fino ad allora erano dominanti riguardo lo sviluppo morale di uomini e donne, nella traduzione Spagnola – *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*- si legge, pag.182: “*La definición femenina del dominio moral diverge de la que se derivó de los estudios de hombres. La interpretación que la mujer da al problema*

viene costruita quali esseri *"tan débiles como irrazonables, tan asentadas en la ciudadanía pasiva como incapaces de funcionar como ciudadanas activas, de tomar decisiones vitales de forma responsable sin la ayuda del Estado"*⁶⁵, tutto questo risulta però poco compatibile con il compromesso costituzionale di eliminare la discriminazione strutturale esistente tra uomo e donna.

11.2 Le novità più significative.

Tra le novità più significative c'è l'attenzione che la L.O. 2/2010 dedica ai diritti fondamentali delle donne tra cui: I) il diritto al rispetto della dignità umana, come manifestazione della propria

moral como problema de cuidado y responsabilidad en las relaciones, y no de derechos y reglas, vincula el desarrollo de su pensamiento moral con cambios en su entendimiento de la responsabilidad y las relaciones, así como el concepto moral como justicia vincula el desarrollo con la lógica de la igualdad y la reciprocidad. De este modo, subyacente en una ética de cuidados y atención hay una lógica psicológica de relaciones, que contrasta con la lógica formal de imparcialidad que imbuye el enfoque de la justicia". Gustavo Ortiz Millan, analizando l'opera di Gillian scrive nel suo "Ética feminista, ética femenina y aborto", in Debate feminista, Año 25, vol. 49, 2014, UNAM, Mexico: "A esta perspectiva moral propiamente femenina Gilligan la llamó ética del cuidado: una ética que erifatiza valores como cuidado mutuo, responsabilidad en las relaciones, etc., por sobre valores típicamente masculinos, como la imparcialidad, la autonomía, los derechos, la aplicación de reglas abstractas, etc. Sin embargo, al hablar de una ética del cuidado, Gilligan estaba básicamente describiendo un tipo de actitud moral distintivamente femenino, y no proponiendo una teoría normativa completa que nos diera lineamientos o prescripciones para la acción moral; es decir, no estaba proponiendo una teoría ética que compitiera o reemplazara a las teorías normativas tradicionales basadas en principios, como el deontologismo o el consecuencialismo, sino que les sirviera de complemento"

65. B. Rodríguez Ruiz, *op.cit.*, p.79.

autodeterminazione cosciente delle scelte che incidono sulla propria vita, sul libero sviluppo della propria personalità, inclusa l'autonomia riproduttiva. Non si può mai ridurre la donna ad un mero strumento riproduttivo. II) Il diritto all'intimità e riservatezza, come diritto a non subire l'intromissione statale in ambiti che incidono profondamente sulla propria vita, quale la scelta di interrompere la gravidanza piuttosto che portarla a termine, ecco spiegata la previsione per cui la donna è soggetta al mero rispetto di un arco temporale e mai tenuta a dare giustificazione per la propria decisione, che deve in ogni caso essere libera e personale. Diritto questo che con il vecchio sistema veniva gravemente vulnerato, nella misura in cui i motivi dell'aborto – facendo da scusanti- dovevano essere apertamente dichiarati e comprovati. III) Il diritto alla scelta libera: i tre giorni di riflessione, oltre che a tutela del feto, sono previsti quali mezzo atto a garantire e ad assicurare che la scelta venga presa al di fuori di qualsiasi pressione esterna, rappresentano un fondamentale momento di confronto con la gestante.

In tema di libertà entra in gioco una delle novità più dibattute ed

oggetto di ricorso di incostituzionalità presentato dal *Partido Popular*⁶⁶, quella riguardante le donne di età compresa tra i 16 e i 18 anni: la legge di “salute sessuale e riproduttiva” prevede che queste decidano personalmente e liberamente, salvo l'obbligo di informare i genitori o il rappresentante legale e sempre che questo non comporti la nascita di gravissimi conflitti familiari tali da far presupporre il rischio di minacce, coazioni, maltrattamenti o abbandono.

11.2.1. L'autonomia del paziente.

Il sistema spagnolo prevede che ai 16 anni compiuti le persone abbiano diritto a prestare il proprio consenso per qualsiasi intervento medico conformemente alla legge regolatrice dell'autonomia del paziente⁶⁷, pertanto non deve stupire che

66. *Recurso de inconstitucionalidad n.º 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.*

67. *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, art. 9, punto 2, lettera c): “..Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”, mentre al punto 4, con specifico riguardo all'aborto: “La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general

anche in questo ambito sia prevista tale autonomia, a maggior ragione quando si tratta di scelte che incidono in maniera irreversibile sulla propria vita. Ed è proprio riguardo a questo specifico tema che di recente si è tornati a legiferare sull'aborto, con la *Proposición de Ley Orgánica* dell'8 Febbraio 2015, che avremo modo di approfondire alla fine del presente capitolo.

12. Diritto all'uguaglianza ed educazione al rispetto della diversità.

Sempre tra le novità troviamo l'affermazione del diritto all'uguaglianza di genere e alla non discriminazione, ribadendo come eventuali restrizioni sull'aborto vadano a colpire in maniera esclusiva le donne, imponendo loro dei limiti alla libertà che invece non sono tenuti a subire gli uomini. Ancora in tema di non discriminazione, la *Ley* prevede un sistema di assisenza medica con cui si garantisce l'eguale ingresso al sistema sanitario, superando quindi il problema della discriminazione nell'esercizio di un diritto fino a quel momento condizionato della classe sociale di appartenenza (artt. 3.3 e 4). L'aborto viene adesso *sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*”.

trattato alla stregua di un qualsiasi intervento medico-chirurgico che il paziente necessiti, si legge infatti all'articolo 12: "*Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación*". Interessante è notare il modo in cui la problematica di genere viene trattata, riservando ad essa tutta una serie di tutele volte a renderne effettiva la garanzia. Emblematico è l'art. 9, dove in tema di educazione primaria si statuisce che il sistema educativo preveda la formazione in salute sessuale e riproduttiva volto a promuovere una visione della sessualità in termini di eguaglianza e corresponsabilità tra uomo e donna, con particolare attenzione alla prevenzione della violenza di genere (per cui, è il caso ricordarlo, in Spagna si prevede una specifica disciplina che vede aggravate tutte le ipotesi delittive in cui soggetto attivo è l'uomo e soggetto passivo è una donna che è o è

stata coniuge, convivente, o in qualsivoglia modo affettivamente legata⁶⁸), prevenzione delle aggressioni e abusi sessuali. Il sistema educativo deve contribuire al riconoscimento e all'accettazione della diversità sessuale, alla prevenzione di malattie ed infezioni sessuali, in primis l'HIV, la prevenzione di gravidanze non desiderate alla luce di una sessualità responsabile.

E' evidente la volontà di attuare una politica preventiva, volta ad assicurare un'educazione sessuale tale da rendere il ricorso all'aborto sempre meno frequente, obiettivo questo che – come dimostrano le statistiche⁶⁹ - sembra essere stato in qualche modo raggiunto, data la diminuzione di aborti praticati negli ultimi 4 anni.

La nuova disciplina spagnola sposta il proprio centro d'attenzione. Mentre fino al 2010 oggetto di tutela e di interesse era il feto, ed era a tutela dello stesso che la disciplina era stata

68. Così ad es. l'art 153 del codice penale. Si aggiunga la *L.O. 1/2004*, del 28 dicembre, *de Medidas de protección integral contra la violencia de género*, che nel suo art.1 stabilisce che l'oggetto della Ley è quello di attuare contro la violenza che, quale manifestazione di discriminazione, la situazione di disuguaglianza e le relazioni di potere degli uomini sulle donne, si esercita su queste da parte di chi è o sia stato suo coniuge o da chi è (o è stato) ad esse legato da relazioni simili di affettività, anche senza che vi sia stata convivenza.

69. Come dimostra la relazione del *Ministerio de Sanidad, Servicios sociales y Igualdad*, si è passati dagli 111.482 aborti del 2009, ai 94.796 del 2014. Dati reperibili all'indirizzo:http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm.

partorita, la vigente *Ley* concentra l'attenzione sulla donna, non più considerata mero strumento atto a dare la vita, mero mezzo riproduttivo e quale antagonista al feto della cui tutela e protezione doveva farsi carico lo Stato. L'obiettivo del Legislatore del 2010 è quello di instaurare un dialogo con le donne che decidono di interrompere la gravidanza, un dialogo volto non alla disapprovazione del gesto o a disincentivarle nella scelta, ma a renderla quanto più libera, personale e responsabile possibile relazionandosi alle donne quali cittadine attive e quindi portatrici di diritti e tutele da garantire, tra cui il diritto a decidere del proprio corpo, a decidere sul proprio futuro, a decidere sulla propria salute e vita, sempre nel rispetto dei valori democratici e costituzionali che l'ordinamento impone ed assicura.

13 Diritti a confronto: aborto e obiezione di coscienza.

La L.O 2/2010 ha altresì disciplinato in maniera specifica l'obiezione di coscienza, tralasciata invece dalla precedente legge del 1985. L'art. 19 prevede che “...*Se garantizará a todas las mujeres por igual el acceso a la prestación con independencia*

del lugar donde residan...Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia... En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo”, risulta evidente la somiglianza con l'art. 9 della legge 194 del 1978 Italiana, senonchè il legislatore spagnolo ha cura di prevedere una “valvola di salvezza” che permette e garantisce al sistema di funzionare, prevedendosi al comma successivo che il servizio pubblico sia, eccezionalmente, non in grado di garantire in tempi idonei la prestazione, le donne vantano il diritto di rivolgersi a qualsiasi centro accreditato presente sul territorio spagnolo. Ecco il motivo per cui in Spagna l'obiezione di coscienza può pienamente definirsi un diritto ,dato che non lede – né si scontra con - nessun'altro diritto contrapposto. Chiaramente

questo non significa che le questioni di coscienza siano pacifiche, in ogni ordinamento si incontrano teorie contrapposte sul valore effettivo che i motivi di coscienza, di religione, di pensiero hanno; addirittura in dottrina c'è chi, parlando di aborto, ha sostenuto che *“el objetor, no es el médico que se niega a practicar el aborto, sino la mujer que quiere que alguien se lo practique. Es ella y no el médico la que, en razón de sus personales circunstancias, quiere sustraerse a la ley general”*⁷⁰.

14. L'antecedente Portoghese.

La nuova disciplina Spagnola appare in sintonia con la coeva dottrina Portoghese, a dimostrazione di come l'Europa – dopo una presa di coscienza- si stia avviando ad un cambio di prospettiva riguardo al riconoscimento del diritto ad abortire e ad una uguaglianza di genere effettiva. Il Tribunal Constitucional de Portugal che nel suo Accordo n° 75/2010⁷¹, in analisi della Costituzionalità della legge 16/2007 in materia di Aborto,

70. José María González del Valle, J.M^a., Derecho Eclesiástico Español. Oviedo. 1997. p. 369. Si noti che l'articolo risale al 2007, epoca di vigenza della legge 9/1985. Risulta comunque significativo questo punto di vista, che potrebbe tutt'oggi reggersi in ordinamenti in cui vige tutt'ora il sistema dei "supuestos".

71. Testo completo

all'indirizzo:<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>.

partendo dall'obbligazione costituzionale di proteggere il feto e dalla dimensione relazionale della gravidanza, definita "una dualità nell'unità", sottolinea come la relazione gestante-feto non sia statica, bensì in continua evoluzione in concomitanza con la crescita del feto e che pertanto è opportuna la regolamentazione "a tutele crescenti"⁷², ecco perchè è ragionevole non prevedere sanzioni per gli aborti praticati entro il primo periodo di gravidanza. Sottolinea inoltre come prevedere sanzioni penali, più che da deterrente, possa fungere da ingresso alla clandestinità e alla disugaglianza, si legge: *"A singularidade da relação conflitual e da fonte do perigo de lesão explicam, em boa medida, essa falência dos instrumentos penais. Dados os termos da tipificação legal, a questão só se põe quando a interrupção é realizada com o consentimento da própria grávida. Nessa configuração, em que se esfuma a alteridade entre autor e vítima, a ameaça de sanção penal para resolver um conflito "interior", de carácter existencial, na esfera pessoal de alguém que simultaneamente provoca e sofre a lesão, não tem a*

72. ACÓRDÃO Nº 75/2010, punto 11.4.1 "O Tribunal perfilha o entendimento contrário de que a vida intra-uterina é um bem digno de tutela em todas as fases pré-natais, sem prejuízo de admitir diferentes níveis e formas de protecção, em correspondência com a progressiva formação do novo ente".

eficiência que, em geral, lhe cabe.[..] O regime de punibilidade, aplicável em todas as fases da gestação, não evitou a prática, em larga escala, do aborto, frequentemente em condições atentatórias da dignidade e de grave risco para a saúde física e psíquica (ou até para a vida) da mulher – bens, estes, objecto de direitos fundamentais, radicados na esfera da grávida, também eles, a fortiori, cobertos por um dever estadual de protecção". I poteri pubblici nell'affrontare il tema, non devono porsi in conflitto con le donne, trattandole come avversarie, ma interloquire con le stesse al fine di garantire maggior tutela a tutti gli interessi in gioco; partendo dalla considerazione che la scelta di abortire non deve essere vista come egoistica e irresponsabile e la donna come un soggetto debole da proteggere. La decisione di interrompere la gravidanza – sottolinea il *Tribunal*- più che come un rifiuto dall'assunzione di responsabilità, deve essere vista come indice che la responsabilità che un figlio comporta è stata presa così tanto sul serio da mettere in conto di rinunciarvi. Questo significa considerare la donna come cittadina attiva, come soggetto che autonomamente decide, senza con ciò trascurare la

tutela riservata al concepito.

Il legislatore portoghese difatti, partendo dalla considerazione dell'esigenza di tutela di beni confliggenti, ha raggiunto la ponderazione di interessi partendo dal presupposto che trattandosi di *"um crescendo de intensidade tuteladora, consoante o maior tempo de gravidez, compondo o que poderemos designar por um regime trifásico: num período inicial, a decisão é deixada à responsabilidade última da mulher, em fases subsequentes a interrupção fica dependente de certas indicações, sendo proibida, em princípio, no último estágio de desenvolvimento do feto. Esta tutela progressiva, utilizando como critério o tempo de gestação, representa, em si mesma, uma opção básica determinada por um intuito de harmonização dos bens em colisão.*

In ogni caso, utile ad evitare il ricorso all'aborto – suggerisce il Tribunale Costituzionale - sarebbe un'azione statale preventiva, di tipo prestazionale, tale da creare le basi affinché la scelta di portare a termine la gravidanza possa essere presa con più facilità rispetto alla scelta di rinunciarvi⁷³.

73."Esta injunção constitucional comporta seguramente o dever de adopção de

15. Osservazioni conclusive.

Quello a cui assistiamo è un lento cambiamento di prospettiva, sia il Portogallo che la Spagna aprono la strada per il riconoscimento del diritto all'aborto quale diritto fondamentale delle donne; i due ordinamenti si assumono l'impegno di rimuovere gli ostacoli che possano rendere questa tutela non effettiva, si impegnano ad assicurare i mezzi idonei sia ad evitare il frequente ricorso all'aborto sia a garantirlo.

I due Stati stanno investendo sul futuro. Partire dall'educazione primaria al rispetto delle diversità, dell'uguaglianza, della mutua assunzione di responsabilità, significa creare futuri cittadini coscienti, significa creare cittadine attive ed autonome; si vuole uscire dallo schema *cuidado/control*, che vede le donne come soggetti deboli e da proteggere, persone il cui unico ruolo sociale da rivestire è quello di madre e l'unico ruolo economico da ricoprire è quello di amministratrice dell'economie domestiche.

medidas preventivas, numa dupla direcção: a de evitar situações de gravidez indesejada... e a de contrariar motivações abortivas, uma vez iniciado esse estado. Aqui se incluem também medidas incentivadoras, sem esquecer as que visam o exercício (mas também, antes dele, a assunção) de uma maternidade consciente, as quais têm uma iniludível projecção irradiante, de sentido tutelador, neste campo", TCP, ACÓRDÃO N° 75/2010.

16. C'è chi dice "no". Gallardón bis.

Come anticipato, alcuni punti della L.O. 2/2010 hanno sollevato polemiche e critiche, trovando in disaccordo alcune comunità autonome quali Navarra e Murcia e la corrente maggioritaria del Partido Popular. E' il 4 Marzo del 2010 quando la Ley 2 viene pubblicata nel BOE, Boletín Oficial del Estado, e poco prima che il periodo massimo entro cui ricorrere (90gg) spirasse, il 1 Giugno 2010, il Partido Popular (PP) presenta ricorso di incostituzionalità con l'ulteriore intento che vengano sospesi, cautelarmente, gli articoli impugnati: art 5.1, art 8 *in limine* e lettere a e b, art 12, art 13.4, art 14, art 15 lettere a, b e c, art 19.2 primo paragrafo e la disposizione finale seconda⁷⁴.

L'allora candidato del PP alla presidenza del Governo, oggi attuale Primo Ministro, Mariano Rajoy, in un'intervista concessa al giornale "*El País*" dichiarò: "*Yo, desde luego, estoy absolutamente en desacuerdo con dos cosas: primero, que una niña de 16 años pueda abortar sin el conocimiento de sus padres; y segundo, estoy en contra de cómo se trata el derecho a*

74. Fonte: pagina ufficiale del PP. Indirizzo web <http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-recurre-ley-aborto>.

la vida en esa ley [la del PSOE]. Por tanto, en ese punto, propondré reformar lo de los 16 años. Esta ley no protege suficientemente el derecho a la vida, porque permite libertad total en las primeras 14 semanas. Propondré a mi partido reformarla" ⁷⁵. Non a caso, quando il 20 Novembre 2011 il PP trionfa all'elezioni, si mette subito mano alla regolamentazione dell'aborto, dando vita all'Anteproyecto del Ley Orgánica de "*Protección de los Derechos del Concebido y de la Mujer Embarazada*"⁷⁶, più conosciuto come *Anteproyecto de Ley Gallardón*, dal nome dell'ex Ministro di Giustizia. Con questo Anteproyecto l'aborto sarebbe stato permesso solo in due casi: 1) se la gravidanza fosse stata frutto di violenza carnale 2) se fossero sussistiti gravi pericoli per la salute psicofisica della gestante.

75. Fonte: "El País". Riferimento web all'indirizzo:
http://politica.elpais.com/politica/2014/09/19/actualidad/1411109612_383017.html.
(20/2/2014)

76. Testo completo all'indirizzo :
http://www.cadenaser.com/csermedia/cadenaser/media/201312/21/sociedad/20131221csrsrcsoc_1_Pes_PDF.pdf.

16.1 Le modifiche proposte.

Innanzitutto si prospetta l'abrogazione del terzo "supuesto" previsto dalla (vigente) L.O. 2/2010, vale a dire l'aborto eugenetico, che in questo caso sarà concesso solo ove si provi che tenere un figlio con gravi patologie provochi alla donna gravi problemi psichici. Queste le parole di Gallardón: *“Cualquier discapacidad, anomalía que tenga el embrión, que tenga el feto, no es en si misma merecedora de una disminución de derechos de protección”*. In dottrina non pochi si mostrano contrari all'aborto eugenetico, partendo dall'attacco alla diagnosi prenatale, di cui - a detta di questi, tra cui il già citato Roberto Germán Zurriaráin- se ne fa un uso distorto. La diagnosi, sostengono, dovrebbe servire a fini terapeutici, ad apportare beneficio al feto, mentre è usata per scopi selettivi. Si chiede Germán Zurriaráin: *“la Ley 2/2010 permite el aborto de un feto que nacerá vivo, pero con una enfermedad muy grave e incurable. Sin embargo, ¿por qué la vida humana que va a vivir y sobrevivir tras el nacimiento, aun cuando padezca una enfermedad muy grave, no merece ser protegida? ¿Este artículo*

es compatible con la doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del artículo 15 de la Constitución española a la vida humana incipiente, recogida en la Sentencia 53/1985 en la que la vida del que va a nacer es un bien jurídicamente protegido?” giungendo alla risposta che quel che la L.O. 2/2010 realizza è una discriminazione irragionevole, inaccettabile ed incostituzionale, “por eso, el colectivo de personas con diversidad funcional, tanto a nivel internacional como nacional, ha expresado su rechazo al aborto eugenésico por considerarlo una discriminación y una minusvaloración de la dignidad de la persona con diversidad funcional⁷⁷”.

L'Anteproyecto Gallardón prevedeva altresì una modifica in senso restrittivo della disciplina concernente le gestanti minori di età, prevedendosi in tal caso la necessità non solo il consenso espresso dei genitori, ma altresì dell'accompagnamento parentale al luogo dell'intervento (addio diritto alla privacy e all'intimità!) trascurando per altro la disciplina regolativa l'autonomia del paziente⁷⁸.

77. R. Germán Zurriarain, op.cit. Pag. 127.

78. *Infra* 11.2.1

16.2 Voci fuori dal coro.

L'anteproyecto convinse poco, non solo la cittadinanza e i partiti dell'opposizione, ma anche all'interno dello stesso PP vi furono voci discordanti. L'allora Delegada del Gobierno en Madrid, Cristina Cifuentes, affermò *"yo creo que había que reformar esa ley, pero personalmente tengo una posición que no coincide con la opinión mayoritaria de mi partido. Estoy más de acuerdo en hacer una regulación de plazos, pero, lógicamente, tengo que aceptar la medida que ha tomado mi partido"*, sottolineando in ogni caso come non condivideva comunque diversi aspetti della legge del PSOE (Partido Socialista Obrero Español), quale ad esempio la previsione secondo cui le gestanti di età compresa tra i 16 e i 18 anni possano abortire senza il consenso dei genitori o la previsione secondo cui per la somministrazione della pillola del giorno dopo non sia più necessaria la ricetta medica.

Già a partire dal Febbraio 2014 si assiste a chiare prese di posizione di altri esponenti del Partido Popular, è il caso della vicepresidente del *Congreso*, Celia Villalobos, che insieme ad altri due appartenenti al partito - durante una votazione pubblica

promossa da "*Izquierda Plural*" - si esposero pubblicamente definendosi a favore della ritirata dell'anteproyecto Gallardón. Ormai la rottura era evidente ed il 23 Settembre dello stesso anno il Governo fece "*marcha atrás*", ritirando l'Anteproyecto de Ley per non aver ottenuto il consenso sufficiente, con successiva rinuncia alla carica del Ministro Gallardón.

17. Pericolo scampato! o forse no...

Dico "*..forse no*" perchè il Tribunal Constitucional ha amesso il ricorso⁷⁹, anche se ha negato la sospensione cautelare della Ley 2/2010⁸⁰, quindi fintanto che non si pronunci il destino della Ley rimane incerto, nonostante sia auspicabile e ragionevolmente prevedibile che la Corte non si discosti molto dalla pronuncia dell'85⁸¹, confermandone la giurisprudenza e quindi dichiarandone la conformità a Costituzione alla luce

79. Recurso de inconstitucionalidad n.º 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

80. Pleno. Auto 90/2010, de 14 de julio de 2010. Deniega la suspensión de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo solicitada en el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, promovido por setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso. Votos particulares.

81. Unica pronuncia del Tribunal Constitucional in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

dell'interpretazione data all'art.15 in relazione al *nasciturus*, meritevole sì di tutele costituzionali quali bene giuridico cui lo Stato ha l'obbligo di proteggere, ma non portatore del diritto alla vita, protezione che la Ley 2/2010 garantisce per mezzo del previsto periodo informativo (i famosi tre giorni) e per mezzo della tutela prestata alla gestante, unico soggetto cui spetta e la decisione sul "*se e quando*" tenere un figlio ed unico soggetto su cui le conseguenze della gravidanza ricadranno, in primis la tutela, l'educazione e l'assistenza al figlio ed in secondo luogo l'irreversibile cambio delle proprie abitudini di vita.

In vista delle Elezioni Politiche del 2015, dopo la disfatta dell'Anteproyecto Gallardón, e con i dati statistici alla mano che dimostrano un repentino calo del ricorso all'aborto e quindi l'efficacia della Legge Zapatero, il Partido Popular tornò a parlare di aborto, ma – consapevole del poco consenso ottenuto dalla vecchia proposta di legge- si limitò a proclamarne una riforma solo riguardo la parte concernente le donne di età compresa tra i 16 ed i 18 anni. E' infatti del 15 Febbraio 2015, la Proposición de Ley Orgánica⁸² di riforma della L.O. 2/2010 di cui ritengo

82. 122/000195 Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las

illustrativo riportare i motivi annessi : " *El que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de su representante legales, padre y/o madre ... es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo. No se trata únicamente de la protección de la menor, sino que su **cuidado** comprende el núcleo esencial de todas esas figuras jurídicas⁸³; Por tanto, la modificación contemplada en la L.O. 2/2010 impide a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el CC, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad. [...] De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.*" (il grassetto è mio)

menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

83. *Ibidem*, prosegue "y así lo fija el CC, tanto en el art. 154, estableciendo que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad está el de "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral", como en el art 269, que dispone que "el tutor está obligado a velar por el tutelado" y, en particular " a educar al menor y procurarle una formación integral".

Appare immediatamente evidente come e quanto l'attenzione risulti volta più ai genitori che si vedono negata la possibilità di adempiere ai compiti che la stessa legge impone loro che non alle ragazze, unico ed ultimo soggetto su cui l'intervento normativo andrà a ricadere. Osserviamo le parole "*situaciones de vital importancia e impacto futuro*"; qui sembra riecheggiare la vecchia convinzione del trauma post-aborto, del "pentirsi per tutta la vita di averlo fatto", delle vecchie – e ormai da superare – credenze per cui abortire può provocare malattie psichiche quali l'esaurimento e spingere persino al suicidio⁸⁴. "*Priva le minori, in un momento così cruciale per la propria vita, di poter contare dell'appoggio di chi esercita su di esse la patria potestà*", come se ove non vi fosse un'imposizione legale le ragazze che volessero confrontarsi con i genitori non potessero farlo! Ritroviamo anche una delle parole chiave che hanno guidato il mio approfondimento: "*cuidado*". Qui ritorniamo al discorso di quanto personale sia la scelta di abortire, e fino a che punto un terzo, che sia lo Stato o siano i genitori o chi per loro, possano

84. Cfr. *Las mujeres que abortan tienen seis veces más probabilidades de suicidarse*, di David C. Reardon in www.notivida.com.

influire in maniera determinante sulla stessa. Parlare di *cuidado* (*prenderse cura di..*) significa tornare a considerare le donne soggetti deboli e da proteggere dai propri stessi errori, da proteggere da se stesse.

Lungi quindi da essere superato il problema dell'uguaglianza di genere, del riconoscimento dei diritti di cittadinanza, del diritto all'autodeterminazione, questa proposta di legge si dimostra una vera e propria retromarcia. L'impatto sarà prevedibilmente negativo e al riguardo si è pronunciata la stessa *Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción del embarazo (ACAI)*, la quale dopo aver effettuato uno studio sulle gravidanze tra le adolescenti spagnole⁸⁵, ha dichiarato come questa modifica normativa non proteggerà le minori, tutt'altro, dato che "*la adolescente en desamparo familiar no acudirá a sus padres, y tampoco irá al juzgado. Si está sola, recurrirá a la clandestinidad*". Secondo l'ACAI, l'aborto di minori rappresenta il 3% delle interruzioni di gravidanza. Di queste, un 13% (circa 500 minori) non possono rendere partecipi i propri genitori in

85. <http://www.acaive.com/pdf/Investigacion-ACAI-menores-16-y-17-anos-noviembre-2014.pdf>.

quanto vivono situazioni di violenza domestica, minacce e maltrattamenti. *"Querer obviar esta realidad prohibiendo que dichas jóvenes decidan por sí mismas abocará a estas mujeres al aborto en condiciones inseguras"* questo è l'allarme che lancia⁸⁶, un allarme realistico che mette in luce la pericolosità della *Propuesta*, posto che non prevede eccezioni alcune, non curandosi dei casi di specie ma dettando una disciplina universalista, quasi a considerare tutte le situazioni identiche, quando invece è dimostrato come ogni situazione abbia una storia a sè. In ogni caso, il resto della Ley Organica 2/2010, non essendo oggetto di intervento legislativo, si presuppone come ormai condiviso anche dal Partido Popular, autore *suo tempore* dell'impugnazione in sede costituzionale.

Alla luce di quanto avvenuto non è quindi da escludere che il Tribunal Constitucional abbia scientemente temporeggiato in attesa che la decisione venisse presa nella sede opportuna: *las Cortes Generales*.

La proposta è oggi legge: *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres*

86. http://www.huffingtonpost.es/2015/02/18/ley-del-aborto_n_6703668.html.

con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. Due le novità apportate: 1) viene abrogato il quarto comma dell'art. 13 della L.O. 2/2010 con cui si prevedeva, nel caso di donna minore d'età compresa tra i 16 e i 17 anni, che il consenso per interrompere la gravidanza facesse capo alla sola donna, al pari della gestante maggiore d'età. 2) Si modifica l'art. 9 della Legge 41/2002, del 14 novembre, regolatrice dell'autonomia del paziente e delle obbligazioni in materia di informazione e documentazione clinica⁸⁷. Il resto della legge organica 2/2010 è rimasto invariato.

87. *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.* Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Se suprime el apartado cuarto del artículo 13, que queda sin contenido. Artículo segundo. Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Se modifica el apartado 5 del artículo 9, que queda redactado de la siguiente manera: «5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.»

CAPITOLO III

COSI' VICINI, COSI' LONTANI.

1. Spagna e Italia a confronto.

La legislazione sull'aborto, tanto in Italia quanto in Spagna, è figlia di una "rivoluzione rosa" e di una decisione del giudice Costituzionale. Nella storica sentenza n. 27 del 1985 la Corte Costituzionale italiana ha per la prima volta affrontato la questione in termini di bilanciamento tra le istanze in conflitto, precisando come nel caso di specie a prevalere sia il diritto alla vita e alla salute della gestante che è già compiutamente persona a fronte del nascituro che, in quanto persona solo potenziale, gode di una tutela più limitata e concepita in termini di "interesse". Questo bilanciamento "si concretizzava nel dovere per il legislatore di specificare le condizioni di grave danno o pericolo per la madre che giustificano il ricorso all'IVG e di predisporre «seri accertamenti» sulla sussistenza delle stesse¹". Ed è proprio seguendo pedissequamente quanto dalla Corte suggeritogli che il Parlamento adottò la disciplina in materia

1. Maria Pia Iadiccio, *L'aborto al vaglio dei giudici costituzionali in Italia e Spagna*, in Forum costituzionale.

d'aborto, approvando nel Maggio del 1978 la tuttora vigente legge n.194. Allo stesso modo ebbe a pronunciarsi il *Tribunal Constitucional Español* con la sentenza n. 53/1985, da cui prese le mosse la *Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal* tramite cui si depenalizzava l'aborto in determinati "supuestos"². Tra l'esperienza giurisprudenziale italiana e spagnola in materia di IVG è possibile rinvenire numerosi tratti di congiunzione e al di là degli aspetti critici delle singole decisioni, va sicuramente riconosciuto alle Corti il merito di aver sempre evidenziato con particolare incisività il rilievo costituzionale delle istanze tanto del nascituro quanto della gestante, contribuendo alla ricerca di un ragionevole bilanciamento degli stessi. Ciò va certamente ricondotto alle affinità dei valori e dei diritti costituzionali su cui si fondano le decisioni di entrambe i giudici, ma anche, e non di meno, alla

2. Se mettiamo a confronto le due Pronunce appare evidente come l'impianto argomentativo e motivazionale della sentenza del TC fa sì che risulti molto lunga, problematica, accuratamente motivata – anche se non priva di punti oscuri – mentre la pronuncia della Corte costituzionale italiana appare decisamente scarna o ridotta all'essenziale, come fa notare Sergio Bartole in *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. Cost.*, 1974, 2101. Non bisogna comunque trascurare che la decisione Spagnola arriva quasi dieci anni dopo quella italiana, periodo in cui in molti ordinamenti Europei la questione abortiva era già stata disciplinata, ponendosi quindi il *Tribunal* servirsi di questi precedenti per orientarsi.

tendenza generalizzata delle questioni bioetiche di oltrepassare i confini dei singoli ordinamenti giuridici³.

1.1 Stesso punto di partenza, distinto punto di arrivo.

Se nel regolare l'interruzione di gravidanza Italia e Spagna partono da un percorso comune, molto diverso è il punto di arrivo. Mentre in Italia è ancora in vigore, da più di 30 anni, la legge n. 194, con i pluridecennali problemi applicativi che la concernono, in Spagna nel 2010 si è data nuova veste giuridica all'aborto, che da mera concessione passa ad essere un diritto (legale) garantito. Non si richiede più la specificazione dei motivi che inducono la donna ad abortire, e quindi "scusano" la scelta, essendo sufficiente la semplice manifestazione di volontà (entro le prime 14 settimane). Il problema della normativa italiana non è, essenzialmente, quello di prevedere "motivazioni" in grado di giustificare l'interruzione di gravidanza, anche perchè potremmo azzardare a dire che così come strutturata riesce a far rientrare tra le "cause di giustificazione" quasi ogni motivo scatenante la scelta, garantendo in tal maniera adeguata tutela al concepito

3. Cfr. Carlo Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012 .

quale persona *in fieri*, senza con ciò pregiudicare il diritto della donna ad una maternità cosciente e responsabile (salvo ammettere la necessità di dover in qualche modo giustificare una scelta personalissima); il problema è la concreta applicazione della legge. La possibilità riservata al personale medico-sanitato di astenersi dalle attività volte all'interruzione della gravidanza, nasce come "situazione giuridica soggettiva attiva (o di vantaggio)" posta a tutela della libertà di coscienza⁴ ma, a causa dell'alto numero di obiettori si traduce nei fatti nella lesione di un diritto altrui: il diritto alla vita e alla salute della donna che intende interrompere la propria gravidanza. "Volendo credere che sia ammissibile e giusto attribuire un diritto di obiettare, è doveroso al contempo delineare una protezione alla possibilità di abortire⁵" ed è proprio questo che succede in Spagna, dove l'aborto – in quanto diritto- riceveva tutela piena, assumendosi lo Stato l'obbligo di garantire *ad ogni costo* che l'interruzione di gravidanza venga effettuata nelle condizioni più idonee ad

4. Giovanni Cimbalò, *L'art. 19 Costituzione*, in Corso di diritto ecclesiastico, Alma mater Studiorum- Università di Bologna, 2010. "L'art. 19 nel combinato disposto con l'art. 21, art. 3 e art. 2 assicura la libertà di coscienza e la libertà di non credere".

5. Chiara Lalli, *C'è chi dice no. Dalla leva all'aborto, come cambia l'obiezione di coscienza*, Milano 2011.

assicure tutela al diritto alla salute della richiedente.

1.2 Un ottimo esempio.

Da un rapido confronto tra la legge n.194/1978 e la L.O. 2/2010 è possibile coglierne tratti comuni e differenze.

	ITALIA, L.194/1987	SPAGNA, L.O. 2/2010
Titolo	"Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"	"..de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo"
Necessità di indicare i motivi che inducono alla scelta.	sì	no
Limite per l'aborto "ordinario"	90 giorni ⁶	14 settimane ⁷
Locuzioni usate	"diritto alla procreazione cosciente e responsabile ⁸ "	"Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida ⁹ ".
"Periodo di riflessione"	"..rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni ¹⁰ "	"Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la

6. Art. 4, L. 194/1978.

7. Art.14, L.O. 2/2010.

8. Art. 1, l. 194/1978.

9. Art.3, comma 2, L.O. 2/2010.

10. Art.5, L. 194/1978.

		realización de la intervención ¹¹ ".
Aborto per gravi malformazioni del feto	"quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna ¹² ". Non viene stabilito alcun limite temporale.	"Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija" ¹³ . Limite temporale: 22 settimane.
Garanzia di accesso e d'esecuzione della prestazione.	"Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare lo espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8 ¹⁴ "	"Los servicios públicos de salud...aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley. Esta prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud" ¹⁵
Esercizio dell'obiezione di coscienza.	"Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di	"Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la

11. Art. 14, lettera b), L.O. 2/2010.

12. Art.6, lettera b) L.194/1978.

13. Art.15 lettera b) L.O. 2/2010.

14. Art.9, comma4, legge 194/1978.

15.Art. 18 L.O 2/2010.

	coscienza, con preventiva dichiarazione ^{16"}	calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia ^{17"}
--	--	--

A parte l'illustrativo titolo che dimostra la netta differenza rispetto al destinatario, ove nella disciplina italiana risulta essere la donna in quanto (potenziale) madre (tutelandosi la maternità), mentre nella legge spagnola si fa riferimento alla donna in quanto individuo la cui salute (sessuale e riproduttiva) è da tutelare, le due discipline non appaiono *in nuce* così diverse. La domanda sorge quindi spontanea: come mai, a differenza della più moderna Ley del 2010, la nostra legge 194 non riesce a funzionare? E se, come noto, il problema fondamentale è l'elevata presenza di obiettori di coscienza, come mai il problema non si presenta anche in Spagna? La risposta sta nella legge. L'art. 19, punto 2, ultimo comma, L.O. 2/2010, al fine di assicurare il diritto all'aborto¹⁸, statuisce che "Si

16. Art. 9 L. 194/1978.

17. Art. 19, punto 2, L.O. 2/2010.

18. «Contrary to the Ley Organica 9/1985, which simply stated that abortion "will not be punishable" if performed with the consent of the woman by a physician at any time for medical reasons, within 12 weeks if pregnancy in case of rape, and up to the 22nd week in the case of fatal impairment, the new Ley Organica 2/2010 introduced a right to abortion "at the request of the woman», Federico Fabbrini,

excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación". Questo significa che anche nella più assurda delle ipotesi - pur se non improbabile come l'esperienza italiana dimostra¹⁹- in cui presso le strutture pubbliche risultasse un 100% di ginecologi obiettori, la donna si vedrebbe in ogni caso riconosciuto e garantito il diritto ad "*una maternidad liberamente decidida*" incluso del diritto di interrompere la gravidanza, potendosi questa recare in qualsiasi struttura privata accreditata. Questo in Italia non è possibile in quanto il servizio di IVG è praticabile solo presso strutture pubbliche e da ginecologi a queste appartenenti (art.8, legge 194/78), nonostante la Corte Costituzionale, nella sent.n35/1997, si sia riferita alle strutture in

Fundamental Right in Europe. Challenges and transformations in comparative perspective, Oxford university, 2014.

19. E' il caso della città di Ascoli Piceno dove il 100% dei ginecologi attivi è obiettore di coscienza ed è stato necessario appaltare il servizio all'AIED (Associazione Italiana per l'Educazione Demografica), la notizia ha fatto così scalpore che il 16 Gennaio 2016 il New York Times pubblica un articolo dal titolo "On paper, Italy allows abortions, but few doctors will perform them", <http://www.nytimes.com/2016/01/17/world/europe/on-paper-italy-allows-abortions-but-few-doctors-will-perform-them.html>.

termini di alternatività "gli interventi diretti alla interruzione volontaria della gravidanza debbano essere praticati in apposite strutture pubbliche o autorizzate". L'effettiva applicazione della legge viene pertanto subordinata all'atteggiamento di una «ristrettissima categoria professionale dotata di particolari capacità tecniche (ostetrici e ginecologi)²⁰. Le disfunzioni organizzative provocate dal grande numero di obiettori di coscienza, per cui si è giunti a coniare il termine "obiezione di struttura", hanno riaperto una ferita ormai rimarginata da tempo: gli aborti clandestini.

2. L'Italia torna alle mammane (del web).

Come più volte sottolineato nel corso del seguente lavoro, che l'aborto sia legale o meno non ha mai impedito alle donne di ricorrervi. Un problema ormai apparentemente superato sta riemergendo con forza e numeri impressionanti. Le difficoltà applicative della legge n. 194 hanno avuto come conseguenza più immediata il ricorso ai metodi insicuri e fuori dal controllo della

20. Giuditta Brunelli, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere in Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovine Editore, 2009.

legge. La relazione ministeriale sull'applicazione della legge 194 afferma che "il numero di aborti clandestini per le donne italiane è stimato compreso nell'intervallo tra 12'000 e 15'000 casi. Per la prima volta si è effettuata una stima anche per le donne straniere che è risultata compresa tra 3'000 e 5'000 aborti clandestini²¹". Il professore Bruno Mozzanega, ginecologo e docente presso l'Università di Padova, in un'intervista-inchiesta condotta dal programma Rai, "Preso Diretta" del 17 Gennaio 2016²², spiega come in realtà i dati del Ministero non siano realistici in quanto trascurano un dato fondamentale: l'aumento del numero di aborti "spontanei". L'ISTAT, l'istituto di statistica nazionale, stima che "il numero assoluto dei casi registrati è passato da 56.157 (riferiti all'anno 1982) a 73.810 (nell'anno 2012), con un aumento del 31,4 per cento. Anche l'indicatore utilizzato per studiare tale fenomeno, ovvero il rapporto di abortività spontanea, mostra un aumento del 56,5 per cento passando da 89,2 casi di aborto spontaneo per mille nati vivi nel

21. Relazione del ministero della salute sull'attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/1978), Roma 15 ottobre 2014.

22. Per approfondire vedesi intervista dal minuto 61, <http://www.rai.tv/dl/RaiTV/programmi/media/ContentItem-4e51ebd6-a360-494c-a2db-97cc548e90a5.html#p=0>.

1982 a 139,6 nel 2012²³", ma se è vero che sul processo di gestazione incide l'aumento dell'età media delle donne che scelgono di avere un figlio, è vero anche – come denuncia Mozzenega- che tra questi vi rientrano, mascherati da eventi naturali, gli aborti clandestini non andati a buon fine, senza trascurare che "nel 90% dei casi l'aborto domestico-farmacologico giunge a compimento senza complicazioni", senza lasciare tracce.

Accanto ai tradizioni metodi "chirurgici" praticati in sale operatorie improvvisate, vedasi il caso Padovano in cui i N.A.S²⁴. hanno scoperto nel 2009 una clinica clandestina gestita da due cittadini cinesi²⁵, la pratica più diffusa è l'acquisto in Internet del c.d. "*Abortion Kit*". E' sufficiente digitare la "*keyword*" e si è subito indirizzati a siti web che vendono, inviando in maniera anonima e non tracciabile, una miriade di farmaci che inducono l'aborto: si va dalla RU486 al Misoprostolo (più conosciuto come Cytotec), un farmaco anti-ulcera che ha come effetto collaterale

23. Annuario Statistico Italiano 2015, pag. 116.

24. Nuclei Antisofisticazioni e Sanità dell'Arma.

25 <http://mattinopadova.gelocal.it/regione/2009/12/28/news/scoperta-clinica-cinese-per-aborti-clandestini-1.1194699>. Altre cliniche abusive sono state rinvenute a Rovigo e Terzigno.

la produzione di una contrazione dell'utero in conseguenza della quale viene espulso il frutto del concepimento. Quando questi metodi funzionano, nel pieno della segretezza e della clandestinità le donne riescono a compiere la loro volontà di abortire, quando invece si riscontrano complicanze, in primis gravi emorragie²⁶, ci si rivolge all'ospedale mascherandolo da "aborto spontaneo".

Questa situazione è l'ennesima prova di come la l. 194/78 così come strutturata non riesca più a garantire l'accesso ad un aborto legale e sicuro, quando – ricorda l' OMS- *"Human rights bodies recommendations to States regarding planning and managing safe abortion care ... take actions to prevent unsafe abortion and reduce maternal deaths related to abortion, including by amending restrictive laws that threaten the lives of women, including adolescents"*²⁷.

26. E' il caso della diciassettenne Genovese che nell'autunno 2014 ha rischiato la vita a causa di una emorragia scaturita dopo l'assunzione di un farmaco abortivo acquistato on-line. Tra i tanti, <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/03/04/aborto-17enne-compra-online-farmaco-per-interrompere-gravidanza-rischia-morire/1475316/>.

27. In *"Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems - Second edition"* World Health Organization (Organizzazione Mondiale della Sanità, OMS), 2012.

3. Depenalizzare sì, ma a quale costo?

Mentre la questione acquista sempre più risalto mediatico e cresce incontrollabilmente il ricorso all'aborto clandestino, è di pochi giorni fa l'intervento del Governo in materia di depenalizzazione di tutte le violazioni per le quali la sola pena della multa o dell'ammenda, Decreto legislativo 15/01/2016 n° 8. Siffatto provvedimento incide, anche se trasversalmente, sulla disciplina degli aborti praticati fuori dallo schema legale, in quanto l'art. 19 della legge n.194 dispone che "chiunque cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osservanza delle modalità indicate negli articoli 5 o 8, è punito con la reclusione sino a tre anni. La donna è punita con la multa fino a lire centomila", nel caso di IVG indotta oltre il sesto mese "chi la cagiona è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La donna è punita con la reclusione sino a sei mesi".

La nuova disciplina concernente l'aborto clandestino la si ricava dal combinato disposto dei punti 1) e 5) dell'art. 1, Dlgs n.8/2016²⁸, sulla cui base diviene oggetto di depenalizzazione

28. Decreto legislativo 15/01/2016 n° 8, G.U. 22/01/2016, articolo 1, punto 1): "Non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista a sola pena della multa o dell'ammenda"; punto 5) "La sanzione amministrativa

assumendo così veste di mera sanzione amministrativa, passandosi così dalla multa di "lire 100.000" (circa 51 euro), ad una sanzione che va dai 5.000 ai 10.000 euro! La scelta ha già, come ragionevolmente prevedibile, scatenato il malcontento generale, «è una decisione folle ed estremamente punitiva per le donne: la devono ritirare immediatamente», insorge la deputata di Sinistra Italiana Marisa Nicchi, componente della commissione Affari Sociali. «Che in Italia ci sia un abuso di obiezione di coscienza che lede la libertà delle donne e le costringe a volte a dover ricorrere all'aborto clandestino, ce lo dice la condanna ricevuta dalla Corte europea dei diritti umani», «Ci sono molte cose da fare, dunque — conclude Nicchi — anziché stigmatizzare e punire le donne che non possono fare altro, perché è lo Stato che non garantisce le libertà dovute²⁹». L'OMS, nella relazione del 2012 ha ricordato come ai fini di assicurare un aborto legale e sicuro i governi debbano impegnarsi (to) *"amend laws that criminalize medical procedures needed*

pecuniaria, di cui al primo comma, e' così determinata: a) da euro 5.000 a euro 10.000 per i reati puniti con la multa o l'ammenda non superiore nel massimo a euro 5.000".

29. Da *Il Manifesto* del 24.01.2016; allo stesso modo nel blog dell' "Associazione Luca Coscioni".

*only by women, including abortion, and/or that punish women who undergo those procedure*³⁰", e se è vero che la depenalizzazione è arrivata è vero anche che lo scotto da pagare è altissimo, un vero e proprio " prezzo salato".

4. Ce lo chiede l'Europa.

Tra le tante cose che l'Europa "ci chiede" c'è anche il rispetto per i diritti delle donne che, in tema di aborto *in primis*, vengono quotidianamente calpestati.

Con il Reclamo collettivo n. 87 del 2012³¹ l'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN)* ha chiesto che il Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa dichiarasse che l'Italia non applica in modo soddisfacente l'art. 11 (*Diritto alla protezione della salute*) della Carta Sociale Europea, letto da solo o in combinato disposto con l'art. E (*Non discriminazione*) della stessa Carta Sociale Europea,

30. In "*Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems - Second edition*" , *World Health Organization (Organizzazione Mondiale della Sanità, OMS)*, 2012.

31. *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy* Complaint No. 87/2012

sulla base del fatto che l'art. 9 della legge n. 194 del 1978, che disciplina l'istituto dell'obiezione di coscienza nella materia dell'interruzione volontaria della gravidanza, risulta essere inidoneo a garantire l'effettivo esercizio del diritto di accesso delle donne ai trattamenti interruttivi della gravidanza, come dimostrano i dati raccolti sia a livello nazionale sia a livello delle singole Regioni, che mettono in luce l'insufficienza del numero di personale medico non obiettore, nelle strutture ospedaliere pubbliche, ai fini dell'applicazione dei trattamenti interruttivi della gravidanza, rispetto ai quali la stessa legge n. 194 del 1978 garantisce l'accesso in presenza di determinate condizioni (artt. 4 e 6), trattamenti che gli enti ospedalieri devono (dovrebbero) assicurare ad ogni costo. Quel che si lamenta è la non previsione da parte dell'articolo in questione delle concrete modalità attuative attraverso le quali gli ospedali debbano in ogni caso garantire il diritto di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza, senza che l'elevato e crescente numero di medici obiettori compromettano questa possibilità. La compromissione di questo diritto, denunciano i ricorrenti, pone il suddetto articolo

in contrasto, oltre che con la Costituzione italiana (in particolare gli artt. 2, 3, 13 e 32), con l'art. 11 (Diritto alla protezione della salute) della Carta Sociale Europea, letto da solo o in combinato disposto con l'art. E (Non discriminazione) della stessa Carta Sociale Europea³².

4.1 La decisione di merito del Comitato Europeo dei Diritti Sociali.

Dopo il periodo di necessario embargo richiesto dalla procedura relativa ai Reclami collettivi, è stata finalmente resa pubblica la decisione di merito del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, adottata il 10 settembre 2013³³. Il Comitato Europeo ha accolto tutti i profili di violazione individuati da *IPPF EN*. In particolare, in relazione alla violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea, che riconosce e garantisce il diritto alla salute, il Comitato Europeo ha ritenuto che:

- la garanzia dei diritti riconosciuti dalla Carta Sociale

32. Riporta Marilisa D'amico -Avvocato e Ordinario di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano- nella sua web page, www.marilisadamico.it .

33. Consultabile all'indirizzo: http://www.cedu.it/images/easyblog_images/466/CEDS-obiettori-di-coscienza.pdf.

Europea deve essere assicurata non solo attraverso disposizioni astratte, ma con misure che rendano concretamente effettivo il loro esercizio (§ 162);

- il rispetto dei diritti delle donne in questa materia e la risoluzione successiva dei problemi che esse incontrano nell'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza non possono essere affidati nelle mani delle autorità amministrative o giudiziarie (§ 164);

- l'esercizio del diritto di sollevare obiezione di coscienza non può compromettere il diritto delle donne di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza, come garantito dalla legge (§ 165);

- alcuni argomenti forniti dal Governo rispetto all'organizzazione reclamante e al margine di apprezzamento da riconoscersi in capo agli Stati non siano conferenti (§ 167);

- con il Reclamo n. 87, infatti, non si richiede di impedire il diritto di sollevare obiezione di coscienza né tanto meno di

limitare il numero di medici obiettori di coscienza (§ 167);

- la documentazione prodotta da *IPPF EN* in merito ai casi e ai dati relativi alla disapplicazione della legge n. 194 dimostra l'esistenza di un problema serio in materia di interruzione volontaria di gravidanza (§ 169);

- il Governo italiano non ha fornito alcun dato né depositato alcuna documentazione che dimostri l'infondatezza delle allegazioni di *IPPF EN* (§ 170 ss.);

- le autorità competenti non assicurano il diritto delle donne di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza, alle condizioni previste dalla legge n. 194, e ciò si traduce in una violazione del loro diritto alla salute garantito e tutelato dalla Carta Sociale Europea (art. 11) (§ 174 ss.).

In relazione alla violazione dell'art. E della Carta Sociale Europea, che vieta ogni discriminazione irragionevole, il Comitato Europeo ha stabilito che:

- le informazioni fornite da *IPPF EN* non sono state

smenite dal Governo italiano (§ 191);

- vi è una discriminazione irragionevole tra le donne che non riescono ad accedere al trattamento interruttivo della gravidanza alle condizioni prescritte dalla legge n. 194 e le altre persone che riescono ad accedere ad altri trattamenti sanitari (§ 191);
- le donne sono costrette a spostarsi da una struttura all'altra, con ciò compromettendosi il loro diritto alla salute, oltre a determinarsi una discriminazione irragionevole fra categorie di persone, anche tenendo conto che in materia di interruzione volontaria di gravidanza assume un rilievo cruciale il fattore tempo (§ 193);
- che un simile stato di disapplicazione della legge n. 194 determina la violazione della Carta Sociale Europea (art. E) (§ 194)³⁴.

Peraltro, la decisione di merito del Comitato Europeo dei Diritti Sociali venne assunta a larghissima maggioranza: 13 voti favorevoli e uno contrario.

34. Cfr. Marilisa D'amico, *ibidem*. *Idem* in www.voxdiritti.it

4.2 «L'Italia viola i diritti delle donne».

L'8 Marzo 2014 il Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa³⁵ ha ufficialmente riconosciuto che l'Italia viola i diritti delle donne che - alle condizioni prescritte dalla legge n.194/1978- intendono interrompere la gravidanza, a causa dell'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza.

Un secondo reclamo è stato presentato al Comitato con procedura n. 91/2013 dalla CGIL- Confederazione Generale Italiana del Lavoro, con Susanna Camusso, assistita e difesa sempre dall'Avv. Prof. Marilisa D'Amico e dall' Avv. Benedetta Liberali. Il suddetto reclamo, analogo al primo, intende far valere non solo i diritti delle donne, ma anche i diritti lavorativi dei medici non obiettori di coscienza. "L'elevato numero di medici obiettori di

35. Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa ha il compito di monitorare e assicurare la garanzia e il rispetto delle disposizioni della Carta Sociale Europea, che insieme alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo completa il sistema di riconoscimento dei diritti dell'uomo. In particolare la Carta Sociale Europea riconosce e garantisce i diritti sociali ed economici. "Al Comitato Europeo dei Diritti Sociali è possibile inviare Reclami collettivi, con cui organizzazioni dotate di specifici requisiti possono richiedere l'accertamento della violazione di disposizioni della Carta Sociale Europea da parte di uno Stato membro. Non è necessario che vengano previamente esperite tutte le vie di ricorso interne allo Stato interessato né che l'organizzazione reclamante sia la vittima diretta della violazione", spiega Marilisa D'amico. Per un approfondimento sul ruolo del CEDS Claudio Panzera *"Per i cinquant'anni della carta sociale europea"* e Emilia Straziuso *"La carta sociale del Consiglio d' Europa e l'organo di controllo: il comitato europeo dei diritti sociali. Nuove prospettive di tutela"* in "Gruppo Pisa. Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale".

coscienza, oltre ad avere effetti negativi sulle donne che vogliono ricorrere all'aborto ne ha altresì sul personale medico e paramedico non obiettore che si ritroverebbe, non solo, a dover sostenere tutto il carico di lavoro necessario a garantire l'accesso all'interruzione di gravidanza, ma anche a rappresentare una minoranza esposta al rischio di subire discriminazioni sui luoghi di lavoro determinate, paradossalmente, dalla disponibilità ad adempiere gli obblighi previsti dalla legge n. 194 del 1978³⁶". Si attende pertanto la decisione anche su questo reclamo.

I reclamanti in entrambi i casi hanno agito di fronte al CEDS, le cui decisioni hanno però debole efficacia, anche per effetto dell'incerta vincolatività giuridica che attualmente caratterizza la Carta sociale europea, sia per quanto riguarda il seguito eminentemente politico delle decisioni del CEDS, sia per quanto riguarda la loro limitata (ancorché crescente) incidenza nella giurisprudenza dei giudici nazionali³⁷, è prospettabile ed auspicabile quindi che in futuro venga "portato all'attenzione

36. Lucia Tria, *Tra Corti Europee centrali, corte costituzionale e corte di cassazione*, 2015, Vicalvi (FR).

37. Arianna Carminati, "La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978", in AIC, osservatorio costituzionale giugno 2014.

anche della Corte EDU in forza del principio di autodeterminazione di cui all'art. 8 della Carta dei diritti, ricevendo in tale sede una protezione più efficace se non nel merito, certamente quanto a conseguenze derivanti da un'eventuale condanna del nostro Paese³⁸".

Peraltro, in materia era già intervenuta l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con la Risoluzione n. 1763 del 7 ottobre (sul diritto all'obiezione di coscienza nell'ambito delle cure mediche legali). Al punto 4) del documento si ribadisce che in considerazione dell'obbligo degli Stati membri di garantire l'accesso alle cure mediche legali e la tutela del diritto alla salute, così come il rispetto del diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione del personale medico-sanitario, l'Assemblea invita gli stati membri a sviluppare regolamenti completi e chiari che definiscano e regolino l'obiezione di coscienza in materia di salute e servizi sanitari garantendo (§ 4.2) che i pazienti siano messi in condizione di conoscere tempestivamente la posizione obiettorica sì da potersi riferire ad altro centro medico in cui ricevere la prestazione sanitaria. Gli

38. *Ibidem*

stati devo inoltre assicurarsi (§ 4.3) che i pazienti ricevano le adeguate cure mediche, soprattutto nelle situazioni di emergenza³⁹.

39. Resolution 1763 (2010) , 4) In view of member states' obligation to ensure access to lawful medical care and to protect the right to health, as well as the obligation to ensure respect for the right of freedom of thought, conscience and religion of healthcare providers, the Assembly invites Council of Europe member states to develop comprehensive and clear regulations that define and regulate conscientious objection with regard to health and medical services, which:

- 4.1. guarantee the right to conscientious objection in relation to participation in the procedure in question;
- 4.2. ensure that patients are informed of any objection in a timely manner and referred to another healthcare provider;
- 4.3. ensure that patients receive appropriate treatment, in particular in cases of emergency.

CONCLUSIONI

Alla luce degli argomenti trattati, avendo avuto modo di approfondire come l'interruzione di gravidanza venga disciplinata in Spagna e in Italia, e dando per appurato il fallimento - per non effettiva operatività - della legge n.194/1978, sarebbe da chiedersi se un sistema come quello delineato dalla spagnola L.O. 2/2010, che ad oggi risulta funzionare, riuscendo a garantire *"in ogni caso"* il diritto d'accesso all'interruzione di gravidanza, senza – peraltro - la necessità di giustificarne i motivi del ricorso, possa essere adottato anche all'interno del nostro ordinamento.

Avendo riguardo della giurisprudenza costituzionale in materia, la totale liberalizzazione dell'aborto durante il primo trimestre di gravidanza pare doversi escludere, posta la blindatura della legge apportata dall'intervento della Corte Costituzionale che con la Sentenza n.35 del 1997 la definì "norma a contenuto costituzionalmente vincolato". In questa occasione la Corte superò espressamente il precedente della sentenza n. 26 del 1981: a differenza del passato, la prospettiva assorbente è quella dell'impossibilità di eliminare, con la liberalizzazione, «quel

nucleo di disposizioni che attengono alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre, nonchè quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante»¹. Questo significa che, se è vero che la suddetta pronuncia "protegge" la legge n.194 da un'eventuale abrogazione o dallo stravolgimento del suo contenuto in senso restrittivo per le tutele che si intendono dalla stessa apprestate, sia riguardo ai diritti riservati alla gestante, sia agli interessi facenti capo al nascituro, è vero anche che la "blindatura" non permette modifiche di stampo liberalizzatorio. Tra i due regimi di regolamentazione dell'IVG, il modello c.d. dei presupposti ed il modello c.d. temporale, quest'ultimo, ad oggi, non risulta praticabile in quanto trascurerebbe la tutela minima che la Corte Costituzionale ha riservato al concepito ad oggi assicurata dalla previsione di talune ipotesi eccezionali rientranti tra i "validi motivi" – e come tali giustificabili - per porre fine alla gestazione. Ciononostante il

1. Andrea Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Università degli Studi di Ferrara, 2011; M Olivetti, *La Corte e l'aborto fra conferme e spunti innovativi*, Giuri. Cost. 1997, 315; M. Rotolo, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'inammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale*, pag 347ss.

modello spagnolo (così come quello Portoghese) resta comunque un valido esempio di come affrontare due problemi collaterali all'interruzione di gravidanza: l'obiezione di coscienza, un fenomeno dall'impatto così importante da tradursi in "un vero e proprio sabotaggio della legge"² -come abbiamo avuto modo di approfondire- e l'educazione sessuale e riproduttiva.

"Gli studi dimostrano che il numero degli aborti praticati è inferiore in alcuni Stati membri che combinano una legislazione liberale in materia di interruzione della gravidanza con un'efficace educazione sessuale, con servizi di pianificazione familiare di alta qualità e con la disponibilità di un'ampia gamma di contraccettivi", si legge nella Risoluzione 2001/2128 (INI) del Parlamento Europeo, e il legislatore ispanico all'articolo 9 della L.O 2/2010, tenendo in considerazione le raccomandazioni provenienti dall'Unione Europea e quanto statuito dai trattati internazionali cui l'ordinamento prende parte, ha previsto che "*El sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la*

2. Federica Grandi, *L'abbandono dei LEP alle Regioni: il caso dell'interruzione volontaria di gravidanza*, in Osservatorio costituzionale, 2015.

personalidad y de la formación en valores, incluyendo un enfoque integral que contribuya a: a) La promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la violencia de género, agresiones y abusos sexuales[...] d) La prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual y especialmente la prevención del VIH; e) La prevención de embarazos no deseados, en el marco de una sexualidad responsable; f) En la incorporación de la formación en salud y salud sexual y reproductiva al sistema educativo, se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad"³. La legge n.194 si limita, dal canto suo, a statuire (art. 15) che "Le regioni promuovono [...] corsi ed incontri ai quali possono partecipare sia il personale sanitario ed esercente le arti

3. L'articolo si occupa altresì dell'attuale e dibattuta "teoria ed educazione di genere" prevedendosi tra i compiti del sistema educativo una formazione che contribuisca al "*reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual*" ed al "*desarrollo armónico de la sexualidad acorde con las características de las personas jóvenes*".

ausiliarie, sia le persone interessate ad approfondire le questioni relative all'educazione sessuale, al decorso della gravidanza, al parto, ai metodi anticoncezionali e alle tecniche per l'interruzione della gravidanza⁴ che è ben diverso dall'intervento sul sistema educativo nazionale. Del resto, rimane una legge degli anni '70, quindi non può più di tanto stupire che tratti la questione in termini di opportunità, rimettendone la disciplina alle singole Regioni. Un'adeguata educazione sessuale e riproduttiva sarebbe il primo passo per limitare le gravidanze indesiderate ed evitare quindi il ricorso all'aborto.

La concretezza dei casi dimostra l'inadeguatezza della regolamentazione attuale che risulta non essere in grado di assicurare l'applicazione della legge n.194. A quasi quaranta anni dalla sua entrata in vigore sarebbe opportuna, nel settore in esame, una modifica atta a conformare la disciplina a quanto ormai da anni affermato a livello sovranazionale- sia riguardo alla garanzia di accesso ai servizi, sia riguardo alla tutela della salute, al diritto alla maternità consapevole sia al diritto all'autodeterminazione- anche sulla scorta dei Paesi a noi vicini.

4. Art. 15, l.194/1978.

L'errore più grande in cui si possa incappare è pensare che, una volta acquisito un diritto, questo smetta di esigere di esser difeso da attacchi esterni. Il professor Franco Bonsignori, ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Pisa, in un suo scritto "*Sopra una teoria psicologica della libertà di parola*⁵", riferendosi a questa sostiene: "Ammettendo che sia vero – ma potrebbe pure essere discusso- che le funzioni tradizionali della libertà di parola [...] abbiano ormai piena attuazione nelle società liberal-democratiche contemporanee, questo non comporta che esse siano venute meno. Se sono realizzate, non vuol dire che siano definitivamente acquisite per cui si può guardare altrove, che rappresentano un traguardo appartenente ad un passato ormai superato. Al contrario, esse sono dei valori che continuamente vanno riaffermati e difesi nella complessità della vita sociale, delle conquiste su cui bisogna sempre tornare a vigilare". Il discorso non può che valere anche per il diritto ad una interruzione di gravidanza sicura, legale e gratuita, al pari di ogni prestazione sanitaria, diritto che oggi più che mai ha bisogno di esser difeso.

5. Franco Bonsignori in "*Le regole e il Potere*", Torino, 2003.

BIBLIOGRAFIA

Alegre Martínez M. Á., *Justicia Constitucional y Control Preventivo*, Universidad de León, España, 1995; *Apuntes sobre el derecho a la vida en España: constitución, jurisprudencia y realidad*", in *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002, págs. 337-358.

Allegretti U., *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in E. Ripepe – R. Romboli (a cura di), *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995.

Banotti E., *La sfida femminile. Maternità e aborto*, Bari, 1971 cit., p.106-107.

Bellassai A., *La legge del desiderio: il progetto Merlin e l'Italia degli anni Cinquanta*, Roma, Carocci, 2006.

Bartole S., *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, in *Giur. Cost.*, 1974, 2101.

Basterra Díaz A., *"El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional"*, pag. 14.

Blanco Lozano C., *Aborto*, in *Lecciones de derecho penal-parte especial*, 2010, Madrid, España.

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

Boni G. , *La legge n.194 del 1978: "derive" applicative di una legislazione da rivedere"*, in *Dir. Famiglia*, 2008.

Bonsignori F., *"Le regole e il Potere"*, pag. 113, Torino, 2003.

Bortolotti A., *Il valore della maternità, in vizi e pregiudizi*, 08 maggio 2010.

Bravo A., *Dalla parte delle donne*, in *La Repubblica*, 14 marzo 2008.

Brunelli G., *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere in Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovine Editore, 2009.

Busnelli F. D., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. Dir. Civ.* 2004, p. 533 e ss.

Bianchi G., *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce dell'art. 117, comma 1 della Costituzione, Note a margine delle sentenze 348/07 e 349/07 della corte costituzionale*, in *Altalex*, 08/02/2008.

Canestrari S., Ferrando G. ,Mazzoni C. M. ,Rodotà S., Zatti P. (a cura di), *Il Governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè Editore, 2011.

Cariola A., *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Giuffrè editori (collana Univ.Catania-Fac,giurisprudenza), 1994.

Carminati A. , "*La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*", in AIC, osservatorio costituzionale giugno 2014.

Casini C., Cieri F., *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194)*, Padova, Cedam, 1978.

Casonato C., *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012 .

Citroni G., Scovazzi T. *La tutela internazionale dei diritti umani*, in "*Corso di diritto internazionale*", Milano 2013.

Cimbalo G., *L'art. 19 Costituzione*, in *Corso di diritto ecclesiastico*, Alma mater Studiorum- Università di Bologna, 2010.

Comolii G. ,"*Fratello uomo e sorella verità*", Il segno dei Gabrielli Editori, Negarine di S. Pietro in Cariano (Verona), 2005.

D'Atena A., *Commento all'art. 9*, in AA. VV., *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, pag 1660 ss.

De La Iglesia Monje M. I., *La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual*, 2011, UCM, Madrid.

Di Cosimo G., *Coscienza e costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000.

Fabbrini F., *Fundamental Right in Europe. Challenges and transformations in comparative perspective*, Oxford university, 2014.

Fattorini G., *Aborto. Un medico racconta trent'anni di 194*, Milano, Guarini e Associati, 2008 , pag. 89.

Ferrando G., *Libertà, responsabilità, e procreazione*, Padova, 1999.

Ferretti P., *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Giuffrè (collana Univ. Trieste- Fac. Giuridica), 2008.

Flamigni C., Melega C. , "*RU846: non tutte le streghe sono state bruciate*", L'asino d'oro edizioni s.r.l. , 2010, Roma; *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*. Bologna, 2008, pag. 93

Foti G., *Commentario del Codice civile- Leggi collegate*, p. 410 , 2010, UTET giuridica, a cura di Luigi Balestra.

Frabotta B. , *Femminismo e lotta di classe in Italia, (1970-1973)*, Roma, Savelli, 1973, p.60.

García Pacual C., *Cuesion de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto*, in *Derecho y libertades*, Núm. 16, Epoca II, enero 2007, pag. 181-209.

Gatta G., *Aborto. Una storia dimenticata*, ed. Pragma, 1997.

Germán-Zurriarán R. , *Anteproyecto de ley orgánica español sobre el aborto: ¿mejora o retroceso?* Pers. bioét. 2014; 18(2). 119-137. doi: 10.5294/ pebi.2014.18.2.3.

Giardina F., Art.12, in *Commentario alla legge 22.5.1978 n.194. Norme sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, a cura di Cesare M. Bianca e Francesco D. Busnelli, in *Leggi civ. comm.* 1978.

Gilligan C., “ *In a different Voice. Psychological Theory and Women's Developement*”, 1982, USA.

González del Valle J.M^a., *Derecho Eclesiástico Español*. Oviedo. 1997. p. 369 .

Grandi F., *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, in collana "Sovranità, Federalismo, Diritti", Napoli, 2014.; *Aborto Farmacologico e arrività di secondamento*, in *Rivista AIC*, 2013.

Guazzarotti A., *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Università degli Studi di Ferrara, 2011.

Iadiccio M. P., *L'aborto al vaglio dei giudici costituzionali in Italia e Spagna*, in Forum costituzionale.

Lalli C., *C'è chi dice no. Dalla leva all'aborto, come cambia l'obiezione di coscienza*, Milano 2011.

Luciani M., *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica Amministrazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, pag 74.

Mancina C., *Oltre il femminismo. Le donne nella società pluralista*, Bologna, Il Mulino, 2002.

Mancini S., *Un affare di donne. L'aborto tra libertà uguale e controllo sociale*, Cedam, Milano, 2012, p.36 ss.

Montseny F., *"Mis primeros cuarenta años"*, Plaza & Janés Editores, Colección Biografías y memorias, Barcelona , España, 1987.

Moro G. , *Anni settanta*, Torino, Einaudi, 2007.

Moscarini L. V., *Aborto*, in Enc. Giuridica., I, Roma 1986.

Muñoz Conde F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2005.

Niccolai S., *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche*

decisorie della Corte Costituzionale, pag. 570, Napoli 2006.

Olivetti M., *La Corte e l'aborto fra conferme e spunti innovativi*, Giur. Cost. 1997, 315; *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, osservazione alla sent. Corte cost. n. 35/1997, in *Giur. cost.*, 1997, 316

Ortiz Millan G., “*Ética feminista, ética femenina y aborto*”, in *Debate feminista*, Año 25, vol. 49, 2014, UNAM, Mexico.

Pacillo V. , *Contributo alo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003.

Panzerà C. *"Per i cinquant'anni della carta sociale europea" in "Gruppo Pisa. Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale"*.

Paris D., *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, 2011, pag. 187 ss.

Passacantando G. , *Brevi considerazioni su alcuni aspetti di legittimità costituzionale della legge n. 194/1978*, in *Giust. Pen.*, 1979, p. 238 ss.

Pastorino M., *I figli che non nascono. Un'inchiesta coraggiosa sul dramma segreto delle donne italiane. Prima parte, "Noi donne"*, XVI, 6, 9 febbraio 1961, p.14-19.

Perchinunno F., *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, cit., p. 22 e ss.

Perini L. in *"Il corpo della cittadina. La costruzione del discorso pubblico sulla legge n. 194/1978 in Italia negli anni settanta"*. Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, 2011.

Pertici A., *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in *Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico* – Università di Pisa, G. Giappichelli Editore- Torino, 2010.

Pezzini B., *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare, il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di Brunelli-Pugiotto-Veronesi, Napoli, Jovene, 2009, pag 1141.

Pina Roche F., Almansa Martínez P., *"Mujer y cuidados: retos en salud"*, Universidad de Murcia, España, 2014.

Pioggia A., *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici in Istituzioni del federalismo*,1/2015.

Rawls J. , *Political Liberalism:Expanded edition*. Collana Columbia classics in Philosophy, 2005.

Requena López T., Letrado del Consejo Consultivo de Andalucía. Profesor asociado de Derecho constitucional. Universidad de Granada, *Sobre el "derecho a la vida"*.

Rodríguez Ruiz B., *Gènere en el discurso constitucional del aborto*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 156, Madrid, Abril-Junio (2012), págs. 49-83.

Rey Martínez F. , Sperti A., *El problema del aborto voluntario*.

Ruiz de la Cuesta A., *Bioética y derechos humanos. Implicaciones Sociale y Jurídicas*, Universida de Sevilla, 2005, Sevilla, España.

Schiavon F., *Mamma, che fatica!?! Come vivere la maternità senza troppe complicazioni*. Il segno dei Gabrielli editori, Negarine di San Piero in Cariano (Verona), 2005.

Scirè G., *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, Milano, Bruno Mondadori Editore, 2008.

Sgreccia E., Spagnolo A.G. , Di Pietro M.L. , *Bioetica: manuali per i diplomi universitari della sanità*, Milano, 1999.

Siegel R.B. , *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carth*, Yale LaW School, 2008.

Rodotà S., *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993/1, pag. 58, 64; *Perchè Laico*, Roma-Bari, 2009, pag. 34.

Ronchetti L., *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it, fasc. 2/2006, 3.

Rossi S., *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*. Franco Angeli (collana Studi di diritto pubblico), 2015.

Sofri A., *Contro Giuliano. Noi uomini, le donne e l'aborto*, Palermo, Sellerio, 2008.

Straziuso E. *"La carta sociale del Consiglio d' Europa e l'organo di controllo: il comitato europeo dei diritti sociali. Nuove prospettive di tutela"* in "Gruppo Pisa. Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale".

Tommasini R. in *Commentario del Codice civile- Leggi collegate*, p 399, 2010, UTET giuridica, a cura di Luigi Balestra.

Tria L., *Tra Corti Europee centrali, corte costituzionale e corte di cassazione*, 2015, Vicalvi (FR).

Veronesi P. , *Il Corpo e la Costituzione – concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

Zanchetti M. , *La legge sull'interruzione della gravidanza, Commentario sistematico alla legge 22.5.1978 n.194*, pag. 89, Padova, 1992.

World Health Organization (Organizzazione Mondiale della Sanità, OMS) "Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems - Second edition", 2012.