

Sulla possibilità di tutelare l'aborto attraverso il diritto dell'Unione europea: riflessioni a partire dal caso polacco

*Stefania Flore**

ON THE POSSIBILITY OF PROTECTING ABORTION THROUGH THE RIGHT OF THE EUROPEAN UNION: REFLECTIONS ON THE POLISH CASE

ABSTRACT: The essay analyses whether and if it is possible for the European Union to protect the abortion. Starting from the ban on abortion in Poland, the reaction of EU will be examined. Due to the fact that abortion does not fall within the competence of the Union, any guarantee must involve the protection of human rights as fundamental values of the EU; it is therefore necessary to establish whether abortion can be classified as a human right under international law. A reflection follows on the ways European law offers to preserve abortion and whether the introduction of art. 7bis in EU Charter could enforce the protection of legal and safe abortion in all member States.

KEYWORDS: Abortion; European law; article 7 TEU; human rights; abortion in Europe

ABSTRACT: Il saggio analizza se e come l'Unione europea possa tutelare il diritto all'aborto. Partendo dal caso polacco, verifica come le istituzioni europee siano intervenute. Considerato che l'aborto non rientra nelle competenze dell'Unione, ogni garanzia passa attraverso la tutela dei diritti umani come valori fondanti l'UE. L'autrice si domanda pertanto se ed entro quali limiti l'aborto possa qualificarsi come diritto umano nel diritto internazionale. Segue una riflessione volta ad individuare i mezzi che il diritto europeo offre per tutelare l'interruzione di gravidanza e a verificare se l'introduzione dell'art. 7 bis nella CDFUE potrebbe garantire l'aborto sicuro e legale negli Stati membri.

PAROLE CHIAVE: Aborto; diritto europeo; articolo 7 TUE; diritti umani; aborto in Europa

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Tutela del diritto all'aborto nell'ordinamento eurounitario – 3. L'aborto nel diritto internazionale – 4. I limiti, volontari e involontari, dell'UE nella tutela del diritto all'aborto – 5. Considerazioni conclusive.

* *Assegnista di ricerca, Università di Cagliari. Avvocato. Mail: stefania.flore@unica.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

1. Introduzione

La Polonia è stata recentemente al centro di una forte polemica riguardo all'introduzione di quello che il Parlamento europeo ha definito "divieto *de facto* di aborto"¹. Il Tribunale costituzionale polacco, difatti, nel 2020, accogliendo la mozione di un gruppo di deputati², ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione della legge sull'interruzione di gravidanza³ che consentiva il trattamento nel caso in cui i test prenatali rilevassero, nel feto, un'alta probabilità di sviluppare malattie gravi e incurabili o incompatibili con la vita⁴. Specificamente, il Tribunale ha accolto il primo motivo della mozione, fondato sulla premessa secondo la quale il feto è dotato di soggettività giuridica e dunque titolare dei diritti alla dignità e alla vita.

In primo luogo, il giudice costituzionale ha affermato che la dignità è la fonte del diritto alla vita e che qualsiasi restrizione di quest'ultimo deve essere valutata negativamente, non essendovi alcun diritto di altrettanta importanza che possa giustificarne il pregiudizio⁵. Nell'interpretare, poi, la portata dell'art. 38 Cost. (diritto alla vita) ha affermato esplicitamente che questo deve essere garantito a ogni essere umano biologicamente inteso, a prescindere dalla nascita⁶. Il Tribunale considera il principio talmente importante da rimproverare al legislatore del 1993 l'utilizzo di parole come "gestante" e "feto" in luogo di "madre" e "bambino". Nel pervenire a questa conclusione, il giudice ha richiamato più volte un proprio precedente del 1997⁷, nonché i lavori preparatori dello stesso art. 38 Cost., il quale avrebbe dovuto regolare anche i limiti dell'interruzione di gravidanza⁸.

¹ Così la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2021 sul primo anniversario del divieto di aborto *de facto* in Polonia. Si specifica che nel prosieguo si utilizzerà prevalentemente il termine "aborto" e non "interruzione volontaria della gravidanza". Alcune legislazioni degli Stati membri, come quella belga, designano infatti con l'ultima definizione solo l'aborto previsto nel primo trimestre a tutela dell'autodeterminazione della donna, differenziandolo anche terminologicamente dall'aborto terapeutico, diversamente da come accade nel nostro ordinamento.

² Appartenenti al partito conservatore di destra *Diritto e Giustizia* (Pis), tutt'ora in carica.

³ Legge 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la tutela del feto umano e le condizioni per l'ammissibilità dell'interruzione della gravidanza.

⁴ Tribunale costituzionale polacco, sent., 22 ottobre 2020, pubblicata il 27 gennaio 2021. Le questioni oggetto della mozione erano due. Oltre a quella illustrata nel testo, infatti, i deputati chiesero di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 4 bis, secondo comma, primo periodo, relativo ai limiti temporali entro i quali si potesse effettuare l'aborto terapeutico per anomalie fetali. Tale questione è stata considerata dal Tribunale irrilevante e sostanzialmente assorbita nella prima. Quest'ultima, a sua volta, era basata su più motivazioni, elencate in subordine, che il Tribunale non ha esaminato, avendo accolto il motivo principale, che si esaminerà nel testo. Le altre motivazioni fondavano l'incostituzionalità sulla discriminazione diretta in danno ai disabili, subordinando la tutela del diritto alla vita allo stato di salute del feto, e sull'insussistenza di una valida necessità costituzionale che giustificasse il sacrificio delle garanzie costituzionali a tutela della vita del feto malato.

⁵ *Ibidem*, punto 111; 109 ss.

⁶ *Ibidem*, punti 120-123: «la dignità è innata e inalienabile, e di conseguenza la tutela giuridica della vita non può essere arbitrariamente limitata ad una persona pienamente formata, o ad un preciso momento dello sviluppo del bambino nella fase prenatale».

⁷ Si tratta di Tribunale cost., sent., 28 maggio 1997, che dichiarò incostituzionale, a pochi mesi dalla sua emanazione, l'art. 4 bis, comma 1, n. 4, introdotto dalla l. 30 agosto 1996, che legalizzò l'interruzione volontaria di gravidanza per motivi socio-personali.

⁸ Trib. cost. polacco, sent., 22 ottobre 2020, cit., punti 127 ss.

Ancora, nel giustificare l'ampia tutela attribuita al concepito, il Tribunale ha richiamato la cogenza dei trattati internazionali: stante l'assenza di specificazioni sulla decorrenza del diritto alla vita nell'art. 2 CEDU, ha affermato che questa parte dal concepimento, così però trascurando le statuizioni del caso *Vo vs. France*⁹, nel quale la Corte ha stabilito che i Paesi aderenti godono di ampia discrezionalità nel disciplinare la tutela giuridica della vita prenatale e fissare il momento di inizio di tale tutela. Infine, il Tribunale ha concluso che le restrizioni che l'aborto per anomalie fetali pone al diritto alla vita del feto non fossero proporzionate al fine perseguito. Questa proporzione sussisterebbe solo quando il rischio che il feto sviluppi un'anomalia grave e incurabile o incompatibile con la vita concretizzi anche una minaccia per la vita della donna, circostanza nella quale si potrebbe però ricorrere all'aborto ai sensi all'art. 4 bis, comma 1, n. 1, della legge impugnata.

Come ha reagito l'UE a questa compressione del diritto all'aborto terapeutico?

Il Parlamento ne ha più volte severamente condannato le conseguenze¹⁰, ma con lo strumento non vincolante della risoluzione.

L'unico mezzo che l'Unione ha per condannare le violazioni del diritto all'aborto passa per la procedura sanzionatoria ex art. 7 TUE e, quindi, per la qualifica dell'aborto come diritto umano (art. 2 TUE), che deve però tener conto delle tradizioni morali e dell'etica proprie ad ogni Stato. Una procedura ex art. 7 TUE, tuttavia, è pendente nei confronti della Polonia fin dal 2017¹¹, ma la gravissima compressione del diritto all'interruzione di gravidanza, avvenuta successivamente, non ha avuto, né ha assunto, un ruolo determinante nella stessa¹². Di fatto, sul versante aborto l'intervento dell'UE – proveniente sostanzialmente solo dal Parlamento – si è rivelato finora inefficace.

⁹ *Vo c. France*, Corte E.D.U., 8 luglio 2004, in *hudoc.echr.coe.int*. Per approfondimenti, v. P. DE STEFANI, *Riflessi penalistici della tutela della famiglia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, IV, Milano, 2011, 212 ss. Si veda anche *Znamenskaya c. Russia*, Corte E.D.U., 2 giugno 2005, ricorso n° 77785/01, in *hudoc.echr.coe.int*, con la quale la Corte riconosce in favore del nato-morto le sole tutele giuridiche del rispetto del legame di filiazione e del nome, senza attribuzione della capacità giuridica, tant'è che la Corte specifica che il nato-morto non acquisisce alcun diritto autonomo rispetto alla madre, neppure quello al rispetto della vita privata e familiare.

¹⁰ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2022, cit., alla quale sono seguite altre che si illustreranno nel prosieguo del lavoro.

¹¹ Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, 20 dicembre 2017.

¹² I motivi dell'istanza della Commissione attengono soprattutto alle anomalie nel funzionamento del Tribunale costituzionale. La neoletta Camera polacca, detta Sejm, si era opposta alla nomina di tre giudici costituzionali effettuata dalla legislatura precedente, sostituendoli con altri tre giudici e approvando una nuova legge sul funzionamento del Tribunale costituzionale. Entrambe queste operazioni erano state annullate dal Tribunale costituzionale stesso. Tuttavia, il governo si era rifiutato di pubblicare detti provvedimenti, impedendone così la possibilità di sortire effetti e concretizzando una sorta di controllo *ex post* sul contenuto dei provvedimenti stessi, violando i principi di legalità e della separazione dei poteri. Il Tribunale costituzionale ha ripreso infine a funzionare a seguito della nomina, mediante una delle leggi viziate, di un nuovo presidente, che ha nominato dei nuovi membri del collegio, reintegrando i tre giudici illegittimamente designati dal Sejm.

2. Tutela del diritto all'aborto nell'ordinamento eurounitario

Considerato che a livello europeo la tutela dell'aborto passa necessariamente tramite gli artt. 2 e 7 TUE e, dunque, per la sua qualificazione come diritto umano, occorre indagare se l'aborto possa, e in che limiti, considerarsi tale. La qualifica di diritto umano richiede necessariamente un consenso condiviso a livello internazionale¹³; è per questo che l'affermazione dell'aborto come diritto umano incontra parecchie resistenze, non essendovi un consenso unanime neppure tra gli Stati membri circa la protezione da garantire al feto.

L'analisi dei diritti umani in Europa non può che esordire con un riferimento al Trattato di Lisbona il quale, nonostante il fallimento del progetto di una Costituzione europea, ha avuto il merito di elevare la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in seguito CDFUE) al rango di diritto primario, come disposto dall'art. 6, par. 1, TUE¹⁴. Le disposizioni della Carta, tuttavia, si applicano esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione e non estendono le competenze di quest'ultima¹⁵. Altresì rileva il secondo paragrafo dell'art. 6 TUE, che prevede l'impegno dell'Unione a aderire alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo; tuttavia, tale proposito non si è ancora concretizzato¹⁶. Fintanto che non si perfeziona l'adesione dell'Unione alla CEDU, l'efficacia di quest'ultima è mediata: passa, cioè, per il tramite dell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali¹⁷ e del paragrafo 3 dell'art. 6 TUE, ai sensi del quale i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e comuni alle

¹³ Sull'universalità dei diritti umani R. PISILLO MAZZESCHI, *L'universalismo dei diritti umani in un mondo diviso. Gerarchia fra categorie di diritti e antinomie normative*, in *Studi senesi*, 2022, 1, 133 ss.; F. VIOLA, *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale*, in F. BOTTURI, F. TOTARO (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica*, Milano, 2006, 155-187; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Milano, 2015, 976 ss.

¹⁴ Sul trattato di Lisbona in rapporto alla tutela dei diritti umani si vedano M.C. BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, 655 ss.; AA. VV., *La protezione dei diritti dell'uomo nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Ibid.*, 2009, 645 ss.; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2010, 221 ss.; G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Roma, 2014, 13 ss.; G. ALPA, *Diritti fondamentali e diritto europeo*, in F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019.

¹⁵ Sull'applicazione della Carta si veda G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *Studi Urbinati*, 54, 4, 485-498; G. GAJA, *The charter of fundamental rights in the context of international instruments for the protection of human rights*, in *European papers*, 1, 3, 2016, 791-801. L'A. sottolinea che la Carta dovrebbe vincolare gli Stati membri non solo nell'esecuzione di un atto delle istituzioni europee, ma anche relativamente ad atti statali, purché la materia sia regolata dalla normativa eurounitaria, nell'ambito delle competenze non esclusive dell'unione. Cfr. A. AGUILAR CALAHORRO, *Il test di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in Spagna*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Milano, 2019, 152 ss.

¹⁶ A seguito dell'impegno assunto col Trattato di Lisbona sono stati avviati approfonditi negoziati tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e la Commissione europea. Tuttavia, con Parere 2/13 del 18 dicembre 2018, in curia.europa.eu, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha concluso che l'accordo non fosse compatibile con il diritto eurounitario. I negoziati sono ripresi nel 2020.

¹⁷ La CEDU garantisce un livello minimo di protezione ai diritti della Carta, ma ciò non impedisce all'Unione di elaborare una tutela maggiore. Sul fondamentale rapporto tra CEDU e Carta si veda G. GAJA, *The charter of fundamental rights in the context of international instruments for the protection of human rights*, cit.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, 64 ss.

tradizioni costituzionali degli Stati membri assurgono a principi generali del diritto europeo¹⁸. Ancora, è importante il richiamo all'art. 3 TUE, ossia al rispetto, da parte dell'Unione, dei principi del diritto internazionale e della Carta delle Nazioni Unite¹⁹.

Tanto premesso, al fine di verificare se l'UE possa esprimere una posizione congiunta in tema di aborto, bisogna partire dal presupposto dell'assenza di una normativa europea in materia.

Infatti, l'Unione non ha competenza in ambito sanitario. L'art. 168 TFUE delinea il ruolo dell'Unione come meramente complementare a quello statale, salvo il caso in cui si tratti di contrastare minacce alla salute di carattere transfrontaliero. È poi conferito alla Commissione un potere di coordinamento delle politiche statali, fermo restando che «l'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri [...] che includono la gestione dei servizi sanitari, dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate»²⁰. Pertanto, l'Unione non potrebbe imporre agli Stati membri di garantire l'accesso all'aborto, né la Corte di Giustizia può statuire sul diritto all'aborto. Il diritto dell'Unione non risulta essersi occupato di aborto neppure nella sua dimensione di servizio sanitario e prestazione economicamente valutabile, se non limitandosi a statuire che questo, ove svolto da un medico dietro remunerazione, è considerabile come un servizio secondo il diritto comunitario²¹.

D'altra parte, nessuna indicazione specifica sulla tutela dell'embrione può cogliersi dalla CDFUE, né, tantomeno, dai Trattati. L'unico caso in cui il diritto eurounitario si è occupato di un argomento attinente, ossia la definizione di embrione, si colloca nell'ambito dei brevetti²². Il riferimento è alla direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, che vieta la brevettazione dell'uso di embrioni umani a fini industriali o commerciali. Sul punto si è espressa la Corte di giustizia con sentenza *Brüstle vs. Greenpeace e V.*, costruendo una definizione di embrione umano molto estesa, che include anche cellule diverse da quelle create dall'incontro tra i due gameti²³. Scopo della

¹⁸ Una pronuncia della Corte costituzionale (sent., 11 marzo 2011, n. 80, in *Corriere Giuridico*, 9, 2011, 1242 ss.), ha chiarito che, poiché l'adesione dell'UE alla CEDU non è ancora avvenuta, allo stato rientrano nel diritto dell'Unione solo quei diritti della CEDU qualificabili come principi fondamentali; sempre limitatamente alle competenze dell'Unione.

¹⁹ Si ricordi che, sebbene la Carta non contenga molti riferimenti a trattati internazionali, le disposizioni della stessa non possono essere interpretate senza tener conto del contenuto attribuito ai diritti dagli strumenti del diritto internazionale; così, tra gli altri, G. GAJA, *The charter of fundamental rights in the context of international instruments for the protection of human rights*, cit.

²⁰ Art. 168, par. 7, TFUE. Corsivo aggiunto. Sul tema si veda F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2017, 317 ss.

²¹ L'unica pronuncia degna di nota è *SPUC c. Grogan*, CGCE, 4 ottobre 1991, n. 159/90, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 1006 ss., la quale si è però limitata a statuire che non violasse il diritto comunitario il divieto, posto dallo Stato irlandese nei confronti delle associazioni operanti in Irlanda, di diffondere informazioni sull'accesso all'aborto nelle cliniche estere. L'interferenza non è stata ritenuta sussistente in quanto il divieto dello Stato membro non riguardava direttamente l'attività delle cliniche o le cliniche stesse, ma l'attività resa dalle associazioni in maniera gratuita.

²² Per una ricognizione attenta e ragionata della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di biodiritto si veda S. FANNI, *Theorizing an enhancement of the protection and of the justiciability of biorights in the European Union*, in *Ius et scientia*, 7, 1, 2021, 204-249.

²³ CGUE, Grande Sez., 18 ottobre 2011, n. 34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V.*, in curia.europa.eu. La pronuncia è stata annotata tra gli altri da A. SCALERA, *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE – il commento*, in *Famiglia, e diritto*, 3, 2012, 221 ss. In particolare, la Corte ha considerato come "embrione umano" ai fini della direttiva anche «qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di

direttiva, infatti, è vietare la brevettabilità di invenzioni che ledano la dignità umana. Tuttavia, in quest'ultima sentenza la CGUE implicitamente ammette la possibilità di distruggere embrioni per determinati scopi di ricerca non finalizzati a brevettabilità, sostanzialmente compromettendo in questi casi la dignità umana che assumeva, in premessa, appartenere necessariamente all'embrione²⁴.

Non si può tuttavia strumentalizzare il contenuto delle Direttive operanti in ambito economico, che definiscono l'embrione solamente per finalità circoscritte, pretendendo di desumere da questi provvedimenti dei principi universali di protezione dell'embrione²⁵.

Nel silenzio della normativa eurounitaria in tema di interruzione di gravidanza, è significativo ricordare che il Reg. 1567/2003 del Parlamento e del Consiglio²⁶ sul sostegno alle politiche relative ai diritti riproduttivi nei Paesi in via di sviluppo ha espressamente preso le distanze dalla tutela del diritto all'aborto, disponendo il divieto di promuovere gli incentivi a detto trattamento.

Di recente però il Parlamento UE ha espresso una chiara posizione a tutela dell'aborto, per mezzo di varie risoluzioni²⁷. L'ondata è cominciata con la Risoluzione di febbraio 2021, con la quale si invitava-

una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi», ritenendo che tali meccanismi potessero comunque «dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano».

²⁴ Così A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e...altrettanti difetti*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, 438 ss. La sentenza, infatti, ha affermato che il divieto di brevettabilità si applica anche all'utilizzazione di embrioni umani a fini di ricerca scientifica, ma nulla dice sull'utilizzazione per ricerche scientifiche senza fini industriali o commerciali, mentre esplicitamente afferma la brevettabilità per le ricerche a scopo terapeutico o diagnostico a beneficio dell'embrione umano. Il portato della sentenza Brüstle è stato meglio precisato dalla successiva pronuncia CGUE, Grande Sez., 18 dicembre 2014, n. 364/13, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in curia.europa.eu e in *Il Foro Italiano*, 2, 4, 2015, 90 ss., con la quale la Corte di giustizia, in sede pregiudiziale, ha affermato che, ai fini dell'applicazione della direttiva 98/44/CE, l'embrione è tale se ha la capacità intrinseca non tanto di iniziare il procedimento di sviluppo embrionale, ma di divenire un essere umano. La Corte lascia cioè aperte le possibilità, per il giudice nazionale, di vietare la brevettabilità del partenote (cellula ottenuta dalla riproduzione artificiale di una cellula uovo non fecondata) che subisca modifiche biologiche tali da consentire lo sviluppo in essere umano, negando però che tale capacità sia intrinseca al partenote in sé considerato. Sul punto si veda A. A. KIESSLING, *Eggs alone. Human parthenotes: an ethical source of stem cells for therapies?*, in *Nature*, 434, 145 2005, nature.com.

²⁵ Si veda in proposito il caso di Trib. Spoleto, ord., 3 gennaio 2012, in *Dejure.it*, avente oggetto la questione di legittimità costituzionale (respinta da Corte cost., 19 luglio 2021, n. 196, in *Famiglia e diritto*, 10, 2012, 939 ss.) dell'art. 4 l. 194/78 perché contrastante con la direttiva 98/44/CE. Si veda anche M. CASINI, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. "teoria del preembrione"*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, I, 2012, 38 ss. L'A. fonda la propria tesi, annunciata nel titolo, sulla sentenza richiamata, trascurando però le ripercussioni meramente economiche della pronuncia, che esplica i suoi effetti nell'ambito dei brevetti. La teoria del preembrione, invece, colloca l'inizio della vita umana in un momento successivo alla fecondazione della cellula uovo; ad esempio, Il Rapporto Warnock del 1978 colloca detto momento il sedicesimo giorno dalla fecondazione, in corrispondenza della formazione del sistema nervoso dell'embrione.

²⁶ Reg. (CE) 1567/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2003, sul sostegno alle politiche e alle azioni riguardanti la salute e i diritti riproduttivi e sessuali nei paesi in via di sviluppo; punto 16 del preambolo.

²⁷ Ci si riferisce alla già citata risoluzione sull'anniversario del divieto di aborto *de facto* in Polonia e inoltre a: Risoluzione del 24 giugno 2021 sulla situazione della salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti nell'UE; Risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021 sulla legge federale relativa all'aborto in Texas; Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sulle minacce al diritto all'aborto nel mondo: la possibile revoca del diritto all'aborto negli Stati Uniti da parte della Corte suprema.

no gli Stati membri a garantire ai giovani l'aborto sicuro e legale²⁸, proseguendo poi con la Risoluzione sulla salute sessuale e riproduttiva nell'UE²⁹, che ha affermato che «i diritti sessuali e riproduttivi sono tutelati in quanto diritti umani». Di più, si auspica che ogni Stato membro legalizzi l'aborto fin dal primo periodo di gravidanza e si condanna l'abuso dell'obiezione di coscienza. Tuttavia, la Risoluzione conclude che «le leggi sull'aborto si basano sul diritto nazionale» e che l'Unione non può che rinviare alle norme internazionali sui diritti umani riguardo ai limiti di queste garanzie.

Con una netta presa di posizione, la Risoluzione parlamentare che condanna il divieto di aborto in Texas³⁰, riprendendo le dichiarazioni della CEDAW, ha affermato che «l'accesso all'aborto è un diritto umano, mentre il ritardo o la negazione dell'accesso all'aborto costituiscono una forma di violenza di genere». Ancora, nella risoluzione che condanna l'anniversario del divieto *de facto* di aborto in Polonia il Parlamento ha ribadito che il divieto del trattamento, causando molti decessi, configura una violazione dei diritti umani e può concretizzare delle torture o trattamenti inumani e degradanti. Da ultimo, nella risoluzione di condanna della sentenza *Dobbs vs. Jackson*³¹, il Parlamento ha ribadito che «i diritti riproduttivi, compreso l'aborto sicuro e legale, costituiscono un diritto fondamentale».

Il passo più significativo è avvenuto con la recente risoluzione del 7 luglio 2022³², che propone di introdurre il diritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, con l'aggiunta di un articolo 7 bis, rubricato "Diritto all'aborto", che recita: «Ogni persona ha diritto all'aborto sicuro e legale». Considerati i principi proclamati nelle altre risoluzioni, sembrerebbe che il diritto delineato dal Parlamento riguardi anche l'aborto nelle prime fasi della gravidanza a tutela dell'autodeterminazione della donna e in assenza di indicazioni sanitarie. Infatti, in più di una risoluzione il Parlamento ha affermato che costringere una donna a portare a termine una gravidanza contro la propria volontà costituisce una violazione dei diritti umani e una forma di violenza di genere³³.

²⁸ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 febbraio 2021 sulle sfide future in relazione ai diritti delle donne in Europa: oltre 25 anni dopo la dichiarazione e la piattaforma d'azione di Pechino.

²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 24 giugno 2021, cit.

³⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021, cit.

³¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022, cit.

³² Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne nell'UE.

³³ Così le risoluzioni del 9 giugno 2022 e del 24 giugno 2021, cit. D'altronde quasi tutti gli Stati membri, limitatamente alla prima fase della gravidanza, riconoscono un diritto all'aborto senza indicazioni mediche. Anche l'Italia rientra tra questi, in quanto, sebbene la lettera della legge subordini l'accesso alla prestazione ad indicazioni terapeutiche anche nel primo trimestre, «l'interruzione volontaria della gravidanza è "liberalizzata" entro i primi 90 giorni (art. 4) nel senso che – pur con la garanzia del rispetto delle procedure previste dagli artt. 5, 8, 12 e 13 – è lasciata alla donna, che abbia preso conoscenza delle possibilità di essere aiutata a rimuovere le cause che la porterebbero all'intervento, l'ultima definitiva decisione» (così Cass. pen., 6 marzo 1998, n. 2866, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1999, 1713 ss.) Esula da questo orientamento l'Olanda: il decreto del 17 maggio 1984, interpretato in combinato disposto con l'art. 82 bis c.p., consente di abortire a prescindere da indicazioni sanitarie fino alla 24esima settimana. Si attesta a 18 settimane il limite temporale, pur sempre alto, per abortire in Svezia e, curiosamente, in Ungheria, sebbene in quest'ultimo caso il limite sia concepito come un'eccezione a quello di 12 settimane, ammissibile solo ove il ritardo nella certificazione della gravidanza sia imputabile alla struttura sanitaria.

Tuttavia le risoluzioni costituiscono provvedimenti non vincolanti e la posizione del Parlamento, oltre che essere isolata rispetto alle altre istituzioni dell'UE, si pone in netto contrasto con una tradizione del diritto eurounitario improntata a un'elevata cautela e rispetto della morale e delle tradizioni etiche dei singoli Stati membri³⁴.

Concludendo, la sanzione dell'aborto ex art. 7 TUE richiede che questo sia considerato un diritto umano ex art. 2 TUE, ma detta qualifica non può prescindere da un consenso internazionale, relativo almeno alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 6 TUE, ult. par.³⁵). Detto consenso a livello costituzionale avrebbe effetti importanti, essendo gli Stati obbligati a legiferare, anche nell'ambito delle proprie competenze esclusive, compatibilmente e nel rispetto del diritto eurounitario³⁶. Tuttavia, non risulta ad oggi una tutela a livello costituzionale del diritto all'aborto che sia comune agli Stati membri; esiste, invece, la protezione di diritti costituzionali della donna che vengono gradatamente bilanciati con il diritto alla vita del feto a seconda del suo stato di sviluppo³⁷. In quest'ultimo senso vi è un consenso quasi unanime, nelle legislazioni degli Stati membri, nel ritenere che la tutela della salute della donna prevalga sulla vita del feto quando la prima sia messa gravemente in pericolo a causa della prosecuzione della gravidanza³⁸. Questo dato non risulta ad oggi valorizzato né dal diritto internazionale, né dal diritto eurounitario, che continuano a mantenere posizioni caute a tutela di quegli Stati, invero ormai pochi, che non tutelano l'aborto in ipotesi diverse dallo stato di necessità.

3. L'aborto nel diritto internazionale

Giova premettere che l'unico documento internazionale che tutela l'aborto è la Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli sui diritti delle donne in Africa del 2003, anche nota come Protocollo di Maputo, che prevede, all'art. 14, par. 2, lett. c, l'impegno degli Stati parte alla protezione dei diritti riproduttivi delle donne, tra i quali viene menzionato l'aborto in caso di stupro, incesto e quando la prosecuzione della gravidanza possa mettere in pericolo non solo la vita della gestante o del feto, ma anche la salute mentale e fisica della prima.

Non stupisce che la collocazione dell'articolo sul diritto all'aborto proposta del Parlamento europeo sia l'art. 7 bis della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; una sorta di appendice, dunque, del diritto

³⁴ Si rinvia a S. FANNI, *Op. cit.*, la quale evidenzia in particolare le critiche indirizzate a quella giurisprudenza della Corte di giustizia che, in nome del rispetto delle scelte morali alla base del divieto di ricorrere alla maternità surrogata negli Stati membri, si è spinta fino a negare le tutele della donna lavoratrice in maternità alla madre intenzionale, nonostante la medesima stesse allattando il neonato.

³⁵ Per approfondimenti sull'art. 6 TUE, ult. par., si veda V. SCARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 97 ss.

³⁶ Principio espresso, tra le altre, in CGCE, 14 febbraio 1995, Schumacker, causa C-279/93, in *Diritto e pratica tributaria*, II, 1996, 3 ss.

³⁷ Non essendovi in questa sede possibilità di approfondire le singole legislazioni europee in tema di aborto, ci si limita a ricordare che sono più d'uno gli Stati che non hanno liberalizzato l'aborto nella prima fase della gravidanza (Repubblica Ceca, Slovacchia, Malta, Polonia, Lituania; sebbene solo sulla carta anche l'Italia e l'Austria vincolano la richiesta ad indicazioni mediche), sostanzialmente negando che l'autodeterminazione della donna prevalga sul diritto alla vita del feto. Solo in Slovenia l'aborto è un diritto riconosciuto a livello costituzionale.

³⁸ Tutti gli Stati membri, salvo la Polonia e Malta, individuano un termine, esteso generalmente fino alla vitalità del feto, in cui la donna ha diritto di abortire in caso di grave pericolo per la propria salute.

al rispetto della vita privata e familiare. È proprio in quest'ambito, infatti, che la CEDU ha collocato le tutele, seppur scarse, accordate all'interruzione di gravidanza³⁹.

Benché la Corte potesse affermare che sussiste un consenso europeo tra gli Stati sulla tutela dell'aborto⁴⁰, essa si è sempre limitata a sanzionare non la mancata legalizzazione della pratica, bensì la mancata attuazione di meccanismi che rendessero effettivo l'accesso alla stessa, se – e solo se – questa fosse, *in primis*, consentita dalla legge⁴¹.

Una tutela più incisiva emerge, invece, dalle pronunce degli organismi afferenti all'ONU istituiti ai sensi dei protocolli opzionali relativi al Patto internazionale sui diritti civili e politici e alla CEDAW, sebbene le decisioni di questi organismi non abbiano efficacia vincolante per gli Stati⁴².

Il primo organismo è il Comitato per i diritti umani, istituito dall'ONU ai sensi dell'art. 28 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e del primo Protocollo opzionale al Patto medesimo⁴³.

Nella prima pronuncia rilevante, *K. L. c. Perù* del 2005⁴⁴, è stata portata all'attenzione del Comitato una gravissima vicenda avvenuta in Perù, uno Stato dove, sebbene l'aborto fosse legale in caso di pericolo per la salute della donna e di diagnosi di anomalie fetali, era fortemente osteggiato nella sua

³⁹ Per una critica sulle posizioni della Corte EDU in tema di tutela dell'aborto si veda L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2017, 189-212. L'A. evidenzia come nell'ipotesi in esame, in maniera del tutto anomala, la Corte consideri, oltre al bilanciamento tra diritti, il contesto culturale degli Stati e la tutela della morale pubblica.

⁴⁰ L'asserita assenza di consenso europeo sulla tutela del diritto di aborto è stata assai criticata in quanto, dopo la legalizzazione dell'aborto (anche) in Irlanda e a Cipro, rimangono pochissimi gli Stati che sanzionano severamente l'aborto, tra quelli aderenti alla CEDU. Sul punto A. WERY, *La réglementation de l'interruption volontaire de grossesse et le droit à libre disposition du corps, des notions incompatibles? Un examen de la législation belge au regard du féminisme radical*, in *hdl.handle.net/2078.1/thesis:18026*, Louvain, 2018 e J. TASIAUX, *L'avortement devant la Cour européenne des droits de l'homme: la jurisprudence européenne est-elle influencée par les législations nationales?*, in *hdl.handle.net/2078.1/thesis:20179*, Louvain, 2019.

⁴¹ Sulla giurisprudenza CEDU in tema di aborto si veda L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, 154 ss. I riferimenti sono, in particolare, alle sentenze *Bruggemann e Scheuten c. Repubblica federale tedesca* del 12 luglio 1977 in *echr.coe.int*; *Tysiac c. Polonia* del 20 marzo 2007, in *Famiglia, persone e successioni*, 8-9, 2007, 764 ss.; A., B., C. c. *Irlanda* del 16 dicembre 2010, in *Il foro italiano*, 2011, 4, 4, 184 ss.; R. R. c. *Polonia* del 26 maggio 2011, in *echr.coe.int*; P. e S. c. *Polonia* del 30 ottobre 2012, in *echr.coe.int*.

⁴² Per il confronto tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella del Comitato e della CEDAW si veda anche L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, cit.

⁴³ Benché il Patto limitasse le funzioni del Comitato all'esame dei rapporti statali, il Primo protocollo opzionale ha introdotto la possibilità di giudicare sui ricorsi dei singoli che lamentino violazioni dei diritti garantiti dal Patto. Il Comitato decide con una "communication" – constatazione o comunicazione – che ha mera efficacia di raccomandazione. Si veda N. RONZITTI, *Gli strumenti di tutela dei diritti umani: La risoluzione 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, in *Osservatorio di politica internazionale*, 4, 2010, 1 ss.

⁴⁴ *K. L. c. Perù*, Comitato per i diritti umani, comunicazione n. 1153/2003 del 24 ottobre 2005, in reproductive-rights.org. Sulla vicenda anche S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Milano, 2012, 90 ss.

attuazione⁴⁵. Una diciassettenne incinta aveva appreso, a seguito di analisi prenatali, che il feto era affetto da anencefalia e pertanto non aveva possibilità di sopravvivenza. Tuttavia, in ragione degli ostacoli di fatto frapposti all'esercizio del suo diritto era stata costretta a portare avanti la gravidanza; il neonato morì dopo quattro giorni nei quali la madre lo allattò al seno. In conseguenza del trauma, quest'ultima sviluppò gravi patologie psichiatriche. Il Comitato ha riconosciuto la violazione degli artt. 2, 7, 17 e 24 del Patto⁴⁶; tuttavia, ha potuto solo invitare lo Stato «a offrire un rimedio effettivo», che è giunto ben dieci anni dopo⁴⁷. È importante sottolineare come, a differenza della Corte EDU, il Comitato abbia fondato la condanna non sul presupposto dell'impossibilità di accedere all'aborto legale, bensì sulla mera violazione dei diritti coinvolti. Pertanto, si è ritenuto che la pronuncia qualificasse l'aborto terapeutico come un vero e proprio diritto umano⁴⁸.

Sotto questo profilo, però, sono molto più significative le successive decisioni adottate dal Comitato nei confronti dell'Irlanda nel 2016 e 2017, relative a due vicende nelle quali le gestanti erano avevano deciso di abortire a seguito della scoperta che il feto fosse affetto da anomalie incompatibili con la vita⁴⁹. In entrambe le constatazioni il Comitato ha riconosciuto un vero e proprio diritto umano all'aborto terapeutico.

Il Comitato per i diritti umani ha compiuto un "salto" cruciale rispetto alla Corte EDU. Mentre quest'ultima si è limitata ad affermare che lo Stato, nel suo margine di apprezzamento dovuto all'assenza di consenso europeo, può legalizzare o meno l'aborto, ma, se lo fa, è obbligato a garantire l'accessibilità ed effettività, il Comitato ha fatto un altro ragionamento. Esplicitamente ha affermato che il meccanismo del margine di apprezzamento è proprio della sola Corte EDU e che, soprattutto, il fatto che l'aborto terapeutico non fosse legale in Irlanda (salvo in caso di pericolo di vita della donna), non dovesse influenzare la decisione⁵⁰. La doglianza delle ricorrenti, infatti, non riguardava l'impossibilità di esercitare diritti previsti dalla legge, ma la mancata legalizzazione dell'aborto terapeutico per anomalie incompatibili con la vita.

Superando i propri precedenti⁵¹, nel 2016 il Comitato ha affermato che non solo l'illegalità del trattamento non consentiva di attenuare la posizione dello Stato, ma che questa, anzi, ha aumentato la

⁴⁵ Dal 2005 ad oggi il Perù ha compiuto vari passi avanti nella tutela dell'aborto. In particolare, il 29 giugno 2014 è stato adottato a Lima un protocollo per l'esecuzione degli aborti terapeutici. Per approfondimenti v. il sito reproductiverights.org.

⁴⁶ Gli articoli sono relativi, rispettivamente a: divieto discriminazione, divieto tortura, divieto di violazione illegittima della vita privata, diritti del fanciullo.

⁴⁷ Solo il 18 novembre 2015 il governo peruviano ha firmato un accordo definitivo per l'attuazione della constatazione del Comitato, corrispondendo un risarcimento alla vittima delle violazioni riconosciute nel procedimento. Si veda *Peruvian government gives monetary reparations as part of historic United Nations abortion case*, in reproductiverights.org.

⁴⁸ In tal senso S. MANCINI, *Un affare di donne*, op. cit., 92; L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, cit.

⁴⁹ Sono i casi *Mellet c. Irlanda* del 17 novembre 2016 e *Whelan c. Irlanda* del 11 luglio 2017, entrambi su juris.ohchr.org, reperibili tra la giurisprudenza del Comitato (CCPR).

⁵⁰ In *Whelan c. Irlanda* si legge: «la questione al vaglio del Comitato non è se l'interferenza (nella vita privata, ndr) ha delle basi legali nazionali, ma se l'applicazione della legge nazionale era arbitraria secondo la Convenzione».

⁵¹ Ci si riferisce non solo a *K. L. c. Perù*, ma anche a *V. D. A. c. Argentina*, del 29 marzo 2011, in juris.ohchr.org, comunicazione che condannava l'Argentina per non aver garantito, di fatto, il diritto legalmente previsto

sofferenza della ricorrente, circostanza tanto più riprovevole in quanto non giustificata dall'intento di salvaguardare il feto, quindi sproporzionata e non necessaria. Il Comitato ha condannato l'Irlanda per violazione degli articoli 7, 17 e 26 del Patto. Secondo il giudicante la situazione è stata fonte di gravi patimenti per la donna, interferendo in maniera arbitraria nella scelta di abortire che, come già affermato in *K. L. c. Perù*, afferisce alla vita privata. Il Comitato si è spinto fino a sindacare espressamente la legge irlandese e ha concluso che «il bilanciamento che lo Stato parte ha effettuato tra la protezione del feto e i diritti della donna, nel caso in esame, non può dirsi giustificato»⁵². Ha altresì condannato la differenza di trattamento tra le donne che, nella stessa condizione, accettavano di portare avanti la gravidanza solo per vedere il figlio morire e coloro che, invece, decidevano di abortire. Le conclusioni della comunicazione sono state severissime: l'Irlanda avrebbe dovuto garantire un pieno risarcimento alla vittima e l'assistenza psicologica, ma, soprattutto, «modificare la propria legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, incluso, se necessario, la propria Costituzione [...] assicurando procedure effettive e tempistiche accessibili per l'interruzione di gravidanza». Il Comitato invitava l'Irlanda a inviare, entro 180 giorni, un rapporto sulle azioni svolte. Tuttavia, poco dopo lo scadere del termine è sopraggiunta la seconda condanna e infine la nuova regolamentazione a seguito del referendum del 2018⁵³.

Considerata la severità dei provvedimenti, il principio che se ne desume, secondo cui l'aborto è un diritto umano, sembra doversi circoscrivere all'ipotesi di aborto terapeutico dovuto alla sussistenza, nel feto, di anomalie incompatibili con la vita. Non sembrano esservi nei provvedimenti riferimenti tali da far desumere il contrario. Resta fuori dalla tutela rafforzata l'aborto senza indicazioni mediche o l'aborto terapeutico in casi diversi da quello in esame, giacché il Comitato fonda l'irragionevolezza del bilanciamento sull'assenza di un bene da tutelare, essendo il feto privo di aspettative di vita.

Passando alla giurisprudenza del Comitato della CEDAW⁵⁴, esiste un'unica pronuncia rilevante. Si tratta del caso *L. C. c. Perù*⁵⁵, relativo alla vicenda di una minore di tredici anni che, dopo aver scoperto di essere rimasta incinta dell'uomo che la violentava, si era buttata da un terrazzo riportando gravi lesioni che rischiavano di paralizzarla. I medici, tuttavia, erano intervenuti sulla vittima solo tre mesi dopo, a seguito della morte del feto per aborto spontaneo, con la conseguenza che la donna, operata

all'aborto per la donna disabile violentata. Queste due decisioni, assieme alle due rese contro l'Irlanda, esauriscono ad oggi la giurisprudenza del Comitato in tema di aborto.

⁵² L'unica area grigia riguarda il valore che il testo del provvedimento conferisce all'assunto che il divieto di aborto terapeutico non risponderebbe alla volontà del popolo irlandese. Detta circostanza, invero, dovrebbe avere poco rilievo di fronte a una grave violazione dei diritti umani, che in nessun caso può trovare giustificazione nella morale di un popolo.

⁵³ L'ultima condanna risale, come si è detto, a luglio 2017. Come noto, nel 2018, a seguito di un referendum, in Irlanda è entrata in vigore una legge che ha liberalizzato l'aborto in caso di "gravidanza precoce", ossia di massimo 12 settimane di età gestazionale.

⁵⁴ La Convenzione è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed è entrata in vigore a livello internazionale il 3 settembre 1981. Come nel caso del Comitato per i diritti umani, anche il Comitato della CEDAW può ricevere ricorsi individuali ai sensi del Protocollo e le decisioni hanno efficacia meramente raccomandatoria.

⁵⁵ Il provvedimento, emesso il 3-21 ottobre 2011, reperibile in reproductiverights.org, è brevemente analizzato in S. MANCINI, *Un affare di donne*, op. cit., 95 ss.

troppo tardi, era rimasta paralizzata per tutta la vita. Ne conseguì una condanna del Perù per la violazione degli artt. 2, 3, 5 e 12 della Convenzione⁵⁶.

Da questo caso, però, non possono trarsi implicazioni analoghe a quelle che emergono dalla giurisprudenza del Comitato per i diritti umani. Il Comitato della CEDAW, infatti, nel sanzionare il Perù ha affermato che «poiché lo Stato ha legalizzato l'aborto terapeutico, deve stabilire un sistema legale appropriato per consentire alle donne di esercitare questo diritto». L'unico portato innovativo riguarda l'aborto in caso di stupro. Detta possibilità era ed è assente in Perù e ciò, a detta del Comitato, avrebbe contribuito ad aggravare la situazione della ricorrente; pertanto, ha raccomandato allo Stato di modificare le proprie leggi depenalizzando l'aborto ove la gravidanza derivi da uno stupro. Tuttavia, il Comitato della CEDAW non ha esplicitamente condannato lo Stato per il fatto di non prevedere l'aborto sicuro e legale in caso di stupro.

In conclusione, dall'analisi effettuata emerge che il diritto all'aborto sta guadagnando sempre più l'attenzione del diritto internazionale, essendovi diversi atti che ne riconoscono l'importanza; tuttavia è innegabile che in molte occasioni, soprattutto nei provvedimenti a efficacia vincolante, gli organismi del diritto internazionale si siano sottratti dal prendere una chiara posizione sulla tutela dell'aborto⁵⁷.

Sembra pertanto che prevalga una posizione moderata e cauta, estremamente rispettosa delle tradizioni etiche e della morale degli Stati⁵⁸. Considerato il quadro eterogeneo e la presa di posizione di una Corte mediante condanna solo nei casi sopra illustrati, sembra che a livello internazionale il diritto all'aborto goda di protezione privilegiata, essendo qualificabile come diritto umano, solamente quando sia effettuato con funzione terapeutica e più precisamente quando sia necessario per prevenire la nascita di un individuo affetto da anomalie incompatibili con la vita. Questa conclusione si fonda *in primis* sull'importanza del diritto alla salute, un diritto che, per l'ampia condivisione, può

⁵⁶ Rispettivamente: impegno degli Stati ad adottare ogni misura volta alla protezione giuridica dei diritti delle donne; obbligo degli Stati di adottare ogni misura per garantire la parità di genere; divieto di discriminazione; divieto di discriminazione nell'accesso ai servizi sanitari.

⁵⁷ Si veda ancora L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, cit., per riferimenti anche alla Convenzione americana sui diritti e la Convenzione interamericana sulla prevenzione, la punizione e l'eradicazione della violenza contro le donne; più di recente L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2022, 659-673, che valorizza le posizioni degli organi internazionali nei report indirizzati ai singoli Stati – pur trattandosi di atti non vincolanti – concludendo a favore della sussistenza di obblighi degli Stati in materia di accesso all'aborto. Si veda anche R. MARCONI, *Tutela dei diritti sessuali e riproduttivi nell'attuale conflitto in Ucraina: l'accesso all'interruzione di gravidanza*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2022, b 3, 682-690, che evidenzia come ancora vi siano posizioni, come quella degli USA, contrarie ad individuare l'aborto tra le prestazioni da garantire alle donne vittime di stupro durante un conflitto armato e come la posizione del Regno Unito, orientata espressamente nel senso opposto, sia di fatto isolata.

⁵⁸ Posizione che certamente si presta a critiche; Rileva L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, cit., 211, che «Occorre [...] chiedersi se – e fino a che punto – su un tema così controverso come l'aborto, su cui si confrontano posizioni morali molto diverse, il processo democratico sia garanzia sufficiente ad escludere una compromissione dei diritti fondamentali». Evidenzia la cautela del diritto internazionale in materia di biodiritto anche S. FANNI, *Op. cit.*

considerarsi acquisito al diritto consuetudinario internazionale⁵⁹. In secondo luogo, è giustificata dal fatto che il grande problema del tema aborto consiste nella presenza di un controinteressato, il feto, sulla cui tutela si registrano diversità di vedute e si scontrano concezioni profonde della morale, legate in particolare all'inizio della vita. Nell'aborto per anomalie incompatibili con la vita, però, questo contro-interesse si riduce fino quasi ad azzerarsi, sicché l'unico bene da tutelare è il diritto alla salute della donna.

4. I limiti, volontari e involontari, dell'UE nella tutela del diritto all'aborto

Si è detto che l'unica sanzione per la violazione del diritto all'aborto irrogabile nel diritto europeo passa tramite l'art. 7 TUE⁶⁰. È appena il caso di specificare come non potrebbe invece attivarsi il "meccanismo di condizionalità", connesso alla tutela di uno solo dei valori dell'art. 2 TUE, lo Stato di diritto⁶¹. Il Regolamento che istituisce il meccanismo è finalizzato a salvaguardare l'economia europea da violazioni, da parte degli Stati membri, dei principi dello Stato di diritto che compromettano in modo sufficientemente diretto la gestione finanziaria europea. Rispetto all'art. 7 TUE il Regolamento ha quindi un ambito di applicazione ridotto, non sanzionando ogni violazione dei valori ex art. 2 TUE; tuttavia, prevede sanzioni più severe e soprattutto immediate⁶².

⁵⁹ Sul valore privilegiato dei diritti umani regolati dal diritto internazionale, che godono del consenso generale della comunità internazionale, si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *L'universalismo dei diritti umani in un mondo diviso*, op. cit., 133 ss. Sul diritto alla salute e la sua natura consuetudinaria P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011; M. SAN GIORGI, *The human right to equal access to health care*, Cambridge, 2012; A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in P. ZATTI, S. RODOTÀ (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 65 ss.; J. TOBIN, *The right to health in international law*, Oxford, 2012.

⁶⁰ Per approfondimenti sulle criticità dell'operatività della tutela dei diritti fondamentali in UE si veda l'attenta critica di J. WOUTERS, *Revisiting art. 2 TEU: a true union of values?*, in *European papers*, 5, 1, 2020, 255-277, che sottolinea anche la preminente posizione del valore dello Stato di diritto.

⁶¹ Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Sul meccanismo di condizionalità si veda C.A. CIARALLI, *Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto*, in *Federalismi*, 16, 2022, 80 ss.; E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi*, 29, 2020, 50 ss.

⁶² Si è rilevato che sebbene il meccanismo di condizionalità costituisca sostanziale specificazione della procedura ex art. 7 TUE, non ne ricalchi le garanzie; si veda il parere della Corte dei conti europea sull'allora emanando Regolamento, reperibile al sito eur-lex.europa.eu. Chiamata a pronunciarsi sui ricorsi di annullamento del Regolamento 2020/2092 proposti dall'Ungheria e dalla Polonia, la CGUE, con sentenze del 16 febbraio 2022, entrambe su eur-lex.europa.eu ha affermato che il Regolamento non eccede i limiti delle competenze dell'Unione. Riguardo ai rapporti con la procedura ex art. 7 TUE, la Corte ha rilevato che questa ha finalità e oggetto diversi dal meccanismo di condizionalità. Infatti, quest'ultimo tutelerebbe il bilancio e non i valori di cui all'art. 2. Diverse sarebbero anche le sanzioni: mentre la procedura ex art. 7 può colpire ogni diritto derivante dall'applicazione dei Trattati, il Regolamento prevede sanzioni solo di natura economica. Sulle sentenze della CGUE che hanno affermato la legittimità del meccanismo di condizionalità A. BARAGGIA, *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell'Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/21*, in *Quaderni costituzionali*, XLII, 2, giugno 2022, 371 ss.; B. NASCIMBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, 2, 2022, 114 ss. Sul tema anche I. SPADARO, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania*, in *Federalismi*, 14, 2021, 178 ss.

L'analisi delle pendenti procedure ex art. 7 TUE rivela che l'UE non ha saputo cogliere il portato della giurisprudenza internazionale sopra illustrata. Né si è valorizzata nel contesto europeo la presenza di un consenso quasi unanime tra gli Stati membri sulla legalizzazione dell'aborto a tutela di gravi problemi di salute della donna.

Invero, in una Risoluzione adottata sulla salute sessuale e riproduttiva in Europa il Parlamento si rifà al diritto internazionale e in particolare alla giurisprudenza del Comitato per i diritti umani in materia di aborto; tuttavia, non ne trae tutte le implicazioni possibili, concludendo con un mero invito agli Stati membri ad allineare il diritto nazionale alle norme internazionali sui diritti umani⁶³.

Difatti, gli ostacoli all'accesso all'aborto sicuro e legale hanno ben poco rilievo nelle due procedure pendenti ex art. 7 TUE: alla violazione dei diritti umani non si fa neppure riferimento nella proposta di avvio della procedura presentata dalla Commissione nei confronti della Polonia. Nella proposta del Parlamento per l'avvio della procedura nei confronti dell'Ungheria, invece, viene più volte rimproverato allo Stato di non tutelare diversi diritti umani; tuttavia, anche in questa sede non viene mai denunciato l'ostruzionismo all'aborto, sebbene lamentato in altra risoluzione parlamentare⁶⁴. Occorre infatti ricordare che l'aborto in Ungheria gode di maggiori tutele legali rispetto alla Polonia⁶⁵. Ed invero non può che lasciare perplessi la perdurante assenza di sanzioni per la Polonia⁶⁶, considerato che,

⁶³ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 24 giugno 2021 cit., in particolare al punto 35, in nota 24, ove riporta tutte le maggiori pronunce del Comitato per i diritti umani in tema di aborto, senza però fare alcun cenno al principio che se ne può trarre.

⁶⁴ Il riferimento è alla lettera O della Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022, cit., che menziona, tra gli Stati membri che ostacolano l'accesso all'aborto, anche l'Italia. Invero, l'impressione che si ha leggendo la proposta è quella di un'enorme sproporzione tra le mancanze rimproverate alla Polonia e quelle rimproverate all'Ungheria. Detta circostanza ha indotto alcuni parlamentari a credere che l'Unione stia «prendendo di mira il governo sovrano dell'Ungheria, [...] in ragione della sua opposizione alla politica migratoria dell'Unione» e a constatare con rammarico che «il ruolo della Commissione quale custode dei trattati si sia deteriorato, dal momento che la Commissione sembra scegliere a suo piacimento quali Stati membri perseguire per presunte violazioni dei valori dell'Unione», adottando «approcci diversi nei confronti di altri Stati membri, ad esempio Malta». Tali parole sono tratte dalla proposta di risoluzione parlamentare del 3 maggio 2022 sulle audizioni in corso a norma dell'art. 7 TUE relative a Polonia e Ungheria, testo che non è però stato approvato dall'istituzione.

⁶⁵ In Ungheria, ai sensi della legge XXXIX del 23 dicembre 1992, l'aborto è accessibile entro le 12 settimane di gestazione, purché la donna lamenti di patire, in conseguenza della gravidanza, una "grave crisi", ossia uno sconvolgimento psicofisico e sociale. Un ostacolo all'esercizio di questo diritto sembra essere subentrato con il decreto del Ministero dell'Interno pubblicato il 12 settembre, col quale è stato modificato l'allegato n. 4 dell'ordine esecutivo della legge sull'interruzione di gravidanza, contenente il modulo di richiesta del trattamento. Specificamente, viene modificato il punto 2, prevedendo che la gestante debba presentare una relazione rilasciata da un ginecologo in cui si affermi che quest'ultimo ha mostrato in maniera chiara il fattore indicativo delle funzioni vitali del feto, ciò che è stato inteso come un obbligo di far ascoltare alla gestante il battito cardiaco fetale.

⁶⁶ Si noti che la Polonia, assieme all'Ungheria, era coinvolta nella procedura sanzionatoria di cui al meccanismo di condizionalità; procedura che però si è presto conclusa, a differenza di quella dei confronti dell'altro Stato. Si veda il comunicato stampa del 1° giugno 2022 *NextGenerationEU: European Commission endorses Poland's €35.4 billion recovery and resilience plan*, in ec.europa.eu.

quando è entrata a far parte dell'Unione, garantiva l'aborto a condizioni più favorevoli di quelle attuali, ciò che viola il principio di non-regresso affermato dalla giurisprudenza europea⁶⁷.

Che l'Unione non attribuisca un ruolo fondamentale alla tutela dell'aborto è dimostrato infine dall'ingresso di Malta nell'UE. In questo paese è sempre stata in vigore una legislazione assolutamente punitiva e proibitiva: l'aborto è considerato reato senza eccezioni neppure in caso di stupro o di anomalie fetali incompatibili con la vita. Vi è di più. La normativa (artt. 241 ss. c.p.) risale al 1981 e si modella sulla antica *lex Cornelia de sicariis et veneficis*⁶⁸, prevedendo per la donna che ha acconsentito all'aborto la stessa sanzione che rischiano i terzi. Nonostante questo, non solo non pende alcuna procedura ex art. 7 TUE nei confronti di Malta, ma neppure è stato impedito che, al suo ingresso nell'Unione, lo Stato chiedesse e ottenesse la garanzia che nessuna disposizione del diritto europeo potesse intaccare o modificare la legislazione nazionale in materia⁶⁹.

Sembra quindi che i limiti alla tutela dell'interruzione di gravidanza da parte dell'Unione europea non siano solo strutturali e che l'inerzia sia imputabile in particolare agli Stati membri, alla ritrosia nel confronto relativo a questioni con implicazioni etiche e al conseguente immobilismo che ciò provoca all'interno del Consiglio⁷⁰.

5. Considerazioni conclusive

Gli ostacoli nella tutela del diritto all'aborto confermano l'incapacità dell'UE di tutelare efficacemente i diritti della persona al di fuori di ambiti che non rientrino nello spazio privilegiato dello Stato di diritto e, in particolare, l'immobilismo e la cautela che caratterizza il confronto tra Stati riguardo a temi eticamente connotati⁷¹.

⁶⁷ Per l'affermazione del principio a tutela del valore dello Stato di diritto si veda CGUE, Grande Sez., 22 aprile 2021, n. 896/19, Repubblica c. Il Prim Ministru, in curia.europa.eu, par. 63 ss. Rispetto allo Stato di diritto, può rilevare l'art. 49 TUE in funzione di clausola di non regressione perché l'art. 19 TUE attrae la questione dell'indipendenza dei giudici nazionali nell'ambito di applicazione del diritto UE. Il principio di non regresso è stato affermato soprattutto in sede giuslavoristica; v. M DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, 487. L'analisi dell'esperienza polacca e americana dimostra che la compressione della tutela dell'aborto legale e sicuro può legarsi ad irregolarità nella presa di servizio dei magistrati, circostanza che costituisce una minaccia ai valori dello Stato di diritto.

⁶⁸ La *lex Cornelia de sicariis*, nella versione originaria, prevedeva la pena di morte per chi, per mezzo della somministrazione di veleni, uccidesse "*mulier aut homo*". Detta frase era sempre stata interpretata nel senso di punire solo l'uccisione tramite avvelenamento di un uomo o una donna, non essendo applicabile al feto. Già Giustiniano la modificò nel senso di prevedere una pena anche per l'aborto procurato mediante somministrazione di veleni, con la precisazione che dovesse trattarsi di un feto formato (che avesse forma di uomo, secondo la concezione aristotelica), appunto considerato "*homo*". L'esilio e i lavori in miniera verranno riservati all'aborto di feto informe, non considerato uomo. Si veda L. LEVERONI, G. MAURIZIO, A.G. BOZZO, *Gazzetta de Tribunali: con note ed osservazioni articoli di vario diritto e cronaca del Parlamento*, 1, Genova, 1848, 278. Per approfondimenti sulla tesi della formazione del feto si rinvia a E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971, 93-106, 581, 622.

⁶⁹ Il riferimento è al Protocollo n. 7 sull'aborto a Malta, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. L 236 del 23 settembre 2003, 947.

⁷⁰ Sulla ritrosia degli Stati membri all'attivazione del meccanismo ex art. 7 TUE si veda J. WOUTERS, *Op. cit.*

⁷¹ Sul punto si rimanda nuovamente a S. FANNI, *Op. cit.*; J. WOUTERS, *Op. cit.*

Sebbene sembri fare eccezione il recente operato del Parlamento è d'obbligo rilevare che le risoluzioni non hanno argomentato sul perché l'aborto sarebbe un diritto umano in ambito internazionale, né quale fattispecie di aborto sarebbe tale. Detto altrimenti, l'utilizzo della categoria dei diritti umani da parte del Parlamento sembrerebbe atecnico e privo di riferimenti circostanziati al diritto internazionale.

Quid iuris, allora, sull'introduzione dell'art. 7 bis nella Carta?

In primo luogo, essa sembra ancora lontana. Infatti, l'ostacolo a una maggiore tutela dell'aborto è forse da imputarsi al Consiglio europeo, istituzione che è espressione dell'elemento intergovernativo dell'UE, in seno al quale è difficile trovare un accordo sulle azioni da intraprendere ai sensi dell'art. 7 TUE. E l'introduzione dell'art. 7 bis nella Carta dovrebbe necessariamente passare per il Consiglio europeo⁷².

Anche ove si approvasse tale norma, l'effetto sarebbe "spuntato".

In primis perché la Carta si applica esclusivamente nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione, ove non rientra l'aborto quale trattamento sanitario. In secondo luogo, è la stessa Carta a prevedere, all'art. 52, la possibilità di limitare i diritti in essa riconosciuti per proteggere altri diritti, quale potrebbe essere il diritto alla vita del feto. Ma anche a voler interpretare l'art. 7 bis alla luce del diritto internazionale e dunque in modo da costituire espressa dichiarazione della volontà dell'UE di considerare l'aborto terapeutico in caso di anomalie incompatibili con la vita come diritto umano, non è detto che la violazione sussistente in Stati come Malta e la Polonia sfoci in una procedura ex art. 7 TUE, né che quest'ultima, considerata la lentezza che la caratterizza, induca lo Stato a prendere misure correttive, come insegna il caso polacco⁷³. Infine, considerata la scelta di non includere riferimenti all'accesso all'aborto sicuro e legale nelle procedure ex art. 7 TUE, sembra ancor meno probabile ipotizzare che l'art. 7 bis, anche nel caso in cui venga approvato, possa essere letto nel senso di introdurre un diritto fondamentale all'aborto terapeutico in caso di gravi problemi di salute della donna legati alla prosecuzione della gravidanza, valorizzando per la prima volta il consenso tra le legislazioni degli Stati membri sul punto. Ove ciò avvenisse, tuttavia, si tratterebbe di un passo importante, che consentirebbe di condannare tramite la CGUE gli Stati che violino detto diritto, legiferando, seppur nelle proprie competenze esclusive, in violazione del diritto eurounitario⁷⁴.

⁷² Si noti, infatti, che il procedimento di revisione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE avviene analogamente a quello dei Trattati e dell'altro diritto primario (art. 48 TUE); sul punto v. L.S. Rossi, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 21, 2, 2016, 329 ss.

⁷³ Si veda la risposta della Commissione del Parlamento europeo per le petizioni a un cittadino polacco che, all'indomani della pubblicazione della sentenza del Tribunale costituzionale, chiedeva di riesaminare detto provvedimento (Comunicazione del 4 giugno 2021, relativa alla petizione n. 1154/2020.). Il Parlamento ha affermato che «limitare notevolmente l'accesso all'aborto in condizioni legali e sicure costituisce una violazione dei diritti umani». L'inciso "notevolmente" è suscettibile di varie interpretazioni. Di certo rinvia a una qualche discrezionalità agli Stati membri nel disciplinare l'aborto legale, confortandoli con la sicurezza che le violazioni poco gravi non potranno in alcun modo tradursi in una violazione del diritto europeo. Il Parlamento prosegue sottolineando che tutti gli Stati membri devono rispettare i diritti umani «cui sono vincolati a norma [...] del diritto internazionale»; tuttavia, si slega successivamente dal tema dell'aborto come diritto umano per concludere che l'Unione, in ambito sanitario, «non dispone di alcun potere legislativo e non può interferire nell'esercizio delle competenze riservate agli Stati membri».

⁷⁴ V. nota 25.