



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXIV

ABORTO IN ITALIA.

PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE

IUS/01

Presentata da:

Dott.ssa Stefania Flore

Tutor:

Ch.ma prof.ssa Rossella Fadda

Esame finale anno accademico 2020/2021
Tesi discussa nella sessione d'esame aprile 2022

INDICE - SOMMARIO

INTRODUZIONE	p. 1
---------------------------	------

CAPITOLO I:

IL DIBATTITO ETICO ALL'ORIGINE DELLE DIFFICOLTÀ NELLA REGOLAMENTAZIONE LEGALE

1. Il significato del termine aborto	p. 5
2. Le ragioni dell'avversione alla legalizzazione dell'aborto: tra tesi antiche e tesi moderne. L'aborto come omicidio e l'aborto come veicolo delle istanze di emancipazione femminile	p. 7
3. La posizione cristiana sulla liceità dell'aborto	p. 12
4. La posizione delle altre religioni	p. 17
5. Il punto di vista laico	p. 20
6. L'influenza della religione sulla morale comune e sul diritto italiano	p. 24
7. Considerazioni conclusive: una nuova tesi basata sulla dipendenza del feto dalla donna	p. 28

CAPITOLO II:

STORIA DELLA REGOLAMENTAZIONE DELL'ABORTO DAL MONDO GRECO ROMANO AD OGGI

1. L'aborto nel mondo greco romano	p. 37
2. L'aborto nell'Italia medievale.....	p. 40
3. ... nel mondo moderno e nell'età contemporanea	p. 46
4. L'Italia post-unitaria	p. 51
5. La sentenza 27/1975 e il travagliato percorso verso la legge 194/1978: tra cattolicesimo e laicismo	p. 54
6. L'iter parlamentare dell'approvazione della legge 194/1978.....	p. 61

CAPITOLO III:

I PRINCIPALI DIRITTI COINVOLTI NELLA LEGGE 194/1978

SEZIONE PRIMA:

DIRITTO ALLA SALUTE

1. Definizione dell'OMS ed evoluzione del sistema sanitario italiano	p. 67
2. Il riparto delle competenze e i LEA	p. 71
3. Il diritto al trattamento sanitario e l'autodeterminazione terapeutica: il consenso informato	p. 75
4. Limiti alla validità del consenso dell'avente diritto: la querelle sulla disponibilità del proprio corpo	p. 80

SEZIONE SECONDA:

AUTODETERMINAZIONE PROCREATIVA

1. La libertà di procreazione p. 85
2. I diritti antagonisti alla libertà procreativa: in particolare, i diritti del nato p. 89
3. Dal diritto alla procreazione cosciente e responsabile al diritto di procreare p. 93
4. Procreazione artificiale: è un diritto? p. 96
5. Divieto di maternità surrogata p. 102
6. Diritto ad avere un figlio sano p. 108
7. Profili risarcitori del diritto alla procreazione cosciente e responsabile: il danno da nascita indesiderata p. 112

SEZIONE TERZA:

TUTELA DELLA VITA PRENATALE

1. La posizione giuridica del nascituro nell'ordinamento italiano p. 119
2. (segue) la tutela civilistica e nel diritto internazionale p. 125
3. Diagnosi preimpianto p. 129
4. Diritto a conoscere le proprie origini p. 132
5. Embrioni sovrannumerari p. 137
6. Vitalità del feto p. 141
7. Diritto a non nascere se non sano e profili risarcitori p. 145

SEZIONE QUARTA:

OBIEZIONE DI COSCIENZA

1. La definizione dell'istituto e brevi cenni storici: l. 772/1972 p. 149
2. Fondamento costituzionale: la libertà di coscienza p. 153
3. Obiezione di coscienza nel panorama europeo e internazionale p. 156
4. Obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano: la necessità di interpositio legislatoris, i limiti costituzionalmente necessari e quelli rimessi alla discrezionalità del legislatore p. 160
5. (Segue) Le obiezioni di coscienza riconosciute nel nostro ordinamento e il filo conduttore tra le prestazioni esentabili: la violenza contro esseri viventi p. 164
6. Obiezione di coscienza e procreazione assistita: art 16 l. 40/2004 p. 171
7. Obiezione di farmacisti e medici alla vendita e prescrizione della pillola del giorno dopo p. 174
8. Obiezione di coscienza e eutanasia p. 179

CAPITOLO IV: **L'ABORTO**

1. Esiste un diritto all'aborto? La problematica del fondamento del diritto all'aborto nel primo trimestre: diritto all'autodeterminazione o alla salute della donna p. 187

2. Aborto e tutela della salute: il consenso informato della gestante e il colloquio preliminare	p. 199
3. Le tre fattispecie previste dalla legge e le tipologie di aborto. In particolare, le novità sull'aborto farmacologico.....	p. 208
4. Obiezione di coscienza e aborto: ambito soggettivo e oggettivo. In particolare, l'obiezione in consultorio e il divieto di obiezione di struttura	p. 215
5. La procedura per l'esercizio del diritto di obiezione e l'assenza di una prestazione sostitutiva; il problema degli obiettori di comodo, l'alto tasso di obiettori e la discriminazione dei non obiettori	p. 223
6. L'aborto nella giurisprudenza CEDU e nel diritto internazionale	p. 230
7. Critica all'art. 9, comma 4, come unica garanzia di attuazione del diritto all'aborto; i correttivi introdotti nella pratica ed auspicati dalla dottrina. In particolare, è possibile eliminare l'obiezione di coscienza?.....	p. 240

CAPITOLO V:

UNO SGUARDO ALLE NORMATIVE DI DUE STATI EUROPEI PER TROVARE UNA SOLUZIONE ALLE CRITICITÀ DELLA LEGGE ITALIANA

SEZIONE PRIMA:

LE CLINICHE ABORTISTE: IL MODELLO SPAGNOLO

1. I diritti coinvolti nella L.O. 2/2010 e il dibattito sulla loro natura	p. 257
2. La disciplina dell'aborto: la liberalizzazione nelle prime 14 settimane, le ombre sull'aborto eugenetico e sul termine finale delle 22 settimane	p. 265
3. Obiezione di coscienza: il dibattito sulla natura di diritto fondamentale e la regolamentazione in negativo	p. 275
4. Considerazioni conclusive	p. 283

SEZIONE SECONDA:

L'OBBLIGO DI RINVIO E GLI ABORTUS CENTRA: IL MODELLO DEL BELGIO

1. Premesse. In particolare: la consolidazione della tesi secondo la quale il feto non è persona	p. 288
2. La disciplina dell'aborto e le recenti modifiche	p. 293
3. L'obiezione di coscienza (o meglio, il diritto di astensione)	p. 298
4. Considerazioni conclusive	p. 303

<u>CONCLUSIONI</u>	p. 307
---------------------------------	--------

<u>BIBLIOGRAFIA</u>	p. 321
----------------------------------	--------

RINGRAZIAMENTI	p. 334
-----------------------------	--------

INTRODUZIONE

Il rapporto tra aborto e obiezione di coscienza rappresenta da decenni un punto critico del nostro ordinamento. I dati che emergono dalla relazione annuale sull'applicazione della legge 194/1978 restituiscono un quadro drammatico: molte donne sono costrette a bussare alle porte di varie strutture sanitarie prima di trovarne una dotata di un'equipe di personale non obietto. Nonostante tutti gli ospedali pubblici e le case di cura autorizzate siano obbligate ad attuare la legge sull'aborto, un obbligo che grava anche sul Presidente della Regione, perdura da anni una grave violazione dei diritti delle donne, sia del diritto all'autodeterminazione procreativa, sia del diritto alla salute nella sua accezione più pura, nel caso dell'aborto terapeutico.

Dalla constatazione dell'urgenza di un intervento del legislatore sul punto, nasce la volontà di dedicare la presente tesi di dottorato al rapporto tra obiezione di coscienza e aborto.

Il lavoro si propone di svolgere un'analisi il quanto più possibile completa e approfondita del fenomeno dell'aborto volontario.

La trattazione si divide in cinque parti; nello spirito dell'impronta multidisciplinare del dottorato in Scienze giuridiche, si è cercato di toccare le varie discipline del diritto.

La prima parte riguarda un tema preliminare a ogni riflessione sull'aborto, ossia l'analisi del dilemma etico, che illustra perché, ancora oggi, è difficile individuare i limiti entro i quali legalizzare l'aborto. La questione morale si incentra sul rapporto tra gestante e nascituro: quanto più è maggiore l'autonomia che si riconosce a quest'ultimo, tanto più stringenti saranno i limiti all'aborto. Questo rapporto, in realtà del tutto unico e singolare, è stato oggetto di vari accostamenti da parte di molti filosofi del diritto (e non solo). Talvolta si è riconosciuta la donna come l'unico essere meritevole di tutela, qualificando il nascituro come *pars viscerum* della stessa; altre volte si è detto, al contrario, che il feto è fin dall'inizio un essere autonomo e distinto, valorizzando l'unicità del suo DNA; ancora, si è paragonato il rapporto tra feto e gestante a quello sussistente tra il donatore di un organo vitale e il suo ricevente, o tra un uomo gravemente malato e i macchinari necessari per la sua sopravvivenza. Sulla scia di una sentenza della Corte d'Appello di Londra degli anni 2000 si è cercato allora di affiancare a queste posizioni tradizionali, che si rivelano insoddisfacenti, il parallelo tra il rapporto in oggetto e quello sussistente tra gemelli siamesi, dei quali uno solo sia capace di sopravvivere autonomamente. Ad ogni modo, la maggior parte degli ordinamenti moderni sembra aver interiorizzato il principio secondo il quale, nell'impossibilità di chiarire quando inizia la vita, il diritto deve dare rilievo a una certezza, ossia alla necessità di tutelare l'autodeterminazione riproduttiva e la salute della donna.

Nella seconda parte si cercherà di ricostruire, per quanto possibile e a grandi linee, la storia della regolamentazione dell'aborto nelle regioni italiane, dall'età greco romana all'età contemporanea.

L'analisi delle vicissitudini storiche sulla repressione penale dell'aborto mostrerà come la stessa sia intimamente legata alla repressione morale. Tuttavia, la repressione morale non sembra dipendere necessariamente dalla religione cristiana, essendovi testimonianze che mostrano come la necessità di prevenire e sanzionare l'aborto fosse diffusa ancor prima dell'affermazione del Cristianesimo. La stessa teologia cristiana perverrà a identificare il nascituro con il nato, anche nei primissimi stadi del suo sviluppo, solo nel tardo Ottocento. Nell'età moderna, però, la dottrina penale viene senza dubbio pervasa dall'idea cristiana secondo la quale il nascituro è persona a tutti gli effetti: tra i Codici preunitari, più d'uno sanzionano l'aborto con la stessa pena prevista per l'omicidio. Questa impostazione entrerà in crisi, in maniera graduale, solo dopo anni.

La terza parte analizza i principali diritti coinvolti nella legge 194/1978: il diritto alla salute, il diritto all'autodeterminazione procreativa, i diritti del nascituro e il diritto all'obiezione di coscienza del personale sanitario. Dallo studio emerge che, in ambito procreativo, il nostro ordinamento riconosce un nuovo ruolo alla volontà del soggetto, un ruolo cui si conferisce un'importanza sempre maggiore, prima, dopo e durante il processo procreativo. Non solo; la volontà e l'autodeterminazione della persona acquisiscono un'importanza sempre maggiore in ogni ambito del biodiritto, soprattutto nel fine vita. All'autodeterminazione del singolo, cui certamente si lega la tutela della libertà di coscienza dello stesso su scelte personalissime, si contrappone l'esigenza di tutelare la coscienza di coloro che sono deputati ad attuare dette scelte, che reclamano il diritto di svolgere un determinato lavoro esentandosi dall'obbligo di alcune prestazioni. Il nostro legislatore sembra non aver raggiunto dei punti fermi sui limiti e sui confini della regolamentazione al diritto di obiezione, complici i pochi paletti posti dalla giurisprudenza costituzionale e la nascita relativamente recente del diritto. L'analisi dei diritti coinvolti viene condotta in un'ottica multilivello, con particolare attenzione alla giurisprudenza della Corte E.D.U., ma anche con un occhio di riguardo alle nuove funzioni che sta assumendo la nostra Corte costituzionale in materie nelle quali l'inerzia del legislatore è perdurante e inaccettabile.

La quarta parte rappresenta il fulcro della trattazione: si analizzerà la legge 194/1978 e la situazione attuale dell'erogazione della prestazione di interruzione volontaria di gravidanza, la quale, sebbene inserita tra i LEA, è oggetto di un trattamento deteriore e squalificante del tutto peculiare rispetto agli altri trattamenti sanitari. Si individueranno quindi le criticità applicative della legge, ossia si illustrerà come la legge (non) viene applicata e quali ne siano le ragioni, concludendo con l'analisi delle soluzioni individuate, ad oggi, nella dottrina e nella pratica. Nonostante la legge sia ormai parecchio risalente, stupisce constatare che, in un clima di crescente importanza dell'autodeterminazione del singolo, procreativa e non, nessuno spazio sembra essere dedicato, dal legislatore attuale, all'implementazione della tutela della salute e dell'autodeterminazione delle donne nell'ambito dell'interruzione di gravidanza.

Nell'ultima parte, di stampo comparatistico, si espone la situazione dell'accesso all'aborto nei due

Paesi europei oggetto del semestre di studio all'estero: Spagna e Belgio. Si tratta di due Stati nei quali, sebbene l'obiezione di coscienza sia prevista dalla legge, l'esercizio della stessa non paralizza l'accesso al trattamento. L'analisi viene condotta nell'ottica di ricercare delle soluzioni da trasfondere nel nostro ordinamento, pur tenendo conto della fondamentale differenza legata al fatto che in Belgio la sanità è retta da un sistema sostanzialmente privato.

Seguiranno, infine, le conclusioni, le quali, tenuto conto dei rilievi svolti nei capitoli precedenti, si configurano come una vera e propria proposta di modifica della legge 194/197

CAPITOLO I:

IL DIBATTITO ETICO ALL'ORIGINE DELLE DIFFICOLTÀ NELLA REGOLAMENTAZIONE LEGALE

SOMMARIO: 1. Il significato del termine aborto – 2. Le ragioni dell'avversione alla legalizzazione dell'aborto: tra tesi antiche e tesi moderne. L'aborto come omicidio e l'aborto come veicolo delle istanze di emancipazione femminile – 3. La posizione cristiana sulla liceità dell'aborto – 4. La posizione delle altre religioni – 5. Il punto di vista laico – 6. L'influenza della religione sulla morale comune e sul diritto italiano – 7. Considerazioni conclusive: una nuova tesi basata sulla dipendenza del feto dalla donna

1. Il significato del termine aborto

La prima definizione del termine aborto risale al I secolo d.C. e accomuna l'aborto spontaneo all'aborto procurato: “*aborto di donna gravida è detto quel che sia immaturamente nato*”¹. Successivamente, si distingue l'aborto verificatosi durante i primi mesi di gravidanza, detto “*aborsus*”, da quello avvenuto in prossimità del parto, che prende il nome di “*abortus*”². Più avanti, nel VI secolo d.C. si distinguerà tra “*reiezione del seme*”, ossia l'espulsione dell'embrione nei primi tre giorni di gravidanza, “*aborto*”, che si verificherebbe entro il terzo mese di gestazione, e infine “*parto prematuro*”³.

Tali distinzioni erano legate a una credenza ampiamente diffusa nel mondo greco romano, secondo la quale si distinguerebbero due periodi nello sviluppo fetale: un primo periodo nel quale il feto non è formato e un secondo periodo nel quale questo si forma, si anima e prende vita. Il periodo di formazione sarebbe stato più lungo per gli individui di sesso femminile -ossia di quattro mesi- e più breve per i maschi⁴, di soli quaranta giorni. Questa scansione temporale era di particolare importanza, poiché solo il feto formato veniva considerato un essere vivente⁵.

¹ La definizione è tratta da E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971, p. 243, ed è attribuita al *De verborum significatione* di M. Verrio Flacco; essendo la fonte primaria perduta, vi si è risaliti tramite successivi documenti del II e VIII secolo d.C.

² *Ibidem*, pp. 430-1; la definizione è rinvenibile nelle *Pauli Sententiae* del III sec. d.C. Si ha testimonianza di tale distinzione semantica in Grecia fino al IV-V sec. d.C. (*Ibidem*, p. 566)

³ *Ibidem*, p. 586; così testimonia il *De lassitudine vulvae* del medico Mustio.

⁴ Sin dal V sec. a.C. medici e filosofi si interrogarono sul tempo necessario per la formazione e animazione del feto. Diogene di Apollonia sosteneva che la femmina si formasse in 5 mesi, il maschio in 4; per Empedocle il feto si formava in 40 giorni; per Ippocrate il maschio si formava in 3 mesi e la femmina in 4 mesi. Fu Aristotele a introdurre la tesi maggiormente seguita, secondo la quale il maschio si forma in 40 giorni e la femmina in 4 mesi. Quest'ultima tesi è stata recepita dalla cd. *Versione dei Settanta* del III sec. a. C., la versione greca della Bibbia, ed ereditata, con qualche eventuale variante che fissava la formazione della femmina al terzo mese, fino ai secoli V e VI d.C. Per approfondimenti v. *Ibidem*, pp. 93-106, 581, 622

⁵ L'antica concezione che considerava il feto come una parte delle viscere della gestante, viene infatti presto affiancata dall'idea che, una volta formatosi, il feto diventerebbe vivo ed andrebbe considerato come un essere autonomo; uno dei primi sostenitori di quest'ultima tesi fu il celebre medico Ippocrate. La tesi del feto come “*portio viscerum*” si diffonderà maggiormente nei secoli III-II a.C., con l'affermarsi dello stoicismo, concezione dominante fino al III sec. d.C. come testimoniano gli scritti di Ulpiano. Per approfondimenti, *Ibidem*, p. 47, pp. 93-99 e p. 443). Dal IV-V sec. d.C., con la definitiva affermazione del Cristianesimo, le due tesi predominanti collocheranno l'inizio della vita alternativamente in

Il termine “aborto” viene usato ancora nell’età moderna sia per l’interruzione della gravidanza spontanea che per quella volontaria; scompare però la distinzione terminologica all’interno dei primi mesi di gestazione, per lasciare spazio alla bipartizione aborto – parto prematuro.

Con il termine “aborto” si designa oggi l’interruzione di gravidanza, spontanea o procurata, che intervenga prima che il feto possa sopravvivere fuori dall’utero materno⁶, momento a seguito del quale si parlerà di parto prematuro. Il discrimine si colloca classicamente intorno al sesto mese e più recentemente intorno alla ventiduesima settimana, grazie ai progressi dell’assistenza prenatale⁷.

In dottrina si distinguono varie figure di aborto: terapeutico, eugenetico e volontario⁸.

La prima ricorre quando l’aborto si effettua per tutelare la donna da processi patologici fisiologicamente e oggettivamente riscontrabili, dunque quando la prosecuzione della gravidanza costituisce un pericolo per la vita della donna o causerebbe un grave danno alla sua salute. L’aborto eugenetico designa, invece, il trattamento effettuato per la certezza o alta probabilità che il nascituro presenti gravi anomalie o malformazioni. L’aborto volontario, infine, viene praticato sul solo presupposto della volontà della donna, a prescindere dal riscontro clinico di problemi alla salute psicofisica della stessa.

Oggetto del presente studio è l’aborto procurato, ossia quello provocato dall’azione dell’uomo, quindi indotto dalla stessa gestante o da un terzo. Specificamente si tratterà dell’aborto su donna consenziente.

Sempre in ambito definitorio, è necessaria una precisazione sui termini “embrione” e “feto”. Le fasi di sviluppo dell’embrione sono definite in maniera del tutto convenzionale e spesso legate ad implicazioni di tutela legislativa non trascurabili. Anche in campo prettamente scientifico non c’è unanimità di pensiero circa l’individuazione di determinate caratteristiche -neurologiche, cardiologiche, etc.- che possano determinare univocamente una demarcazione tra distinte fasi di sviluppo⁹.

due momenti: quello della formazione del feto, o quello del concepimento (*Ibidem*, pp. 580-1)

⁶ Così F. FORAMITI, *Enciclopedia legale, ovvero Lessico ragionato di gius naturale, civile, canonico, mercantile-cambiario-marittimo, feudale, penale, pubblico-interno, e delle genti*, II ed., Venezia, 1841, p. 20; G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto penale*, Napoli, 1854, p. 270. Ad oggi, con i progressi delle tecniche scientifiche nelle cure prenatali, la possibilità di sopravvivenza del feto deve intendersi come possibilità di sopravvivere al di fuori dell’utero materno anche con l’ausilio delle incubatrici.

⁷ Riguardo al termine del sesto mese, si veda R. E. JONES – K. H. LOPEZ, *Human Reproductive Biology*, Massachusetts, 2006, p. 273. Cfr. P. CARLINI, *L’aborto nel campo giudiziario*, Milano, 1935, p. 35, secondo il quale si parla di aborto fino al sesto mese e successivamente di parto prematuro, prescindendo dalla circostanza che il neonato nasca vivo o morto. Il discrimine è collocato al 180° giorno di gravidanza, oltre il quale si parla di parto prematuro, anche secondo M. BUSCAGLIA, *Influenza del lavoro sulla salute della donna*, in *Maternità cosciente*, Milano, 1976, pp. 57-58. Riguardo ai più recenti progressi scientifici, che hanno anticipato la soglia di vitalità fetale alle 22 settimane, si veda G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Milano, 2019, p. 103 ss.; F. POGGI, *The wailing of the lambs. La libertà di autodeterminazione femminile alla luce dei recenti progressi in tema di uteri artificiali*, in *Notizie di Politeia*, 133, 2019, pp. 16-26; G. NOIA, *Aborto spontaneo* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, Napoli, 2009, p. 1 ss., che rileva come il termine delle 22 settimane sia stato identificato come il termine finale per l’aborto dalla Società italiana di medicina prenatale già dal 1990.

⁸ Tripartizione ampiamente esplicita da R. PANDINI, *L’aborto in Italia*, Roma, 1967, p. 60ss. Distingue tra aborto terapeutico, eugenetico e selettivo (ossia quello effettuato per le gravidanze multiple) M. L. DI PIETRO, *Aborto (parte etica)* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 11.

⁹ Per approfondire C. FLAMIGNI, *Le tappe dell’evoluzione biologica*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, IV, Milano, 2011,

Generalmente, l'embrione viene chiamato feto a partire dall'ottava settimana di gestazione, quando si conclude la morfogenesi e l'organogenesi ed è possibile identificare nello stesso le parti principali del corpo di un essere umano¹⁰. Trattasi, però, di nozioni prettamente convenzionali, non ancorate a dati scientifici oggettivamente e unanimemente riconoscibili come punto di svolta nello sviluppo dell'embrione¹¹ e che pertanto verranno utilizzate, nel presente lavoro, senza particolare differenziazione.

Alla diversità di opinioni sul significato di “embrione” è connesso il dibattito sull'individuazione del momento iniziale della gravidanza, che per alcuni si individua nella fusione dei gameti e per altri nell'annidamento dello zigote nell'utero¹².

2. Le ragioni dell'avversione alla legalizzazione dell'aborto: tra tesi antiche e tesi moderne. L'aborto come omicidio e l'aborto come veicolo delle istanze di emancipazione femminile.

L'aborto procurato è un trattamento effettuato nel corpo della donna allo scopo di espellere il feto. Si può pertanto inquadrare nel *genus* dei trattamenti sanitari e può essere, attualmente, di due tipi: farmacologico e chirurgico. Entrambi, come ogni trattamento sanitario, intervengono su un processo originatosi naturalmente nel corpo umano allo scopo di modificarne il corso. Come ogni intervento medico, pertanto, si può dire che sia “contro natura”¹³. Inoltre, come ogni trattamento ablativo, comporta la rimozione di cellule del corpo umano, dunque vive.

Cosa rende l'aborto diverso dagli altri interventi?

Storicamente, ciò che lo rende unico e lo pone al centro di una problematica che non trova termini di paragone è «il potenziale umano del tessuto fetale umano»¹⁴.

p. 1281ss. L'A. riporta in particolare due pensieri contrastanti che testimoniano le discordanze sussistenti finanche nella definizione di “embrione”: secondo alcuni studiosi si può parlare di embrione dalla formazione dei blastomeri; secondo altri, dall'inizio dell'annidamento.

¹⁰ Ossia testa e tronco. In tal senso, ZANOIO – BARCELLONA – ZACCHÉ, *Ginecologia e ostetricia*, Milano, 2013, p. 475. Il riferimento alla morfogenesi non deve, però, trarre in inganno e far pensare a un piccolo uomo come descritto in letteratura greco-romana come a una sorta di bambino, in quanto il prodotto del concepimento è ancora piccolissimo, con una lunghezza di circa 2,5 cm. A conferma della convenzionalità della preferenza di questa tappa dello sviluppo come discriminare tra embrione e feto, si pensi che vi sono altre tappe parimenti importanti che non sono state considerate a tale titolo: trattasi, ad esempio, della differenziazione del sesso dell'individuo, che si attesta intorno alla dodicesima settimana.

¹¹ Invero, vi è disaccordo anche sul termine delle otto settimane come inizio della fase fetale. A titolo esemplificativo e non esaustivo, si veda KLIEGMAN – BEHRMAN – JENSON - STANTON, *Pediatria di Nelson*, 1, Milano, 2009, p. 40, che colloca il discriminare alla 9ª settimana.

¹² Per una panoramica completa delle tesi sul momento di formazione dell'embrione, argomento che verrà approfondito anche in seguito, si veda M. L. DI PIETRO, *Aborto (parte etica)* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 11 ss.

¹³ Per approfondimenti sulla fallacia dell'argomento volto alla penalizzazione dell'aborto in quanto trattamento contro natura, con ampi riferimenti alle dottrine femministe, si veda S. NICCOLAI, *Aborto: l'ambigua liberazione dalla “natura”*, in *Medicina nei secoli*, 2016, pp. 103-122.

¹⁴ Parole riportate nella Relazione alla proposta di legge del PSI n. 1655 dell'11.2.1973, in AA.VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma. Interventi ed atti di un convegno (20-21 febbraio 1975)*, Napoli, 1975, p. 278.

La riprovevolezza morale dell'aborto è, cioè, legata alla considerazione che si ha del feto¹⁵: l'atto non è biasimevole se il feto si considera come parte del corpo della donna; il discorso cambia se si pensa al feto come a un essere vivente, dipendente dalla donna o addirittura considerato fin dall'inizio autonomo e indipendente. Conseguentemente, la storica diatriba su legalità e illegalità dell'aborto è legata alla differente concezione e al differente valore morale conferito alla vita umana nel suo primissimo stadio di sviluppo.

Vi è invero una dottrina, minoritaria e recente, che considera che il vero problema sotteso alle difficoltà nella regolamentazione dell'aborto sia connesso all'emancipazione femminile e, in particolare, alle spinte che, in senso contrario, proverrebbero dalla parte privilegiata della popolazione, appunto quella maschile¹⁶.

Specificamente, una cultura radicata in Europa fin dal periodo greco-romano vedrebbe la donna come biologicamente inferiore all'uomo e deputata alla filiazione e alla maternità, quasi una "terra da seminare". Detto pensiero sarebbe stato rafforzato, durante il Medioevo, dalla convinzione che la subordinazione della donna all'uomo fosse concorde alla volontà divina¹⁷. Solo dal XIX secolo queste teorie avrebbero iniziato a vacillare, in concomitanza con l'industrializzazione e l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro. Si trattava però dei lavori più umili¹⁸; la donna era ben lontana dall'essere considerata alla pari dell'uomo: basti pensare che solo nel 1945 verrà istituito il suffragio universale in Italia.

Con l'avanzare della donna nella sfera pubblica, sia politica che lavorativa, crescono le preoccupazioni

¹⁵ La questione è una delle principali problematiche oggetto di studio della bioetica; sulle origini, la storia e i tratti distintivi di questa materia si rimanda agli approfondimenti di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio vita*, I, Milano, 2012, p. 26 ss.

¹⁶ In questo senso S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Milano, 2012, p. 139, la quale afferma che la maggior parte delle resistenze all'aborto si spiegherebbe con «la difficoltà di liberare definitivamente le donne dal ruolo sociale loro imposto» e che il dilemma centrale dell'aborto non sarebbe il bilanciamento tra diritti della donna e del nascituro, bensì l'eguale libertà delle donne, giacché l'aborto coinvolge in primo luogo «il destino delle donne nella società e la qualità della loro cittadinanza». Si veda anche la posizione di L. CASTELLINA, in AA.VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*. cit., p. 142 ss., citata anche *infra*, in nota 279. Sulla forte connessione tra importanza culturale del ruolo della donna nella casa e nel materno e avversione all'aborto si veda M. P. FAGGIONI, *Madre* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. 8, Napoli, 2015, p. 1 ss. L'A. illustra l'evoluzione del ruolo della donna dal periodo antico alle lotte per l'emancipazione femminile, indagando come i ruoli sociali e culturali hanno esercitato una pressione psicologica su entrambi i sessi per attribuire alla donna un ruolo funzionale all'uomo (come moglie e madre), avversando l'allontanamento della donna dalla famiglia per motivi professionali e la rottura del binomio uomo/procacciatore di cibo – donna/caregiver. Questa teoria non trova però riscontro unanime tra le tesi femministe: vi è infatti una corrente femminista che nega l'utilità della lotta per il diritto d'aborto sostenendo che la stessa non condurrebbe la donna ad alcuna liberazione sociale ed invitando piuttosto quest'ultima alla prevenzione, ossia a non porsi nella condizione di trovarsi incinta casualmente e involontariamente. Si veda S. NICCOLAI, *Aborto: l'ambigua liberazione dalla "natura"*, cit., pp. 103 ss.

¹⁷ Si veda M. P. FAGGIONI, *Madre* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. 8, cit., p. 1 ss. Si ricordi che tutt'ora alle donne sono preclusi i ruoli maggiormente importanti nella Chiesa cattolica.

¹⁸ Sembra poter scorgere delle analogie tra l'avanzata della donna nella società e quella dello straniero, dapprima relegato ai margini e solo a seguito di svariate lotte quasi equiparato all'autoctono. Allo stesso modo dello straniero, la donna è stata per lungo tempo relegata ai lavori in fabbrica, in campagna, in miniera, praticamente esclusa dalle università e dai mestieri più prestigiosi, nonché dalla politica, tant'è che le decisioni sull'aborto nel corpo della donna vengono sostanzialmente assunte da uomini.

per un suo allontanamento dalla casa e dalla famiglia per dedicarsi ad impegni professionali. È in quest'ambito che si inquadre il contrasto alla legalizzazione dell'aborto: negli anni Sessanta, quando la contraccezione era poco diffusa e comunque era -ed è ancora in gran parte- appannaggio e responsabilità della sola donna, quest'ultima associava la vita sessuale al rischio di rimanere incinta e, dunque, di dover dedicare le sue giornate alla prole, mentre l'uomo doveva lavorare e occuparsi del sostentamento della famiglia. Alla donna restava dunque preclusa la possibilità di costruirsi una propria carriera e indipendenza lavorativa, dovendo anzi prodigarsi per agevolare quella dell'uomo¹⁹, sollevandolo dall'onere di occuparsi dei figli e consentendogli di utilizzare il proprio tempo solo per la propria realizzazione professionale.

In quest'ottica si incrementano le pulsioni non solo legali, ma anche morali e psicologiche, volte a dissuadere la donna dal rifiutare il proprio ruolo familiare, colpevolizzandola nel caso in cui decidesse di abortire²⁰.

Se si pensa che fino alla seconda metà del Novecento erano ancora in piedi palesi manifestazioni di subordinazione della donna all'uomo, è innegabile che la tesi predetta colga nel segno: sicuramente il retaggio culturale e la volontà dell'uomo di tenere i suoi privilegi lavorativi e personali hanno costituito -e forse costituiscono ancora- un significativo ostacolo alla regolamentazione dell'interruzione di gravidanza, che viene ostacolata al pari di molti traguardi necessari all'emancipazione femminile (accesso al lavoro, libertà nella disposizione del proprio corpo, nei costumi, etc.²¹)

Questa posizione sembra, tuttavia, non cogliere la dimensione etica dell'aborto, rimanendo troppo ancorata a quella sociale e finendo, dunque, per trascurare una problematica, quella della natura

¹⁹ Si ricordi l'impianto del diritto di famiglia prima della riforma del 1975 e in particolare il vecchio articolo 144 c.c., che recitava: «Il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno fissare la sua residenza». Lo stesso apporto della donna alla carriera dell'uomo, essendo fatto diffuso, è tutt'ora rilevante, come noto, nella determinazione dell'assegno divorzile.

²⁰ Si è sostenuto che sarebbe erede di questo fenomeno il colloquio preliminare all'interruzione di gravidanza, che si è diffuso da subito in Europa, facendo intendere che l'aborto resta comunque sbagliato, salvo fondati motivi che la donna sarebbe obbligata a dichiarare come in una sorta di confessionale religioso, diffusosi più tardi e in maniera più pregnante in alcuni Stati conservatori degli USA. In quest'ultimo caso, si assiste in realtà a una vera e propria violenza nei confronti della donna, che si spingerebbe in alcuni casi fino a costringere la gestante in procinto di abortire a sentire il medico descriverle l'ecografia, ricordarle che il feto era un "bambino" e che avrebbe ucciso suo figlio. Dette coartazioni risultano essere costantemente sanzionate dalla Corte Suprema. Su quest'ultimo punto si veda C. D'ORTA, *La disciplina dell'aborto: confini giuridici ed etici ed «initium vitae». L'esperienza brasiliana, statunitense e italiana*, in *Comparazione e diritto civile*, 3/2019, p. 1100 ss. Sul primo punto si veda S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 135 ss. Si veda anche L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione. Il problema morale e il ruolo del diritto*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, p. 22 ss. L'A. sottolinea che punire l'aborto implicherebbe non solo la sanzione di un comportamento, ma altresì di una scelta di vita, quella di non voler diventare madri, forzando le donne a proseguire la gravidanza per scopi procreativi non propri e dunque in violazione del principio morale kantiano per cui l'uomo non può essere usato come mezzo per fini altrui. In questo senso anche C. PUNZO, *La bioetica e le donne*, Napoli, 2000, p. 42, che rileva come si accusi una mera scelta e la condanna a morte dell'embrione e si dimentica che la donna ha dei progetti di vita che possono andare oltre o confliggere con la gravidanza, un progetto di vita «non già inteso come esclusivo servizio alla procreazione o alla famiglia»; interessante anche il risultato dello studio citato dall'A. a p. 66, che rileva come in media una donna dedichi ai figli circa 17 anni di cure.

²¹ Finanche nella sfera sessuale. Si ricordi che fino alla fine degli anni Sessanta l'adulterio femminile era sanzionato in modo diverso e più severo rispetto a quello maschile.

dell'embrione, che storicamente è stata al centro dei problemi sull'aborto, quando ancora di emancipazione femminile non si parlava. Né la problematica sulla natura dell'embrione è stata percepita in maniera meno intensa a seguito del ruolo, certamente mutato, della donna nella società moderna. Ed infatti, pacificamente nella cultura europea l'aborto si pone *in primis* come conflitto tra i diritti del nascituro e i diritti della donna²². È tuttavia opportuno sottolineare la connessione della tesi minoritaria con quella della natura umana dell'embrione, giacché l'avversione all'aborto, come si vedrà nel secondo capitolo, ha le sue radici anche nel diritto del *pater familias* sulla propria discendenza.

Tornando alla tesi maggioritaria dapprima enunciata, il problema giuridico si lega allora al problema morale: l'aborto dev'essere punito legalmente per coloro i quali costituisce, innanzitutto, un illecito rilevante nel diritto naturale.

Al versante morale si affianca quello religioso: poiché la concezione della vita ha da sempre avuto un posto privilegiato nella dottrina religiosa, è innegabile constatare come, negli anni, nei Paesi con una religione di Stato, l'illiceità religiosa e l'illiceità giuridica siano andate di pari passo. Basti pensare che l'aborto risulta storicamente praticato in Cina, Russia e Corea²³, tutti Paesi dove il cristianesimo²⁴ non è molto diffuso, mentre risulta gravemente osteggiato in Europa e in Paesi dove tale religione è diffusissima, o addirittura assurge a religione di Stato, come ad esempio l'Argentina, il Brasile e il Perù²⁵.

Sebbene la problematica giuridica sia indiscutibilmente legata a quella morale e religiosa occorre sottolineare, come autorevolmente sostenuto²⁶, che non è compito della legge divenire il braccio armato della morale. Al diritto spetta, infatti, il compito di assicurare la pace e la convivenza civile: dovrà pertanto vietarsi solo un comportamento che rechi danno al prossimo, così ostacolando una pacifica convivenza. Non può, invece, vietarsi un atto solo perché è considerato peccato, senza che leda alcun interesse di pari rango.

La sanzione penale dell'aborto deve pertanto fondarsi su una tesi oggettiva, capace di dimostrare obiettivamente quale danno arrecherebbe l'aborto alla convivenza civile.

Le tesi che si sono sviluppate negli anni hanno anche matrice religiosa: poiché, come già accennato,

²² Vi sono invero altre culture che incentrano la questione dell'aborto su altri valori: ad esempio, nella Repubblica Popolare Cinese, il problema dell'aborto si pone come conflitto tra autodeterminazione procreativa della donna e dovere di fedeltà e ubbidienza alle politiche statali. Si veda R. CAVALIERI, *Aborto nella Repubblica popolare cinese* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. 1, cit., p. 60 ss.

²³ Ciò emerge dai dati sull'aborto riportati in P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 34, 240 ss. Per un punto di vista più recente, riguardo alla Cina si veda R. CAVALIERI, *Aborto nella Repubblica popolare cinese* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. 1, cit., p. 60 ss., che evidenzia come il reato d'aborto fosse stato introdotto solo nell'ambito di una generale recezione del diritto europeo e poi subito abolito, soppiantato da una politica statale volta al contenimento demografico. Riguardo alla situazione più recente sull'aborto in Brasile, dà atto delle gradualità aperture alla legalità, benché la questione sia tutt'ora drammatica, C. D'ORTA, *La disciplina dell'aborto: confini giuridici ed etici ed «initium vitae». L'esperienza brasiliana, statunitense e italiana*, cit., p. 1053 ss.

²⁴ Invero, come si vedrà, l'aborto è severamente condannato anche nelle dottrine buddista e induista; religioni che, tuttavia, non hanno storicamente avuto la medesima forte influenza che ha avuto il cristianesimo sul potere secolare.

²⁵ *Ibidem*, p. 240 ss.

²⁶ Il riferimento è al pensiero di Hobbes, Locke, Bobbio e Mill, citati, nell'ambito del problema in oggetto, da L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, cit., pp. 151-166.

il pensiero religioso spesso permea la cultura di uno Stato e finisce per tradursi in norma giuridica, verrà analizzato, oltre al pensiero laico, anche il pensiero fatto proprio dalle maggiori religioni.

È opportuno, però, fare qualche premessa a queste analisi.

Innanzitutto, occorre sottolineare che prima ancora della diffusione del cristianesimo l'uomo si è interrogato sulla moralità dell'aborto, pervenendo a giudizi anche negativi, che pertanto si slegano da uno sfondo religioso²⁷.

La questione, oggi, si sposta principalmente sul concetto di "persona". Laici e religiosi, allo scopo di giustificare la legalità o l'illegalità dell'aborto, si interrogano, cioè, sulla natura di persona e di essere umano del feto. Queste tesi cercano, in particolare, di individuare un carattere che, sopra ogni altro, definisca la persona come tale; una caratteristica la cui presenza o meno sia in grado di stabilire, oggettivamente e incontestabilmente, se l'embrione ha la personalità.

La questione, che attiene al campo della filosofia del diritto, ha preso le fila storicamente dalla dottrina di Boezio, che ha definito la persona come sostanza individuale di natura razionale²⁸, ritenendo dunque necessaria, per la personalità, la duplice sussistenza di razionalità e individualità. La tesi di Boezio è particolarmente importante, ed è opportuno enunciarla prima di tutte, sia perché ha dato avvio al dibattito sulle caratteristiche della personalità, giacché sulla stessa si sono innestate le successive tesi, sia perché risulta ancora attuale. Specificamente, in relazione al carattere della razionalità, il sistema nervoso è tutt'oggi considerato l'organo che più rappresenta l'essere umano, tant'è che i filosofi si sono interrogati sulla permanenza della personalità di un individuo nel caso di trapianto, integrale o parziale, del suo cervello in altri corpi²⁹.

Esaminando la natura dell'embrione alla luce dei presupposti richiesti da Boezio, è emersa, tra le concezioni funzionaliste e biologiche, la cosiddetta teoria dei 14 giorni, che ha trovato riscontri in ambito sia laico che religioso.

Secondo tale teoria, gli elementi dell'individualità e della razionalità si rinverrebbero nell'embrione solo dopo 14 giorni; prima si qualificherebbe come pre-embrione e sarebbe privo di personalità. Tale tesi si fonda su quattro argomenti principali³⁰. Innanzitutto, prima di due settimane non sarebbe ravvisabile la cosiddetta stria primitiva, che definisce un primo orientamento -un sopra e un sotto-

²⁷ Così il noto pensiero di Ippocrate, ma come lui altri: Clemente Alessandrino testimonia, nel II secolo d.C., la presenza di un pensiero di condanna dell'aborto, ritenuto contrario alla natura e all'umanità. Si veda E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 398-399.

²⁸ Ne dà atto R. PRODOMO, *L'embrione tra etica e biologia. Un'analisi bioetica sulle radici della vita*, Napoli, 1998, p. 5ss.

²⁹ Quesiti esposti in R. PRODOMO, *Ibidem*, p. 86 ss., e frequenti, in particolare, nell'ambito della filosofia analitica inglese, dove si è sostenuto che la filosofia sostanzialistica che si sviluppa dalla tesi di Boezio non possa rispondere a vari quesiti. Tra questi, il seguente: se il cervello di un individuo viene trasfuso, in due metà esatte, nel cranio dei suoi due fratelli, potrà dirsi che tale individuo è sopravvissuto nel corpo dei fratelli? O ancora, se il cervello di un individuo viene trapiantato nel corpo altrui, egli mantiene la sua individualità pur vivendo in un corpo diverso? Tutte queste ipotesi vogliono dimostrare la centrale importanza, per la sussistenza della personalità individuale, del sistema nervoso, e suggeriscono che l'embrione non possa dirsi dotato di personalità umana prima dello sviluppo del sistema cerebrale.

³⁰ Per approfondimenti sulla teoria del preembrione si veda R. PRODOMO, *Ibidem*, p. 29 ss.

dell'embrione, allora simile ad un fagiolo, e fissa il momento superato il quale questo non può essere più diviso senza cessare le funzioni vitali. Il secondo argomento è detto della gemellarità: l'embrione non avrebbe ancora il carattere dell'individualità in quanto potrebbe dividersi e creare due individui gemelli. Terzo argomento è riferito alla possibilità, in quel primissimo lasso di tempo, di fondere le cellule dell'embrione con cellule di diverse specie allo stesso stadio di sviluppo, creando le cosiddette chimere. L'ultimo argomento riguarda la possibilità che nei primi 14 giorni l'embrione modifichi il suo sviluppo e degeneri in una massa tumorale, detta mola vescicolare.

In verità, volendo dare, a rigore, importanza al dato della razionalità, occorre sottolineare che la sua espressione biologica, ossia il sistema nervoso, inizia a formarsi nell'embrione all'incirca alla terza settimana³¹; ben dopo, quindi, i 14 giorni.

Ogni tesi che voglia ricondurre l'acquisto della personalità dell'embrione arbitrariamente a un determinato stadio di sviluppo si rivela, però, insoddisfacente: si tratta di tesi «tutte difendibili e plausibili, ma prive della forza argomentativa per imporsi a tutti»³².

Si è concluso, pertanto, che al legislatore sarebbe precluso regolamentare l'aborto sulla base di una teoria che, seppur riconduca qualità morali all'embrione, come quella della personalità, lo faccia, però, su basi scientifiche. Il legislatore potrebbe, invece, solamente adottare un termine convenzionale decorso il quale la soppressione dell'embrione venga percepita negativamente, tutelando così la pacifica convivenza tra cittadini³³.

Ma è realmente impossibile ancorare la regolamentazione dell'aborto a termini etici e scientifici oggettivi? Si esamineranno di seguito le posizioni religiose e laiche, cercando, in conclusione, di pervenire a un nuovo approdo in grado di dare risposta affermativa al quesito.

3. La posizione cristiana sulla liceità dell'aborto

La posizione cristiana si fonda, più che su ragionamenti sviluppati da dati scientifici, sulle tradizioni delle sacre scritture e sulla posizione ufficialmente assunta dal Papa. Tale concezione si è però modificata nei secoli: fino a tempi recenti³⁴, ancora si distingueva tra feto animato e inanimato e in quest'ultimo caso l'aborto non costituiva omicidio. Solo dopo si è affermato che l'embrione è persona fin dal concepimento e dev'essere trattato e rispettato come un essere umano adulto.

³¹ AA. VV., *Netter. Atlante di anatomia fisiopatologia e clinica: Sistema Nervoso. 1: Encefalo*, Milano, 2014, tav. 1.1 e ss.

³² L'espressione è di R. PRODOMO, *L'embrione tra etica e biologia. Un'analisi bioetica sulle radici della vita*, cit., p. 111. Allo stesso modo, afferma l'irrisolvibilità della questione L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Politeia*, n. 65, 2002, p. 151-166, sostenendo che «la questione se il feto (come l'embrione) è o meno una persona, non è una questione scientifica o di fatto, essendo sul piano empirico indecidibile, bensì una questione morale che ammette soluzioni diverse e opinabili; essa non può essere risolta dal diritto».

³³ Così L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, cit., p. 151-166, che ravvisa tale termine in quello necessario affinché la donna possa autodeterminarsi sulla prosecuzione o meno della gravidanza.

³⁴ Soltanto nel 1869 Pio IX proclamerà l'intangibilità della vita prima della nascita, senza più distinzioni tra feto animato e inanimato

Nell'Esodo³⁵ è scritto che se due uomini lottano tra loro e nel lottare colpiscono una donna gravida, che abortisce, il marito di quest'ultima deve portare l'uomo che l'ha colpita davanti al giudice, che lo condannerà a pagare una multa in misura arbitrariamente determinata³⁶. Emerge chiaramente dal tenore del testo che la *ratio* della norma non riguarda la protezione del nascituro, bensì solamente la tutela del padre, privato del diritto di veder nascere il figlio che aveva concepito³⁷. Si tratta, più specificamente, di un figlio legittimo, giacché la tutela si attiva su istanza del marito della donna che abortisce.

Più tardi affiora un'altra testimonianza di condanna dell'aborto nella Didaché, la dottrina dei dodici apostoli, scritta sessant'anni dopo la morte di Cristo. La riprovazione si esprime condannando gli «uccisori dei figli, che sopprimono con l'aborto una creatura di Dio»³⁸.

L'aborto è chiaramente peccato: tuttavia, poiché il feto non è univocamente considerato come persona, le posizioni si differenziano tra chi ritiene che l'aborto sia sempre omicidio e chi invece distingue tra feto formato, dunque vivo, e feto ancora senza forma, la cui soppressione non rende responsabili di omicidio³⁹. È quest'ultima la concezione che prevarrà negli anni.

Nel 306 d.C., col Concilio di Elvira, è fatto obbligo di negare i sacramenti all'adultera colpevole di aborto volontario⁴⁰. I successivi concili di Alcira e Lerida hanno stabilito penitenze sempre più aspre per colei che abortisce volontariamente, da sé o con ausilio di terzi, a prescindere dalla condizione adulterina⁴¹. Nel 692 d.C., in occasione del Concilio di Costantinopoli, viene per la prima volta stabilita una pena per l'aborto pari a quella dell'omicidio, ossia la scomunica. Il successivo Concilio di Magonza (847 d.C.), tuttavia, riporterà la pena a dieci anni di penitenza⁴². Accanto a queste pene pubbliche si sviluppano, in alcune aree dell'Europa cristiana, delle pene private, che impongono al fedele colpevole

³⁵ Antico Testamento, Esodo, Versetti 21-22.

³⁶ Invero, vi è contrasto su questo assunto: la versione citata è tratta dal testo della *Vulgata*; viceversa, la cosiddetta *Versione dei Settanta* prevede la sanzione pecuniaria solamente per l'aborto di feto non formato. Se il feto è formato si applicherebbe invece la legge del taglione, con conseguente condanna del colpevole alla pena di morte. Cfr., M. BENSÀ, *Dissertationes quas in Genuensi academia amplissimi iuris collegii*, Genova, 1848, p. 74.

³⁷ La *ratio* della norma viene così individuata, tra gli altri, nel testo di C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Bologna, 2008, p. 20.

³⁸ Il passo della Didaché viene riportato in C. FLAMIGNI, *Ibidem*, p. 22.

³⁹ Tra i sostenitori della tesi dell'equiparazione dell'aborto con l'omicidio a prescindere dallo stato di sviluppo del feto vi è San Girolamo, che nel IV sec. d.C. condannava le donne che morivano a seguito di un aborto autoprocurato come responsabili del triplice crimine di suicidio, omicidio di figli non ancora nati e adulterio. Così pure Basilio, che tuttavia prevedeva una pena ridotta (dieci anni di pentimento) rispetto a quella prevista per i rei di omicidio. Esponente della corrente contraria, che differenzia tra feto formato e non, è Gregorio di Nissa; il pensiero era condiviso anche da Sant'Agostino e Teodoro. Per approfondimenti C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, cit., p. 25 e P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 21. Nel periodo precedente, tra i padri apologeti del II-III secolo d.C., spicca il pensiero di Tertulliano, che condanna l'aborto in ogni stadio della gravidanza, anche a fini terapeutici, sulla base del comandamento "non uccidere"; si veda anche G. BEDOUELLE, *Amore e sessualità nel Cristianesimo*, cit. p- 144-145.

⁴⁰ Così riporta P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 22.

⁴¹ P. CARLINI, *Ibidem*, p. 22, specificamente il primo concilio (314 d.C.) prevedeva una penitenza di dieci anni, consistente nella privazione di ogni sacramento; il secondo (524 d.C.) la escludeva dal diritto di ricevere la comunione, prescrivendole di trascorrere il resto della propria vita nelle lacrime e nell'umiliazione. Giova sottolineare che, quando si parla di "anni di pena" relativamente alle pene riportate nei libri Penitenziali, ci si riferisce agli anni in cui è proibito al fedele di recarsi in Chiesa e di ricevere l'Eucarestia e in cui è tenuto a recitare preghiere ed effettuare penitenze particolari. Si veda G. BEDOUELLE, *Amore e sessualità nel Cristianesimo*, cit., p. 149.

⁴² Ne dà atto P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 22.

un digiuno di pane e acqua⁴³.

Tuttavia, si ricordi che, ancora in questo periodo, prevale la teoria della distinzione tra feto animato, la cui soppressione rende colpevoli d'aborto, e feto inanimato. Anche nel 1140 d.C. si ha testimonianza di questo pensiero⁴⁴. È così ancora nel 1211, quando Papa Innocenzo III si pronuncia sulla possibilità di permanenza nell'ordine dei monaci di colui che abbia avuto rapporti sessuali con una donna incinta e, senza volerlo, l'avesse fatta abortire. Il monaco dovrà cessare dalle funzioni religiose solo se è stato abortito un feto formato; l'aborto di feto informe non rileva, al punto che il monaco potrà continuare la funzione sacerdotale⁴⁵.

Nel XIII sec. d.C.⁴⁶ vengono approvate come leggi universali della Chiesa le compilazioni raimondiane⁴⁷, che saranno sostituite solo nel 1917 dal codice di diritto canonico. Le compilazioni confermano la distinzione tra feto formato e non: nel capitolo 20 dell'opera si legge, infatti, che è omicida solo chi abortisce un feto formato⁴⁸.

Nella seconda metà del Cinquecento emerge lo scisma tra chiesa cattolica e protestante. Questo evento dà l'impulso alla cosiddetta controriforma della chiesa cattolica, a seguito del Concilio di Trento. Il pensiero degli ecclesiastici si divide. I canonisti, fino al 1577, concordano nel ritenere che l'aborto è sempre un peccato mortale, anche nel caso di feto non formato⁴⁹. Tuttavia, la scomunica e la sanzione dell'irregolarità, ossia l'impossibilità di esercitare un ministero di culto o di continuare a esercitarlo, riguarda solo l'aborto di feto formato, unico ad essere equiparato all'omicidio⁵⁰. Gli ecclesiastici della

⁴³ Un esempio è ravvisabile nei *Canones Hibernenses*, dove colei che abortisce un feto non ancora formato è punita con tre anni e mezzo di digiuno, pena aumentata a sette anni e mezzo se il feto è formato. Lo riporta G. BEDOUELLE, *Amore e sessualità nel Cristianesimo*, cit., p. 150

⁴⁴ Il riferimento è al *Decretum Gratiani* del 1140 d.C., dove si legge chiaramente che non è omicida colei che abortisce un feto prima che l'anima sia infusa nel corpo del medesimo; lo riporta P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 22. Nello stesso periodo militano, a favore della tesi dell'animazione tardiva, Pier Lombardo e il francescano Bonaventura; si veda anche G. BEDOUELLE, *Amore e sessualità nel Cristianesimo*, cit., p. 152.

⁴⁵ Singolare circostanza riportata da B. HONNINGS, *L'aborto nei decretisti e nei decretalisti: un problema di peccato e di reato*, in *Apollinaris: commentarium juridico-canonicum*, Stato della Città del Vaticano, 1977, p. 255-256.

⁴⁶ Si noti che in questo periodo il diritto civile subisce tantissimo l'influenza del diritto canonico: i clerici sono la classe maggiormente colta e istruita e spesso i giuristi ne fanno parte. È in questi secoli, infatti, che la legge *Cornelia de Sicariis*, risalente al III sec. a. C., viene interpretata per la prima volta nel senso di punire anche l'aborto, sia formato (con la pena di morte, come per gli omicidi) che informe. È curioso, inoltre, il contrasto nella disciplina di allora: da una parte si sosterebbe che la legge civile debba punire l'aborto di feto non formato con esilio o lavori in miniera; dall'altra, però, il diritto canonico, in tale ipotesi, nemmeno interdice il monaco dalla prosecuzione dell'esercizio delle sue funzioni religiose. Tuttavia, anche Papa Innocenzo IV, intorno al 1250, conferma la sussistenza della sanzione civile, affermando che «benché l'abortista prima dell'animazione non sia tenuta alla legge canonica o mosaica, lo è però alla legge Cornelia degli assassini». Vedasi B. HONNINGS, *L'aborto nei decretisti e nei decretalisti: un problema di peccato e di reato*, cit., p. 257.

⁴⁷ Trattasi delle compilazioni dei canoni conciliari e dei decretali pontifici eseguite nel 1234 ad opera del canonista Raimondo di Pennafort.

⁴⁸ B. HONNINGS, *L'aborto nei decretisti e nei decretalisti: un problema di peccato e di reato*, cit., p. 256. L'A. interpreta lo scritto in oggetto nel senso che l'aborto sarebbe sempre omicidio; tuttavia, nel caso di feto informe si è tenuti alla penitenza, mentre solo ove il feto sia già formato la pena è quella della scomunica (e dell'irregolarità per i ministri di culto), come per gli omicidi.

⁴⁹ Così B. HONNINGS, *Ibidem*, cit., p. 259. Il testo cita inoltre vari autori (Durando, Martino di Azpilcueta) secondo i quali anche la contraccezione sarebbe peccato mortale.

⁵⁰ Si veda sempre B. HONNINGS, *Ibidem*, pp. 259-260, che aggiunge che tale pensiero trovava d'accordo tutti i canonisti, dalla seconda metà del 1200 alla seconda metà del 1500. Si specifica, però, che vige la presunzione dell'animazione e formazione fetale. Per la sanzione, inoltre, non occorre il dolo, essendo sufficiente anche la colpa grave o che il fatto

controriforma si concentrano invece sulla necessità di sradicare la pratica dell'aborto effettuato per nascondere una relazione adulterina⁵¹. L'aborto è da loro considerato un peccato tanto grave che, pur potendo essere confessato anche al prete, può essere perdonato solo recandosi personalmente dal vescovo⁵².

La riprovazione nei confronti dell'aborto culmina nel 1588, quando papa Sisto V emana la bolla *Effraenatum*. Tale provvedimento condanna più aspramente che mai aborto e contraccezione, punendo sia l'aborto auto-procurato, sia chi somministra veleni per abortire o indurre la sterilità e sia chi propaganda o consiglia anticoncezionali o l'aborto, prevedendo per tutti la stessa pena dell'omicidio volontario, ossia la scomunica, senza differenziazione a seconda dello stadio di sviluppo del feto⁵³. La bolla impone, altresì, l'immediata sanzione dell'irregolarità per gli ecclesiastici coinvolti nell'aborto⁵⁴.

Tuttavia, dopo soli due anni, nel 1590, Gregorio XIV abolisce la bolla *Effraenatum* e ripristina la concezione della colpa per il solo feto animato, conseguentemente riservando la pena della scomunica a chi abortisce un feto dopo il 40° giorno⁵⁵. La bolla di Gregorio ripristina anche la possibilità di concedere il perdono rivolgendosi al confessore locale piuttosto che al vescovo, ove sussistesse un grave pregiudizio per l'onore delle persone coinvolte⁵⁶. Ciò nell'ottica, ancora una volta, di ridurre gli aborti per adulterio.

Ancora nel Seicento si distingue tra aborto di feto formato e non. Il primo, secondo la maggior parte dei canonisti, costituisce omicidio e dev'essere riservato alla competenza del vescovo, che lo punirà con le equivalenti sanzioni⁵⁷. Tuttavia, è di fondamentale importanza sottolineare che queste pene, che venivano proclamate nella teoria con tanto rigore, trovavano invece difficilmente applicazione nella pratica, ed è verosimile che avessero più efficacia deterrente che sanzionatoria⁵⁸.

Nel 1679 Innocenzo XI condanna la tesi che avalla la liceità dell'aborto di feto inanimato per causa

consegua a un'azione illecita.

⁵¹ L'opinione degli ecclesiastici dopo la riforma è molto severa verso la donna: si insegna il prete a non fidarsi della di lei confessione, poiché si ritiene che la stessa desideri in ogni caso l'aborto e che sia colpevole di peccato mortale anche quando abortisca involontariamente, nel caso in cui abbia effettuato attività fisiche di qualsiasi genere. Specificamente, il riferimento è anche ad attività fisica non eccessivamente stancante, come ballare, o indossare vestiti stretti. Vedasi J. CHRISTOPOULOS, *Abortion and the Confessional in Counter-Reformation Italy*, in *Renaissance Quarterly*, Chicago, 2012, p. 445-6

⁵² J. CHRISTOPOULOS, *Ibidem*, pp. 459-460.

⁵³ Cfr. C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, cit., p. 27; P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 22; E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 682.

⁵⁴ Alla base della bolla riposerebbe la concezione dell'aborto come atto che la donna subiva sotto l'influenza dell'uomo, il quale lo desiderava per nascondere gli effetti della propria lussuria; così riporta J. CHRISTOPOULOS, *Abortion and the Confessional in Counter-Reformation Italy*, cit., p. 467

⁵⁵ Termine, mutuato dalla concezione aristotelica, a decorrere dal quale si collocava convenzionalmente l'animazione del feto. Cfr. C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, cit., p. 27; P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 22

⁵⁶ Ne dà atto J. CHRISTOPOULOS, *Abortion and the Confessional in Counter-Reformation Italy*, cit., pp. 474- 475 e pp. 461-463; l'A. sottolinea che lo spostamento della competenza dal prete al vescovo era anche un modo per controllare le inadempienze dei preti stessi: si dà atto di parecchi casi, documentati, di ecclesiastici coinvolti in casi di stupro o fornicazione. Casi che difficilmente venivano a galla, in quanto essi stessi concedevano il perdono alla donna che aveva abortito in conseguenza del crimine in cui erano coinvolti.

⁵⁷ J. CHRISTOPOULOS, *Ibidem*, cit., pp. 460 e 475.

⁵⁸ J. CHRISTOPOULOS, *Ibidem*, cit., pp. 477-478.

d'onore e la tesi che non consente la parificazione dell'aborto all'omicidio⁵⁹. Ma soltanto nel 1869 Pio IX proclama l'intangibilità della vita prima della nascita, senza più distinzioni tra feto animato e inanimato, condannando il colpevole di aborto alla stessa pena prevista per l'omicida⁶⁰. Tale pensiero, che sarà alla base della cosiddetta teoria dell'animazione immediata, prosegue nella bolla del 1917 di Benedetto XV, coeva al primo Codice di diritto canonico, che pure ne riprende il contenuto, dando continuità alla condanna dell'aborto sin dal concepimento⁶¹.

Nel 1931, durante la vigenza del nuovo Codice penale italiano, che legittima l'aborto solo in caso di stato di necessità e quindi di attuale pericolo di vita della madre, la Chiesa si pronuncia nuovamente sull'ammissibilità dell'aborto secondo la morale cristiana. Pio XI emana l'enciclica *Casti Connubi*, enunciando un pensiero più restrittivo rispetto alla legge vigente: il solo aborto che non costituisce peccato è quello terapeutico indiretto, ossia realizzato mediante somministrazione, alla gestante, di una medicina a scopo curativo⁶².

Giungiamo quindi in epoca recentissima, per menzionare una disposizione di particolare importanza per il prosieguo di questo studio. Il vigente Codice di diritto canonico, pubblicato nel 1983, sanziona l'aborto al can. 1398⁶³. Tra "chi procura l'aborto", secondo l'interpretazione della disposizione, viene compreso non solo chi collabora attivamente all'intervento, ossia la donna consenziente e il terzo che esegue l'aborto, ma anche chiunque abbia collaborato per rendere possibile l'intervento stesso⁶⁴. Questo dato si rivelerà particolarmente significativo nell'analisi della portata dell'obiezione di coscienza all'interruzione di gravidanza.

Tanto sopra esposto, secondo la dottrina cristiana, ad oggi, l'aborto non dev'essere mai praticato, salvo il caso di aborto terapeutico indiretto.

Effettuata una ricognizione delle fonti della dottrina cristiana alla base della condanna dell'aborto, si può svolgere qualche cenno sulla teoria dell'animazione immediata.

In verità, occorre precisare che la Chiesa non ha mai contraddetto la teoria dei 14 giorni, ma ha affermato che, nel dubbio che prima di questo periodo sussistano nell'embrione individualità e

⁵⁹ Specificamente, negli *Erroris doctrinae moralis laxioris*, viene condannata la tesi secondo la quale «Sembra probabile che ogni feto (per tutto il tempo in cui si trova nell'utero) manchi di anima razionale e che cominci inizialmente ad averla quando viene partorito: di conseguenza si dovrà dire che in nessun aborto si commette omicidio».

⁶⁰ Vedi G. BEDOUELLE, *Amore e sessualità nel Cristianesimo*, cit., p. 156; C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, cit., p. 31

⁶¹ Il riferimento è al Codice Canonico del 1917, che prevede, per chi si procura o procura ad altri l'aborto, la pena della scomunica. Cfr. P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 23

⁶² Enciclica *Casti Connubi*, 30 dicembre 1931. È dunque peccato anche l'aborto terapeutico effettuato mediante intervento diretto sul feto, cioè mediante l'espulsione dello stesso, anche se la prosecuzione della gestazione metterebbe a rischio la vita della gestante.

⁶³ È prevista la pena della scomunica "*lata sententia*", ossia irrogata automaticamente per il solo fatto di aver commesso il delitto, a prescindere da una condanna resa dal Tribunale Ecclesiastico.

⁶⁴ Si veda G. BEDOUELLE, *Amore e sessualità nel Cristianesimo*, cit., p. 156. Tale interpretazione riveste particolare rilievo se si pensa all'obiezione di coscienza dei farmacisti per la pillola del giorno dopo, o agli assistenti e infermieri che rivendicano il diritto di non partecipare ad operazioni totalmente estranee ma preliminari rispetto all'intervento interruttivo della gravidanza.

razionalità, occorre rapportarsi ad esso come ad un adulto⁶⁵. Nel *Donum Vitae*, pubblicato nel 1987 dalla Congregazione per la dottrina della fede, si afferma un chiaro obbligo di trattare l'embrione, fin dal concepimento, come essere umano già nato, con conseguente dovere di curarlo e guarirlo⁶⁶. Questi imperativi mostrano all'evidenza i limiti e l'erroneità dell'impostazione cristiana. Come attentamente rilevato⁶⁷, infatti, tali obblighi sono assolutamente inattuabili e finanche contro natura: regolarmente, e all'insaputa della donna, accade che l'embrione fecondato non riesca ad annidarsi nell'utero e conseguentemente si disperda. I suddetti obblighi di cura e guarigione comporterebbero, invece, un obbligo di soccorso di tutti questi embrioni. Altresì è incongruente inferire il carattere di persona, e il conseguente dovere di trattamento parificato all'essere umano già nato, dalla circostanza, seppur scientificamente provata, che l'embrione è vivo. Autorevolmente si è detto⁶⁸, infatti, che questo ragionamento impone surrettiziamente l'equivalenza tra persona ed embrione, senza supporto scientifico, ma basandosi su un'implicita nozione morale del termine persona. Parimenti, dal dato oggettivo che l'embrione è un embrione di essere umano, non è possibile inferire che è persona come il già nato, o equiparabile ad esso⁶⁹, malgrado la realtà empirica ne evidenzi le oggettive differenze, circostanza, quest'ultima, che sarà approfondita nel prosieguo del lavoro. L'ontologica differenza dell'embrione dalla persona è stata riconosciuta finanche da un autorevole giurista notoriamente cristiano⁷⁰.

4. La posizione delle altre religioni

Tra i testi sacri dell'ebraismo, il Talmud descrive il feto come una parte della gestante, in analogia con l'antica concezione greco-romana della "*pars viscerum*"⁷¹. Secondo la tradizione talmudica, solo l'uccisione di una persona è punita con la morte, mentre l'aborto procurato da terzi è punito con un'ammenda determinata dal giudice, su richiesta del marito della donna lesa⁷². Successivamente,

⁶⁵ Si veda R. PRODOMO, *L'embrione tra etica e biologia. Un'analisi bioetica sulle radici della vita*, cit., p. 31 ss.

⁶⁶ È quanto si legge a pagina 13 del *Donum Vitae*: «poiché deve essere trattato come una persona, l'embrione dovrà anche essere difeso nella sua integrità, curato e guarito, nella misura del possibile, come ogni altro essere umano»

⁶⁷ R. PRODOMO, *L'embrione tra etica e biologia. Un'analisi bioetica sulle radici della vita*, cit., p. 35 ss. Così anche M. MORI, *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, in *Dir. Pen. e Processo*, 1997, 4, p. 395, che sottolinea come, in base a questo ragionamento, la naturale circostanza che l'85% degli embrioni non si impiantino nell'utero in conseguenza di aborti spontanei che avvengono all'insaputa della stessa donna, equivarrebbe a una continua strage.

⁶⁸ «Ma la tesi della vitalità dell'embrione, empiricamente vera, non equivale né consente di dedurre quella che l'embrione è una persona» Così L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, cit., pp. 151-166

⁶⁹ Sostiene invece tale equiparabilità tra embrione e adulto G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. It.*, 2, 2010, p. 295 ss. L'A. afferma che «un ordinamento fondato sul principio di uguaglianza, per un verso, non è competente a distinguere fra esseri umani riconoscibili come persone, e esseri umani non riconoscibili come tali; per altro verso, al contrario, ha il dovere di assicurare che ad ogni essere umano corrisponda la qualità di persona.»

⁷⁰ L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, Padova, 2002, p. 105, il quale così si è espresso: «Soggettivamente l'embrione non c'è [...] Questa mancanza di soggettività e questa sospensione tra essere e non essere, tra già-essere e non-ancora-essere, ciò che veramente ha valore, giustificano il diverso trattamento riservato all'embrione in tutte le leggi del mondo».

⁷¹ Per approfondimenti, si veda il paragrafo 1 del capitolo 2 del presente lavoro.

⁷² A. M. RABELLO - D. MILANI - D. ATIGHETCHI, *Intorno alla vita che nasce: Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Torino,

l'Esodo, come già si è visto relativamente alla dottrina cristiana, ha ripreso questa previsione. Vigge invece la legge del taglione, dunque vita contro vita, se dalle percosse deriva, oltre l'aborto, anche il decesso della donna. Si è discusso se la sanzione arbitraria si applicasse solo per l'aborto di feto non formato oppure in ogni caso⁷³. Questo perché l'Antico Testamento ha subito, come sopra si è detto, delle modifiche con la traduzione trasfusa nella cosiddetta Versione dei Settanta. In quest'ultima si afferma che la pena arbitraria sanziona solo l'aborto di feto non formato, mentre la pena capitale sanziona l'aborto di feto formato.

Sia nel Talmud che nell'Antico Testamento, è palese l'intento di sanzionare l'aborto solo come un riflesso della lesione dei diritti dell'uomo: solo lui può sporgere denuncia. Non si ha, invece, alcuna testimonianza della punibilità dell'aborto procurato in sé e per sé.

Nel I secolo d.C. si registra un ulteriore ampliamento dei soggetti sanzionabili per aborto, estendendo la pena arbitraria (o capitale, secondo le interpretazioni), non solo all'uomo che provochi l'aborto colpendo una donna durante una rissa, ma altresì alla stessa gestante che si auto-procuri l'aborto e a qualunque terzo lo procuri a una donna, anche se consenziente⁷⁴.

Si recepiscono le valutazioni, già espresse nella trattazione sulla morale cristiana, relative al fatto che le sacre scritture non considerano il feto una persona sin dal concepimento; gli ebrei non lo collocano, pertanto, sullo stesso piano della gestante, e l'aborto è lecito per salvare la stessa da un pericolo di vita, sebbene con dei limiti. Specificamente, se il parto mette in pericolo la vita della donna, allora sarà lecito abortire, poiché la vita di lei precede quella del feto. Tuttavia, se il parto è in corso di espletamento e il neonato è uscito quasi del tutto dal ventre materno, non si potrà intervenire per salvare la donna, essendovi, solo allora, in gioco due vite autonome⁷⁵.

Al di fuori dell'ipotesi di gravidanza che metta in pericolo la vita della donna, l'aborto non è, in linea di principio, praticabile. Tuttavia, tra i rabbini, vi è chi equipara l'aborto, in ogni caso, all'omicidio e chi, invece, lo giustifica nel caso di pericolo per la salute della donna, di stupro o incesto e di gravi anomalie del feto, consentendolo, però, entro i primi tre mesi di gravidanza⁷⁶.

Relativamente all'islam, occorre premettere che, in questa cultura, religione e legge si fondono: le

2013, p. 87.

⁷³ Vedi *supra*, nota 36. Invero, la versione prediletta dalle interpretazioni dei rabbini è appunto quella della *Vulgata*, che punisce l'aborto solo con un'ammenda quantificata dal giudice. Meno conferme trova la tesi della *Versione dei Settanta*, ossia la pena di morte per l'aborto di feto formato e l'ammenda solo per l'aborto di feto informe. Cfr. A. M. RABELLO - D. MILANI - D. ATIGHETCHI, *Intorno alla vita che nasce: Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, cit., p. 85 ss.; C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, cit., pp. 20-21.

⁷⁴ È il portato dell'interpretazione dello storico ebreo Flavio Giuseppe, di cui si dà atto in G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003, p. 36.

⁷⁵ Vedasi G. GALEOTTI, *Ibidem*, p. 21. Si specifica che i commentatori del testo, contenuto nel Talmud e specificamente nella Mishnà, affermano che la ragione del differente trattamento risiede nel fatto che solo dopo l'uscita della testa del neonato dal ventre materno si ha la nascita e dunque la persona, il cui valore della vita è pari a quello della madre. Cfr. A. M. RABELLO - D. MILANI - D. ATIGHETCHI, *Intorno alla vita che nasce: Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, cit., p. 89.

⁷⁶ Ne dà atto A. M. RABELLO - D. MILANI - D. ATIGHETCHI, *Ibidem*, p. 100 ss.

principali fonti del diritto sono, nell'ordine, il Corano e le *Hadith*, dei racconti sulla vita del profeta Maometto.

Le più autorevoli *Hadith* consentono la pratica della contraccezione, pur nel silenzio del Corano⁷⁷. In uno scritto dell'XI secolo d.C. si dà atto di quattro punti di vista sul *coitus interruptus*: chi lo considera sempre lecito, chi lo punisce sempre, chi lo considera lecito solo col consenso della moglie, chi, infine, lo considera lecito solo se effettuato nell'ambito di un rapporto con una schiava. Da qui si son sviluppate le varie tesi contemporanee, che, ormai, escluso il caso della schiava, riguardano solo i rapporti tra coniugi. Queste teorie, generalmente, si mostrano molto tolleranti e rispettose del pensiero della donna. La maggior parte dei giuristi ammette la contraccezione solo se voluta da entrambi i coniugi. La decisione, quindi, viene lasciata a questi ultimi, guardando con sospetto intromissioni governative; nella scelta rileva anche la concreta possibilità di accudire e mantenere la prole. Restano in minoranza coloro che ammettono la pratica anche senza il consenso della moglie, giudicandolo comunque un atto riprovevole, sebbene lecito. Del tutto isolato il pensiero assolutamente contrario alla contraccezione⁷⁸.

Per quanto riguarda l'aborto, per comprendere il pensiero islamico occorre partire dal testo del Corano, che, nel descrivere il processo di creazione del primo uomo, distingue due fasi: una prima fase nella quale l'uomo è privo di animazione e una seconda nella quale questi riceve lo spirito divino e si anima⁷⁹. Sul preciso periodo dell'animazione nulla è scritto nel Corano, sicché soccorrono anche in questo caso le *Hadith*. Alcune di queste, tradendo un'ispirazione aristotelica, collocano il periodo dell'animazione al 40° giorno di gravidanza. Singolare, invece, la tesi che la colloca al 120° giorno.

Storicamente, è unanimemente condannato l'aborto dopo l'animazione, salvo che per salvare la vita della gestante; diviso, invece, il pensiero sulla liceità dell'aborto prima di quel periodo. Vi sono coloro che lo reputano lecito entro i 120 giorni o i 40 giorni, purché sorretto da idonea motivazione, quale il rischio per la salute della donna o l'impossibilità di accudire e mantenere il nascituro o, ancora, la violenza carnale. Minoritaria, invece, è la tesi di chi lo reputa un peccato anche prima dell'animazione, tuttavia consentendolo a scopi terapeutici⁸⁰.

Poiché religione e diritto si sovrappongono, è possibile analizzare brevemente anche il sistema penale, che origina da un passo del Corano che prescrive, per l'aborto di feto formato, la medesima sanzione prevista per l'omicidio involontario, ossia il pagamento di un indennizzo in denaro o animali. Ciò vale,

⁷⁷ Lo riporta D. ATIGHETCHI, *Islam e bioetica*, Roma, 2009, p. 64 ss. L'A. sottolinea che, proprio a causa di questa apertura dell'Islam nei confronti della contraccezione, i maggiori test antichi e medievali sull'argomento appartengono a medici islamici.

⁷⁸ Per approfondire la posizione dell'Islam sulla contraccezione si veda D. ATIGHETCHI, *Ibidem*, p. 67

⁷⁹ Come noto il Corano ha molte analogie con la Bibbia; non stupisce, pertanto, che si riproponga la distinzione tra feto formato e non illustrata nel paragrafo precedente. Precisamente, il Corano narra che l'uomo fu creato a partire da un grumo d'argilla e che solo successivamente avrebbe ricevuto l'anima da Dio. Questa bipartizione, contenuta nel testo più importante della tradizione islamica, avrà rilievo fondamentale nella successiva disputa sulla qualificazione dell'aborto come atto lecito, consentito ma biasimevole, o proibito. Così D. ATIGHETCHI, *Islam e bioetica*, cit., p. 86 ss.

⁸⁰ Per approfondimenti su entrambe le tesi: D. ATIGHETCHI, *Islam e bioetica*, cit., pp. 88-91

tuttavia, per il feto che, una volta espulso dal corpo materno, mostri segni di vita (movimenti, tosse)⁸¹; viceversa, il colpevole dovrà pagare solo un indennizzo, calcolato equiparando la vita del feto morto a quella dello schiavo, ossia 1/20 della sanzione prevista per l'omicidio colposo⁸². Prima dell'animazione è invece incerta, sempre in base al Corano, la debenza dell'indennizzo ridotto. La gestante che si auto-procura l'aborto è soggetta a una penitenza morale, come il digiuno.

Attualmente, la situazione è cambiata: la dottrina islamica generalmente considera il feto come un essere da rispettare fin dal concepimento, qualificando l'aborto come peccato, in contrasto con le teorie storicamente affermatesi; ciò non vale per l'aborto terapeutico, considerato lecito e consentito prima e dopo l'animazione⁸³. Relativamente alla legalizzazione o repressione penale, il panorama legislativo varia nei numerosi Stati islamici, non essendovi ancora oggi una posizione unanime⁸⁴.

Un cenno, infine, all'induismo e al buddismo, che discende dal primo. Secondo la dottrina induista il feto è già persona e come tale va trattato e rispettato; l'aborto è considerato un grave peccato. Tuttavia, negli anni, si è fatta strada una corrente più tollerante, sfociata, nel 1971, nella legalizzazione dell'aborto in India⁸⁵. Anche secondo la dottrina buddista l'aborto è peccato; tuttavia, il Dalai Lama ha espresso la necessità di valutare la gravità dell'atto caso per caso, secondo le motivazioni concretamente adottate e le circostanze emergenti⁸⁶.

5. Il punto di vista laico

La maggioranza del pensiero laico moderno è favorevole a una regolamentazione o liberalizzazione del procurato aborto, sebbene limitata ai primi mesi di gravidanza. Alcuni autori sostengono che la riprovevolezza morale e la repressione penale dell'aborto siano legati alla diffusione della religione cristiana⁸⁷. Tuttavia, come sopra rilevato, si ha testimonianza di un pensiero eticamente contrario all'aborto anche nel periodo avanti Cristo.

⁸¹ Questa circostanza sembra confermare la tesi dell'animazione dopo i 120 giorni: infatti, i movimenti del feto abortito e la sua vitalità si riscontrano, in genere, non prima del quinto mese.

⁸² Invero, la sanzione veniva calcolata e rimodulata anche tenendo conto di altre circostanze, quali il sesso del nascituro (la vita del maschio avrebbe più valore) o la religione dei genitori. Si veda D. ATIGHETCHI, *Islam e bioetica*, cit., p. 92 ss; A. M. RABELLO - D. MILANI - D. ATIGHETCHI, *Intorno alla vita che nasce: Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, cit., p. 230 ss.

⁸³ Così le più recenti posizioni assunte dagli anni 2000 in poi, secondo quanto riportato in A. M. RABELLO - D. MILANI - D. ATIGHETCHI, *Ibidem*, p. 238 ss.

⁸⁴ A titolo esemplificativo, si possono citare sia Paesi con legislazione estremamente proibitiva, come l'Arabia Saudita, gli Emirati Arabi Uniti, l'Iraq e l'Iran e l'Egitto, sia Paesi liberali, come il Kazakistan, il Kirghizistan, la Tunisia, dove è possibile abortire nei primi mesi, anche al di fuori del rischio di vita della madre, tenendo conto della salute psicofisica, delle condizioni economiche, della violenza carnale e finanche dell'autodeterminazione della donna. Si rileva che la commistione, negli Stati colonizzati, con la religione cristiana, ha avviato un inasprimento delle sanzioni; così riporta A. M. RABELLO - D. MILANI - D. ATIGHETCHI, *Ibidem*, p. 241.

⁸⁵ Che viene largamente praticato, soprattutto in maniera selettiva nei confronti delle femmine, tant'è che, nel 1994, è entrata in vigore una legge che vieta (e punisce con tre anni di carcere) di rilevare il sesso del feto durante la gravidanza.

⁸⁶ G. NADALI, *Sessualità, religioni e sette: amore e sesso nei culti mondiali*, Roma, 1999, p. 155 ss.

⁸⁷ R. PANDINI, *L'aborto in Italia*, cit., p. 77; P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p.17. Cristianesimo e repressione penale dell'aborto sarebbero connessi anche secondo quanto si legge nella Relazione alla proposta di legge del PSI n. 1655 dell'11.2.1973, in AA.VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*, cit., p. 278.

Prima di esaminare gli argomenti a favore della legalizzazione dell'aborto, occorre registrare il dato oggettivo secondo il quale la maggior parte degli studiosi non cristiani negano che il feto sia una persona al pari dell'essere umano già nato.

Il giurista e il filosofo del diritto, condizionati dalla bipartizione gaiana tra persone o cose, hanno cercato di collocare l'embrione in una o nell'altra categoria, o perlomeno son partiti da tale bipartizione per giungere, poi, ad approdi differenti. Per comprendere se l'embrione o il feto è persona si parte altresì dalla già menzionata definizione di Boezio, secondo la quale l'uomo è sostanza individuale di natura razionale.

Partendo da queste premesse, si è evidenziata la necessità di discostarsi dalla nozione comune di "individuo", per concentrarsi su una nozione, più consona allo studio in oggetto, di natura biologica⁸⁸. E infatti, tra le due definizioni si registra una significativa differenza. La prima attribuisce l'individualità all'ente non divisibile e dotato di contiguità spazio-temporale, dunque delimitato da confini netti. Questa definizione si rifà alla concezione del cosalismo, secondo la quale sono individui le "cose" dotate di tale contiguità: ad esempio, i gameti potrebbero definirsi due esseri viventi individuali, i quali, fondendosi, creerebbero un altro individuo, l'embrione.

La nozione di individualità in ambito biologico richiede, invece, un *quid pluris*, che tiene conto del fatto che la biologia si fonda sui processi finalistici degli esseri viventi, al termine dei quali questi diventano altro e sono irriducibili all'essere precedente. L'individualità biologicamente intesa richiede, oltre alla contiguità spazio-temporale, «una stretta subordinazione delle parti al tutto, così che queste parti esistono solo per il tutto»⁸⁹. Si richiede, cioè, una contiguità definibile di natura teleologico-funzionale, dove tutti gli organi e le parti dell'individuo funzionano solo per lo stesso e lo rendono vivo. Si distinguono qualitativamente, secondo quest'ottica, vari tipi di individuo, a seconda delle funzionalità dello stesso: individuo vegetativo, animale, umano, etc. In base a questa tesi, l'embrione è stato definito un pre-individuo⁹⁰, poiché non soddisfa entrambi i requisiti per assurgere allo stato di "persona"; pertanto, pena la violazione del principio di uguaglianza, non va trattato alla stessa maniera di quest'ultima.

C'è chi, invece, restando più ancorato alla bipartizione gaiana, ha chiaramente definito l'embrione una cosa⁹¹: una cosa naturale, un agglomerato di cellule viventi, ma pur sempre una cosa, facente parte del corpo della donna⁹². Tuttavia, nell'ambito di questa tesi, si è affermato che l'embrione possiede il

⁸⁸ Il riferimento è a M. MORI, *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, cit., p. 395

⁸⁹ M. MORI, *Ibidem*, p. 395. L'A. cita il biologo F. Raffaele.

⁹⁰ M. MORI, *Ibidem*, p. 395. L'A. definisce l'embrione «un pre-individuo [...] che soddisfa una condizione dell'individualità (la contiguità spazio-temporale), ma non l'altra (la subordinazione delle parti al tutto)».

⁹¹ C. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2003, 6, p. 457 ss. Egli scrive: «vorrei stabilire il dominio dell'embrione, e da esso lo statuto, al mondo delle cose. Cose viventi e cose umane: ma pur sempre cose che appartengono all'ordine della natura. L'embrione ed il feto sono cose della natura che non appartengono al diritto civile». Così come, sempre alla categoria delle cose, appartengono altre parti del corpo umano, quali il sangue, gli organi, etc.

⁹² Si richiama così la classica accezione di feto come *pars viscerum mulieris*. In tal senso si esprime, ancora, Mazzoni: «il rilievo

carattere dell'individualità e che possiede tutti gli elementi organici e biologici che lo caratterizzano come essere umano. Sebbene si consideri parte della gestante, si è dunque definito l'embrione «un individuo, nel senso che non è divisibile»⁹³, sposando una nozione di individualità diversa da quella precedentemente esposta e che potremmo definire di carattere comune e generico.

L'argomento della mancanza di indipendenza del feto, giacché trae la vita da un altro essere umano, ossia la donna, verrà esaminato nelle conclusioni, in quanto strettamente legato alla tesi che si intende sostenere.

Da quanto sopra illustrato, emerge che lo stato dell'arte, contrario all'equiparazione tra persona e feto, fa perno in particolare sui concetti di individualità e indivisibilità, seppur giungendo a conclusioni differenti. È da questi concetti che si partirà per elaborare una nuova teoria che cerchi di risolvere le questioni analizzate, individuando un chiaro elemento oggettivo di riferimento che giustifichi il diverso trattamento del feto.

Passando ora alla traduzione di tali idee in posizioni riferibili alla legge, sono molti gli argomenti che si adducono a favore della legalizzazione dell'aborto.

Innanzitutto, dall'inizio dell'Ottocento si diffonde la teoria malthusiana, secondo la quale è necessario frenare la crescita della popolazione per impedire che dilaghi la povertà. Infatti, l'opera di Malthus⁹⁴ sostiene che le risorse disponibili non saranno mai capaci di far fronte a un eccessivo sovrappopolamento. L'autore, pastore protestante, concludeva il suo saggio auspicando vari metodi cristiani per impedire la crescita della popolazione, come l'astensione dai rapporti sessuali. Tuttavia, l'argomento di Malthus costituirà uno dei capisaldi della teoria favorevole all'aborto: occorre frenare l'incontrollata crescita della popolazione, soprattutto tra le classi povere, per impedire che i nuovi nati siano abbandonati o destinati a vivere nella miseria e nella delinquenza. Infatti, sono soprattutto le classi povere, tutt'ora, a non avere accesso alla contraccezione e a non poter ricorrere all'aborto in condizioni di sicurezza. Ad esempio, nell'Italia del Novecento in una famiglia, generalmente, è solo il padre che lavora e deve mantenere col proprio stipendio dai cinque ai dieci figli o oltre⁹⁵.

Un altro risvolto negativo della repressione legale dell'aborto è proprio la discriminazione economica che di fatto genera⁹⁶: le donne ricche possono procurarsi anticoncezionali o abortire all'estero, mentre

costituzionale della nozione di "uomo" [...] viene forzato fino ad estendersi all'uomo potenziale, che nascerà da utero di donna, ma che vive nel frattempo come parte di lei». Si veda C. MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, 3, p. 119 ss.

⁹³ C. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, cit., p. 457 ss.

⁹⁴ R. T. MALTHUS, *Saggio sul principio della popolazione*, Torino, 1997, edizione a cura di G. Maggioni.

⁹⁵ Dati riportati in M. L. ZANARDINI DE MARCHI, *Inumane Vite*, Milano, 1969, p. 63. L'A. testimonia che nelle borgate romane, zona di estrema povertà, le donne fertili effettuavano anche oltre 20 aborti clandestini. Quando ciò era impossibile, i nuovi nati, per i quali non rimanevano mezzi di sostentamento, erano destinati a vivere in baracche con un solo letto all'interno della cucina, rischiando di morire per malattia nei primi anni di vita o di incappare nella criminalità durante l'adolescenza per provvedere al proprio sostentamento.

⁹⁶ Così la Relazione alla proposta di legge del PCI n. 3474 dell'14.12.1975, in AA.VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*. cit., p. 210 ss. Sottolinea tale problema anche F. DAMBROSIO, *Maternità, contraccezione e aborto: problema di classe*, in E. BADARACCO – F. DAMBROSIO, M. BUSCAGLIA (a cura di), *Maternità cosciente*, Milano, 1976, p. 31, evidenziando come i

le donne povere, spesso, non possono pagare neppure l'intervento clandestino, oppure vi sono scoraggiate dai gravissimi rischi che correrebbero per la propria salute.

Un altro argomento confuta la tesi secondo la quale l'aborto sarebbe illecito perché contrario alla natura umana. A chi sostiene che in natura vi è il bisogno di moltiplicarsi, si è replicato che questo bisogno non degenera mai in una moltiplicazione incontrollata della specie⁹⁷. Inoltre, diverso dal bisogno di riprodursi, è il bisogno, proprio della sola specie sessuata, di appagare l'impulso sessuale: quest'ultimo ben può scindersi dal primo, mediante l'utilizzo degli anticoncezionali, facendo in modo che non ogni rapporto sessuale conduca al concepimento. A completamento del discorso, si aggiunga che è assolutamente consuetudine dell'uomo moderno elidere le leggi e il corso della natura per perseguire il proprio benessere. Ciò lo si comprende tanto più alla luce della moderna nozione di salute, definita dall'OMS come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non [...] solo [...] assenza di malattia o d'infermità»⁹⁸.

Questa nozione di salute offre il destro per ricollegarsi al successivo argomento, relativo al diritto della coppia e della donna di non subire una genitorialità indesiderata, o addirittura imposta da uno stupro. Si afferma, viceversa, il diritto di poter consapevolmente e responsabilmente decidere quando procreare e quanti figli avere⁹⁹. Infatti, si dice, una maternità sostanzialmente imposta dallo Stato, con conseguente nascita di un figlio indesiderato e spesso difficile o impossibile da mantenere, ha necessariamente ripercussioni negative sul benessere psicofisico della donna o della coppia.

Infine, l'argomento portante a favore della legalizzazione dell'aborto è dato dall'enormità di morti che genera l'aborto clandestinamente procurato. Infatti, poiché è un dato immutabile che il feto, benché essere vivente distinto dalla donna e dotato di propri organi, cresca all'interno del corpo materno, è concretamente impossibile impedire alla gestante di intervenire sul proprio ventre, interrompendo la gravidanza, a meno di non privarla della libertà personale. La repressione penale dell'aborto, come insegna la storia, non impedisce l'aborto stesso, ma provoca il ricorso alla clandestinità, alimentando un

dati sulla mortalità da gravidanza fossero maggiori proprio nel sud Italia, dove era più diffusa la povertà.

⁹⁷ Precisamente, la contraccezione violerebbe la legge di natura solo quantitativamente, non qualitativamente, consentendo la riproduzione in maniera controllata; così G. MACCARO, *Maternità volontaria e demografia autoritaria*, in F. DAMBROSIO, *Maternità, contraccezione e aborto: problema di classe*, in E. BADARACCO – F. DAMBROSIO, M. BUSCAGLIA (a cura di), *Maternità cosciente*, cit., p. 47 ss. Sul rapporto tra natura e aborto si veda anche S. NICCOLAI, *Aborto: l'ambigua liberazione dalla "natura"*, cit., pp. 103-122

⁹⁸ Preambolo della costituzione dell'OMS, 22/07/1946, New York. Ed inoltre, come è stato evidenziato, è anzi nella natura dell'uomo superare la propria natura (dal latino *natura*, nascita) a favore della cultura (dal latino *cultura*, coltivazione, educazione). Mentre la natura riduce la cosa al suo stato nativo, iniziale, la cultura sottolinea l'ambizione di evoluzione gnoseologica propria dell'essere umano, che può pertanto definirsi "un essere di cultura, non di natura". Così A. LEONARD, *Le fondément de la morale*, Parigi, 1991, p. 230.

⁹⁹ F. DAMBROSIO, *Maternità, contraccezione e aborto: problema di classe*, in E. BADARACCO – F. DAMBROSIO, M. BUSCAGLIA (a cura di), *Maternità cosciente*, cit., p. 26, menziona a riguardo il dibattito tenutosi in occasione della conferenza ONU a Bucarest, dove si discuteva sul diritto delle coppie di decidere quanti figli avere e ricevere piena istruzione contraccettiva. G. MACCARO, *Maternità volontaria e demografia autoritaria*, cit., p. 45, ribalta la prospettiva consueta, definendo l'aborto come un problema di "interruzione della maternità involontaria". Si vedano anche i rilievi di cui *supra*, nota 20, in particolare relativamente alla singolarità di una sanzione penale volta a punire una scelta di vita.

mercato nero e mettendo a rischio la vita della donna e del feto stesso¹⁰⁰. Con la conseguenza che, talvolta, oltre al diretto risultato dell'aborto, ossia l'espulsione del feto, ne deriva anche il decesso della donna, la quale spesso lascia anche dei figli orfani.

La norma sanzionatrice, inoltre, non assolve neppure alla funzione preventiva del diritto penale: i numerosi aborti rilevati durante la repressione legale dimostrano che le donne sono disposte ad accettare il rischio di essere coinvolte in un'indagine pur di raggiungere lo scopo, anche considerato il bassissimo numero di condanne per aborto, dovuto alla difficoltà di scoprire il reato¹⁰¹.

6. L'influenza della religione sulla morale comune e sul diritto italiano

Esposte le tesi laiche e religiose, prima di giungere a una conclusione è bene approfondire il rapporto che si crea tra religione, da una parte, e diritto e società dall'altra, quando la prima è largamente diffusa in uno Stato.

Fin dall'età antica, il cristianesimo ha trovato ampia diffusione nelle regioni italiche e successivamente in tutta Europa. Per tanti anni la Chiesa ha palesemente ricoperto un ruolo politico e ha addirittura gestito un proprio Stato, dal lato non solo spirituale, ma anche giuridico. Ha inoltre esercitato la propria influenza sui conflitti tra le grandi potenze, dimostrando di essere uno dei maggiori punti di riferimento nella civiltà e nella storia europea.

L'importanza della religione per la società e per la legge è dovuta al fatto che la prima costituisce sostanzialmente la base delle seconde. Nel promuovere la pacifica convivenza tra i cittadini, i valori cristiani hanno tradizionalmente giocato un ruolo fondamentale; relativamente al diritto, è innegabile che l'archetipo del giudice sia il sacerdote. Si è affermato, altresì, che la religione costituisce l'unico fondamento non arbitrario della giustizia¹⁰²: da cosa i cittadini dovrebbero sentirsi obbligati, se non da una volontà divina?

E così, inevitabilmente, la religione si è mescolata col diritto: le posizioni dell'etica religiosa hanno avuto un riflesso anche sul diritto penale. Per quanto in questa sede interessa, (come si approfondirà nella parte storica di cui al capitolo successivo) tale circostanza ha comportato che, man mano che la dottrina cristiana inaspriva il proprio punto di vista sull'aborto, quest'ultimo venisse represso sempre più severamente a livello penale. Se può non stupire che nel medioevo l'aborto sia stato addirittura equiparato all'omicidio, esattamente come disposto dalla dottrina cristiana, e conseguentemente sanzionato con la pena di morte, è sicuramente curioso constatare come tale pena si ritrovi anche in età

¹⁰⁰ Tra i tanti, sottolinea in questi termini l'inefficacia della repressione penale per l'alto numero di aborti clandestini G. MARTINOTTI, in *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma. Interventi ed atti di un convegno (20-21 febbraio 1975)*, cit., p. 53.

¹⁰¹ Vedi infra, capitolo 2, paragrafo 4.

¹⁰² Così F. D'AGOSTINO, *Diritto, religione e secolarizzazione*, in *Riv. fil. dir.*, fascicolo speciale, dicembre 2013, p. 9

moderna¹⁰³ e addirittura nei codici di uno Stato dell'Italia preunitaria dell'Ottocento¹⁰⁴.

La grande influenza della Chiesa sul diritto italiano è dovuta, oltre al fatto che il cristianesimo trova l'intimo consenso di molti cittadini, al fatto che, per usare le parole di un noto autore, «la Chiesa vuole essere non la controparte in rapporti bilaterali che la riguardano specificamente, ma la rappresentante di un *ethos* generale che avanza la sua candidatura a valere per la società tutta intera, per esempio su questioni come il divorzio, l'aborto, la ricerca scientifica»¹⁰⁵. La sessualità, la famiglia, i rapporti interpersonali in generale, costituiscono infatti i nuclei forti dell'identità ed eredità di ciascuna religione, nonché le principali tematiche sociali con le quali anche la legge deve rapportarsi.

Tale egemonia etica, la Chiesa la impone non solo mediante la dottrina cristiana, ma anche con insistenti pressioni effettuate, sia direttamente che indirettamente, dalla morale comune, che ormai ha interiorizzato tale dottrina. Ad esempio, colei che decide di abortire, molto spesso non può confidarsi con genitori o amici per timore di essere mal giudicata. Anche rivolgersi al personale sanitario o al sostegno di un'associazione pro-aborto può rivelarsi un'esperienza costellata da istanze dissuasive, pur non richieste¹⁰⁶.

Con l'Illuminismo si avrà la prima grande critica al religioso, che aprirà la strada a un processo di secolarizzazione che coinvolgerà tutta l'Europa. Questo processo vuole escludere la religione dalla sfera pubblica, sulla base della convinzione che le religioni creino conflitto e siano, perciò, in qualche modo pericolose¹⁰⁷, e che perseguano interessi non sempre in linea con quelli statali. Un esempio pratico della secolarizzazione è costituito dalla desacramentalizzazione del giuramento, espressione della ferma volontà di espungere il religioso dal linguaggio giuridico.

In Italia, in realtà, la secolarizzazione si è attuata mediante un lungo processo a rilento, a causa del fortissimo e storico radicamento della religione cattolica. La religione cristiana è stata proclamata religione di Stato per la prima volta durante l'Impero Romano nel IV secolo d.C.¹⁰⁸. Il principio è stato da ultimo proclamato nello Statuto Albertino del 1848 e successivamente esteso all'Italia post-unitaria e ripreso dall'articolo 1 dei Patti Lateranensi del 1929. Anche la Costituzione non ha modificato la

¹⁰³ Il riferimento è alla *Constitutio Criminalis Carolina* e a una raccolta di leggi penali pubblicata nel 1786 in Toscana da Leopoldo II. Per approfondimenti si rimanda al paragrafo 3 del capitolo 2 del presente lavoro.

¹⁰⁴ Così il Codice penale di Modena del 1814.

¹⁰⁵ G. ZAGREBELSKY, *Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici*, in A. Ferrara (a cura di), *Religione e politica nella società post-secolare*, Roma, 2009, p. 49.

¹⁰⁶ Come esempio su tutti, oltre al noto fenomeno dei pro-life che puntualmente si trovano davanti alle cliniche abortiste negli USA il cui impatto è stato ben documentato nel film *Tre donne* (1977), si cita l'episodio riportato da M. L. ZANARDINI DE MARCHI, *Inumane Vite*, cit., pp. 207-214. L'autrice, nonché promotrice dell'associazione AIED, fortemente attiva, prima della legalizzazione dell'aborto, mediante somministrazione di anticoncezionali alle donne delle borgate romane, testimonia un vero e proprio ostruzionismo da parte delle associazioni cattoliche. Queste ultime, sebbene in teoria le donne fossero libere di assumere il farmaco contraccettivo, rintracciavano le medesime cercando di dissuaderle dall'assumere l'anticoncezionale, offrendo loro insistentemente un sostegno economico per i primi sei mesi di vita del neonato.

¹⁰⁷ Così riporta F. D'AGOSTINO, *Diritto, religione e secolarizzazione*, cit., p. 11.

¹⁰⁸ Il riferimento è alla decisione dell'imperatore Teodosio I nel 380 d.C.

situazione: nonostante l'articolo 8, a differenza che in altre Costituzioni, stabilisca il principio di uguaglianza di tutte le religioni davanti alla legge, la nostra Carta non sancisce la laicità dello Stato italiano.

Bisognerà attendere il 1984 affinché, con la riforma dei Patti Lateranensi, si dichiarino non più vigenti l'articolo 1 del Concordato stesso, abbandonando, dunque, definitivamente l'impostazione confessionale in Italia. Qualche anno più tardi, la Corte costituzionale¹⁰⁹ confermerà l'importanza di questo principio, qualificandolo al di sopra di ogni norma costituzionale e non soggetto a procedimento di revisione.

La secolarizzazione risponde a quel bisogno di affermare la centralità della ragione a discapito delle credenze religiose, fondando su un'etica laica i principi su cui si basa la pacifica convivenza sociale: uguaglianza, non discriminazione, tolleranza etc. Estirpando tali principi dalla loro, seppur innegabile, radice religiosa, lo Stato viene posto al riparo da guerre di religione e simili conflitti. In particolare, la storia ha dimostrato che, a dispetto dell'etica professata, la Chiesa cristiana è stata a lungo alleata dell'assolutismo, del capitalismo, del colonialismo, della schiavitù e finanche dell'antisemitismo¹¹⁰.

È proprio al termine del disastro antisemita e della Seconda guerra mondiale che i principi della secolarizzazione e dello Stato laico trovano maggiore espressione e fondamento etico, mediante la promulgazione delle Carte dei diritti umani.

Tuttavia, la fase della secolarizzazione sembra essere recentemente entrata in crisi, a favore della cosiddetta post-secolarizzazione o deprivatizzazione del religioso. Infatti, c'è chi sostiene che l'aver sostituito il fondamento divino del potere (politico, giudiziario), con le nozioni laiche di nazione, popolo, o con i valori etici privati della loro componente religiosa, abbia rivelato dei punti deboli¹¹¹. Specificamente, questi concetti non sarebbero abbastanza forti da radicarsi ed essere interiorizzati dai cittadini. Questi valori etici, cioè, non dovrebbero solo essere dichiarati e garantiti, ma dovrebbero anche essere fondati e questo fondamento, l'uomo, sarebbe portato a cercarlo necessariamente in un'entità superiore¹¹². Altro elemento critico sarebbe il senso di confusione e incertezza derivato dal relativismo etico-giuridico emerso come conseguenza dell'abbandono delle certezze sociali apportate dai dogmi religiosi¹¹³.

Le istanze per la legalizzazione della maternità surrogata, per l'adozione da parte di coppie

¹⁰⁹ Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203, in *Guida al dir.*, 2004, 8, p. 94 ss.

¹¹⁰ Così evidenzia C. CARDIA, *Antropologia, religione, diritto*, in *Quaderni dir. e pol. eccl.*, fascicolo speciale, dicembre 2015, pp. 247-249

¹¹¹ In tal senso F. D'AGOSTINO, *Diritto, religione e secolarizzazione*, cit., pp. 12-13. Egli, citando Kelsen e il suo porre a fondamento del sistema giuridico una Grundnorm, ne evidenzia le debolezze, interrogandosi sul perché una norma fondamentale dovrebbe obbligare gli esseri umani i quali non si sentono obbligati neppure dalla volontà divina.

¹¹² Tant'è che lo stesso D'Agostino (*Ibidem*, p. 14) cita a esempio il giuramento, che è ormai inevitabilmente svalutato, essendo privato della sua sacralità.

¹¹³ Circostanza sottolineata dall'analisi di C. CARDIA, *Antropologia, religione, diritto*, cit., pp. 250-251, che però ne prende le distanze e cita il pensiero espresso nel 1990 da Charles E. Larmore secondo il quale lo Stato «non dovrebbe cercare di promuovere alcuna concezione particolare della vita buona per via della sua presunta superiorità intrinseca».

omosessuali, per lo sfruttamento scientifico degli embrioni per la ricerca, sarebbero solo alcuni esempi delle conseguenze di tale relativismo etico. Terzo fattore che avrebbe posto in crisi la secolarizzazione sarebbe la consistente ondata di immigrazione, in Italia e non solo, che avrebbe suscitato un sentimento di nostalgia identitaria e di ritorno alle radici¹¹⁴. Ne sono esempio la questione del crocefisso¹¹⁵ e, a livello politico, l'emersione di partiti regionali¹¹⁶.

Questo nuovo ritorno del religioso in Italia è testimoniato anche dalla posizione che, nel 1996, il Comitato Nazionale per la Bioetica, organo consultivo della Presidenza del Consiglio dei ministri, ha espresso relativamente alla questione del trattamento eticamente dovuto all'embrione anche nei primi 14 giorni di sviluppo¹¹⁷. La posizione assunta dall'organo, notoriamente composto da una maggioranza cattolica, è stata quella di dover trattare il cosiddetto pre-embrione come essere umano, pur nella dichiarata incertezza che in tale primissima fase ne abbia i requisiti biologici¹¹⁸.

Anche se i dati sembrerebbero smentire un ipotetico ritorno al religioso, con una riduzione dei cristiani in Italia, si stima che attualmente quasi il 75% della popolazione si dichiari cattolica¹¹⁹. È una maggioranza schiacciante, che tuttavia non può mai condurre alla modifica o all'approvazione di una norma solo per motivi morali, in quanto, come ha affermato da ultimo la Corte EDU, «le preoccupazioni attinenti a considerazioni d'ordine morale o all'accettabilità sociale [...] devono essere prese sul serio»; tuttavia «non varrebbero, da sole, a giustificare un divieto totale»¹²⁰.

La morale cattolica resta comunque molto diffusa nella nostra società, così che, inevitabilmente, si incontra una resistenza a descrivere l'embrione o il feto per ciò che chiaramente è, ossia un'entità diversa dall'uomo già nato. Per riprendere le parole di autorevole dottrina, «la gestione normativa dell'essere umano non ha mai avuto il coraggio di affermare la realtà, e la realtà, dell'embrione e del feto. Ha avuto sempre il timore di cadere nell'oltraggio alla sacralità della vita».¹²¹

Nel prossimo paragrafo ci si occuperà proprio della ricerca di una teoria basata su dati oggettivi, capaci di suffragare la tesi secondo la quale l'embrione non è uomo, non è individuo, e pertanto i suoi

¹¹⁴ Argomento sviluppato dall'interessante analisi di S. FERRARI, *Diritto, religione e spazio pubblico*, in *Riv. fil. dir.*, fascicolo speciale, dicembre 2013, p. 35 ss.

¹¹⁵ Corte EDU, 18 marzo 2011, *Lautsi c. Italia*, in *Foro It.*, 2011, 4, n.4, p. 181 ss.

¹¹⁶ Il riferimento è, in primo luogo, all'ex Lega Nord. Si veda, in particolare, la proposta di legge della Lega n. 1238 del 4 ottobre 2018, volta ad istituire l'adozione del concepito come deterrente all'aborto. La proposta risulta attualmente assegnata alle Commissioni riunite II Giustizia e XII Affari sociali in sede Referente, dal 15 marzo 2019.

¹¹⁷ *Identità e statuto dell'embrione umano*, pubblicato sul sito <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte>

¹¹⁸ È stata definita la posizione del "come se" da R. PRODOMO, *L'embrione tra etica e biologia. Un'analisi bioetica sulle radici della vita*, cit., pp. 38-39. Tale posizione risulta confermata anche nel più recente documento del 2003 sulle *Ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali*, dove si legge che l'embrione è una vita umana «a pieno titolo». Correttamente è stato rilevato che il problema del trattamento da assumere nei riguardi dell'embrione è questione differente dalla natura del medesimo. In quest'ultimo senso, M. MORI, *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, cit., p. 395

¹¹⁹ Dal dossier di studi Ipsos del 2017 *I cattolici tra presenza nel sociale e nuove domande alla politica*, emerge che i cristiani (praticanti e non) dichiarati sono scesi dall'85,4% del 2007 al 74,7% del 2017.

¹²⁰ Così si è pronunciata, in materia di fecondazione assistita, Corte EDU, 3 novembre 2011, n. 57813, in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, 3, n.1, con nota di Murgo, p. 224 ss.

¹²¹ Sono le parole di C. MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, cit., p. 119 ss

diritti devono necessariamente soccombere rispetto a quelli della donna/gestante, seppur con determinati limiti.

7. Considerazioni conclusive: una nuova tesi basata sulla dipendenza del feto dalla donna

Si è visto come la riprovevolezza morale dell'aborto, che è all'origine della disputa sull'opportunità della sua legalizzazione, sia legata al concetto di feto come persona. Si è anche evidenziato come questa concezione, praticamente assente nella dottrina scientifica laica, è invece un punto fisso in ambito religioso. Ci si è infine soffermati sul legame tra religione di Stato, o religione maggiormente diffusa nel Paese, e repressione legale dell'aborto: è emerso come, in passato, spesso la pena dell'aborto è stata accostata a quella dell'omicidio, in linea con la concezione della maggior parte delle dottrine religiose che equipara il feto alla persona.

Occorre ora tirare le fila del discorso e spiegare perché, attualmente, questa concezione può dirsi superata. Per farlo si partirà dalla nozione di persona, analizzando in particolare i concetti di individualità e indivisibilità sui quali si è già concentrata autorevole dottrina¹²², per giungere, infine, a conclusioni nuove.

Bisogna premettere che non è in discussione la natura umana del feto. Come di fronte a una gatta incinta si direbbe, senza esitazione, che porta nel ventre dei feti di gatto, così è innegabile che la donna porti nel grembo il feto di un essere umano. Tuttavia, si è aggiunto un *quid pluris*: si è detto, cioè, che il feto è persona, al pari dell'essere umano già nato. Occorre, allora, tornare sui tratti che caratterizzano la persona.

Si definisce “persona” un individuo della specie umana¹²³. Si definisce “individuo”, dal latino *individuus* (indiviso, indivisibile), ogni organismo, animale o vegetale, uni- o pluricellulare, che non può essere suddiviso senza perdere le sue caratteristiche strutturali e funzionali.

Attenta dottrina si è soffermata sul fatto che l'individualità, biologicamente intesa, richiede, oltre alla contiguità spazio-temporale, ossia l'unità dell'individuo e il suo delimitarsi in confini netti, altresì «una stretta subordinazione delle parti al tutto, così che queste parti esistono solo per il tutto»¹²⁴. L'individuo, quindi, deve trarre la vita da sé stesso; dev'essere, potremmo dire, autosufficiente. All'interno, cioè, dei suoi confini spazio-temporali, ogni sua parte deve svolgere una funzione che rende possibile la sua esistenza come organismo individuale. Chi ha abbracciato questa teoria è giunto alla conclusione che il feto non è persona, bensì un pre-individuo¹²⁵. Ciò in quanto è dotato solo di una delle due caratteristiche

¹²² Ci si riferisce al Mori, al Mazzoni e al Ferrajoli, ampiamente citati nelle note dei paragrafi precedenti.

¹²³ Definizione classica, che non necessita approfondimenti, tratta dal vocabolario Treccani.

¹²⁴ Così M. MORI, *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, cit., p. 395, che cita il biologo F. Raffaele.

¹²⁵ M. MORI, *Ibidem*, p. 395. Il Mori definisce l'embrione «un pre-individuo [...] che soddisfa una condizione dell'individualità (la contiguità spazio-temporale), ma non l'altra (la subordinazione delle parti al tutto)».

necessarie per la sussistenza dell'individualità, ossia la contiguità spazio-temporale, ma non della subordinazione delle parti al tutto.

Questa situazione di non autosufficienza, come si approfondirà a breve, è diversa da quella di chi, per problemi fisici, vive grazie a un macchinario: il feto non vitale è infatti ontologicamente non-autonomo, mentre l'essere umano malato lo è solo accidentalmente. Inoltre, il fatto che l'embrione viva dentro un altro essere umano -autosufficiente- comporta una necessaria differenziazione della problematica, essendo evidente che in caso di dipendenza da un macchinario non c'è nessuna persona controinteressata rispetto alle decisioni sulla salute della vita non-autosufficiente.

Soffermandosi nuovamente sulla semantica lessicale dei termini "persona" e "individuo" nella loro accezione biologica, si può, già sulla loro base, pervenire alla conclusione che il feto non è una persona, mancando dell'indivisibilità propria dell'individualità. O meglio, come si vedrà, tale non è finché i suoi organi non raggiungono una maturità tale da consentirgli di vivere anche fuori dal ventre materno, dividendosi, appunto, dalla madre. Se infatti è vero che l'embrione è -rispetto a sé stesso - indivisibile, se gestante ed embrione fossero due individui distinti, secondo la tesi della personalità dell'embrione allora questi dovrebbero potersi dividere l'uno dall'altra. Invece così non è, almeno nei primi mesi di gestazione.

Per meglio comprendere la questione è utile richiamare i concetti civilistici di vivo e vitale. È vivo il neonato che, dopo il parto, compie almeno un respiro. È vitale, invece, il neonato i cui organi hanno raggiunto uno sviluppo e una conformazione tale da renderlo capace di continuare a vivere autonomamente fuori dal corpo della madre¹²⁶.

Ma il concetto di vitalità può essere, com'è avvenuto, esteso al feto¹²⁷, definendo vitale il feto che, pur trovandosi e dovendo ancora rimanere nell'utero materno, sia già potenzialmente capace di vivere autonomamente al di fuori di questo¹²⁸. Per continuità terminologica rispetto al discorso sulle caratteristiche dell'individuo (indivisibilità e subordinazione delle parti al tutto), potremmo dire allora che il feto vitale è potenzialmente capace di dividersi dalla madre, di non trarre più la vita dal corpo di lei. Potremmo dunque definire la vitalità, così intesa, come ciò che rende il feto "persona"¹²⁹. Specularmente, a parere di chi scrive, è per l'assenza di vitalità del feto che questi non è persona, ma

¹²⁶ La vitalità è quindi un concetto che viene classicamente in rilievo dopo la nascita: si dice, ad esempio, che il feto che presenta gravi anomalie può nascere vivo ma non vitale, in quanto ha una speranza di vita di breve periodo.

¹²⁷ Si veda A. DELLA CARLINA, *Del parto vivo e non vitale*, in *Monitore dei Tribunali. Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale*, IX, Milano, 1868, p. 77 ss. Nel dare questa definizione, l'A. cita il trattato del medico legale A. Devergie. L'A. specifica altresì che tale vitalità, che egli definisce vitalità in senso proprio, va distinta da quella legata all'assenza di anomalie tali da determinare la morte certa del neonato entro breve tempo, definita vitalità in senso improprio. Il concetto di vitalità fetale si è diffuso poi, e figura anche nella legge n. 194/1978, anche col nome di autonomia fetale.

¹²⁸ È l'ipotesi presa in considerazione dall'art. 7, comma 3, della legge 194/1978.

¹²⁹ È la teoria sostanzialmente sposata dalla celebre sentenza americana *Roe v. Wade* del 1973, come rimarca A. BALDASSARRE, *Lo statuto costituzionale dell'embrione*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, cit., p. 35 ss., criticando tale posizione, (sulla quale ci si soffermerà nel prossimo capitolo) e assimilandola a quella del Ferrajoli.

«persona deve ancora diventare»¹³⁰; c'è tuttavia chi si è spinto, anche di recente, a definirlo solo una parte del corpo della gestante¹³¹.

Il feto è stato infatti paragonato principalmente a due entità: la persona, al pari dell'adulto o del nato, oppure la stessa madre, o meglio, una parte del suo corpo¹³².

La demolizione di questi paragoni è utile per approfondire il concetto di autosufficienza; autosufficienza che si pone quale requisito, derivante dalla “subordinazione delle parti al tutto”, richiesto per la sussistenza dell'individualità biologica.

Innanzitutto, non è corretto sostenere che il feto sia parte del corpo materno, poiché ha in sé il tessuto potenziale per sviluppare organi quali cervello e cuore, che in verità sviluppa abbastanza presto¹³³. E nessun individuo singolo può avere due cervelli e due cuori: sorgerebbe allora, come nel caso dei gemelli siamesi, il problema di essere di fronte a due individui. Si può dunque affermare che il feto è un essere distinto dalla gestante, tanto che poi si staccherà dal suo corpo per assumere una propria individualità. Tuttavia, fintanto che è incapace di vita autonoma, o, come si è detto, non è vitale, egli vive solo perché è la donna a dargli la vita. Dunque, neppure può equipararsi al neonato, né tanto meno

¹³⁰ Corte cost., 18 febbraio 1975 n° 27, in *giuricost.org*.

¹³¹ Così, come noto, la corrente stoica e, più di recente, A. DELLA CARLINA, *Del parto vivo e non vitale*, cit., p. 80. L'A. (lo scritto è del 1868) afferma che «per diventare persona [...] occorre che la vita dell'infante possa esistere da sé indipendente, e non sia più condizionata a nesso colla madre». Così anche C. MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, cit., p. 119 ss, che afferma: «il rilievo costituzionale della nozione di “uomo” [...] viene forzato fino ad estendersi all'uomo potenziale, che nascerà da utero di donna, ma che vive nel frattempo come parte di lei».

¹³² Nel panorama internazionale, a partire dai testi dei filosofi statunitensi J. Jarvis Thomson (*A defense of abortion*, 1971) e J. McMahan (*The ethics of killing. Problems at the margins of life*, 2002) si è sviluppato, invero, un altro paragone rispetto al rapporto feto-gestante. Specificamente, questo viene accostato al rapporto tra chi, altruisticamente, attenta alla propria integrità fisica (ad esempio, con la donazione di un rene) e il beneficiario, che vive solo grazie all'atto del primo. Sostiene la Thomson che «il diritto alla vita consiste nel diritto a non essere uccisi ingiustamente, non anche nel diritto ad ottenere tutto ciò che è necessario per continuare a vivere.» Secondo la cosiddetta teoria del samaritanismo, la madre compirebbe un altruistico atto di sacrificio della propria integrità fisica e morale nel decidere di permettere al feto di vivere dentro di sé. Non sussisterebbe, però, alcun dovere, né morale né tantomeno giuridico, di tenere tale condotta. Si porta ad esempio il caso dei familiari che, pur essendo donatori compatibili, possono rifiutarsi di offrire il loro midollo osseo o sottoporsi ad altro atto pregiudizievole per la loro integrità, seppur necessario per salvare la vita di un loro congiunto. Il conflitto in ipotesi si è di fatti concretizzato ed è sfociato in Tribunale negli USA (*McFall vs. Shimp*, Pennsylvania, 1978), che rigettò il ricorso volto ad ottenere il prelievo coattivo del midollo osseo ai congiunti compatibili. La vicenda viene riportata in P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, cit., p. 130 ss.; l'A. prende spunto dalla vicenda per sottolineare che ogni intervento a tutela del feto (ad esempio chirurgia prenatale o affidamento prenatale) passa per il tramite del necessario consenso della madre, la quale, sola, può decidere di alzare lo “schermo” e consentire interventi sul feto che cresce dentro il suo corpo. Per approfondire le tesi americane e della Thomson si veda G. GENTILE, *Sui presupposti morali della giurisprudenza costituzionale in materia di interruzione volontaria della gravidanza*, in *Il Foro Napoletano*, 3/2018, p. 692 ss. In Europa la tesi è stata sviluppata in particolare da P. DE LORA, *Abortar y dar la vida: es constitucional la ley 2/2010?*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PEREZ MANZANO (directoras) *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Pamplona, 2012, p. 98 ss. L'A. conclude che sarebbe contrario al principio di uguaglianza formale e sostanziale pretendere dalla donna siffatto atto altruistico, laddove, invece, nei casi analoghi portati a esempio non vi sarebbe nessuna ripercussione legale in caso di diniego di aiuto vitale. La repressione penale dell'aborto sarebbe pertanto discriminatoria nei confronti della gestante, in quanto «dos individuos no tenemos deber alguno de poner al servicio nuestro cuerpo para salvar la vida de otros». Tuttavia, lo stesso autore riconosce poi le differenze tra il peculiare rapporto feto-madre e gli esempi di cui alla tesi esposta: in questi ultimi trattasi di omissione di un aiuto vitale; l'aborto si concretizza, invece, in un'azione volta a cessare la vita del feto, per di più attuata da un terzo, il medico.

¹³³ Il battito cardiaco viene infatti rilevato nella quarta-sesta settimana: per verificare dettagliatamente gli stadi di evoluzione si veda T. V. N. PERSAUD - M. G. TORCHIA - K. L. MOORE, *Lo sviluppo prenatale dell'uomo: Embriologia ad orientamento clinico*, Padova, 2014, p. 3 ss.

all'adulto.

Come è allora definibile il rapporto con la gestante? Qual è il paragone che più gli si avvicina, escludendo il rapporto tra due individui e il rapporto tra un individuo e una sua qualsiasi parte del corpo?

Il paragone che più si avvicina al rapporto tra gestante e feto, che pur rimane particolarissimo e unico, sembra essere quello tra gemelli siamesi; specificamente, tra un gemello vitale e uno parassita. La relazione tra gestante e feto, nella quale quest'ultimo vive della vita di lei, è infatti paragonabile al parassitismo. Può dirsi, cioè, che il feto, biologicamente parlando, è un parassita del corpo della donna. Tesi che, invero, ha trovato riscontro a livello scientifico, in quanto si è evidenziato come la gravidanza generi nel corpo della donna reazioni simili a quelle suscitate in un organismo dalla presenza di un parassita¹³⁴.

Per approfondire il concetto, giova riconnettersi alla nozione di autosufficienza, intesa come subordinazione delle parti al tutto.

Tante volte si è cercato di argomentare *a contrario* per provare l'autonomia del feto. Si è detto: quando l'uomo adulto si ammala ed è costretto a ricorrere a dispositivi artificiali per respirare, per alimentarsi, o per far battere il proprio cuore, è pur sempre uomo¹³⁵. Sono affermazioni senz'altro veritiere, ma che mal si attagliano al particolarissimo rapporto che intercorre tra feto e gestante. L'ammalato, sebbene accidentalmente non autosufficiente, infatti, è pur sempre, ontologicamente, un individuo, un uomo¹³⁶: non dipende dal corpo di nessun altro essere vivente, ma esiste da sé, seppur con l'ausilio di dispositivi artificiali. Nessun embrione non vitale può, invece, esistere da sé senza la collaborazione della donna¹³⁷.

¹³⁴ A.C. RIVARA – E. M. MILLER, *Pregnancy and immune stimulation: re-imagining the fetus as parasite to understand age-related immune system changes in US women*, in *American Journal of Human Biology*, vol. 29, n. 6, 2017, p. 23041

¹³⁵ Secondo L. LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione e le vite diversamente importanti*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di Bioetica*, Bari, 1993, p. 362 ss. il rapporto gestante-feto sarebbe assimilabile al caso dell'anziano la cui vita si svolge "a spese di altre". Si è altresì scritto che il fatto che la gestante nutra e sia imprescindibile per lo sviluppo del feto non esclude che quest'ultimo sia un essere umano indipendente, giacché anche l'uomo adulto avrebbe bisogno di cibo e acqua per vivere; così M. L. DI PIETRO, *Aborto. Parte etica* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 11 ss. L'argomentazione è particolarmente debole e paragona la donna a un oggetto, ossia il cibo necessario per il sostentamento dell'uomo. La stessa A., evidentemente influenzata dalla dottrina cattolica viste le citazioni a Papa Giovanni Paolo II, è infine tuttavia costretta ad ammettere che il feto non può definirsi autonomo in maniera totale. Sostiene invece la singolarità del rapporto gestante-feto P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007, p. 102 ss.

¹³⁶ L'affermazione è ben argomentata dalla teoria di Machan, sebbene si sviluppi in un diverso ambito, ovvero come contestazione della tesi che vorrebbe dimostrare che gli animali debbano godere dello stesso rispetto degli esseri umani, in quanto alcuni esseri umani, in casi marginali, non hanno coscienza di sé né parola, al pari degli animali stessi. La coscienza di sé o la parola, o altri simili argomenti, non sarebbero pertanto sufficienti a giustificare uno status privilegiato degli esseri umani. Questa teoria, che prende il nome di teoria dei casi marginali, è stata contestata da Machan con il cosiddetto argomento della sedia rotta: i neonati, certi malati gravi e i comatosi, mancano di coscienza di sé, ma son pur sempre esseri umani, dunque appartengono a una specie normalmente e ontologicamente dotata di tale capacità. Così come una sedia rotta, seppur non più adatta per sedersi, è pur sempre una sedia, non un albero, né altro. Si veda T. R. MACHAN, *Putting humans first: why we are nature's favorite*, Maryland, 2004.

¹³⁷ Ciò almeno allo stato attuale dei progressi scientifici. Sulle ipotetiche conseguenze di un'incubatrice umana che possa anticipare la soglia della vitalità fetale si veda F. POGGI, *The wailing of the lambs. La libertà di autodeterminazione femminile alla luce dei recenti progressi in tema di uteri artificiali*, cit., pp. 16-26. L'A. prefigura come astrattamente ipotizzabile nel prossimo futuro l'invenzione di un'incubatrice che garantisca al feto di sopravvivere dopo le 18 settimane di gestazione. La

Il concetto di autosufficienza non vuole essere inteso come capacità assoluta di bastare a sé stessi, di vivere senza ausili artificiali, ma di non trarre la vita da quella di nessun altro individuo.

Il paragone più calzante al rapporto gestante-feto, sembra allora essere quello tra gemelli siamesi, appunto perché non vi è un altro caso in cui un essere umano tragga la vita da un altro essere umano. Si è specificato che il rapporto deve comprendere un gemello parassita: ed infatti, se entrambi i gemelli hanno organi vitali autonomi e funzionanti, il rapporto potrebbe al più paragonarsi a quello tra madre e feto vitale: entrambi sono persone e godono dello stesso statuto, con le ovvie differenze dovute all'età e allo sviluppo. Il rapporto tra gemelli siamesi, di cui uno parassita, comporta, invece, che ci sia un gemello "completo", o comunque di gran lunga più sviluppato dell'altro, capace di vivere da solo, e l'altro completamente o parzialmente inidoneo alla vita autonoma. L'accostamento ha, inoltre, il pregio di sottolineare come, in questi casi di parassitismo, sia impossibile intervenire sul parassita senza il consenso dell'altro essere umano. Ciò che, infatti, viene spesso trascurato è che il feto -ed in ciò il rapporto gestante-feto è assolutamente unico- vive e cresce all'interno della donna, *dentro* la donna. Ogni decisione sul feto, pertanto, prima ancora che per legge, passa per natura dalla donna. E per la legge, sia morale che naturale, è evidente che, prima di intervenire su una forma di vita che cresce dentro qualcuno, sia perlomeno opportuno "bussare" alla porta di questi e chiedergli che cosa intenda fare o non fare all'interno del proprio corpo, che cosa reputi morale secondo la propria coscienza personale¹³⁸.

La dottrina e la giurisprudenza sul tema dei rapporti tra gemelli siamesi è veramente esigua, data l'estrema rarità dei casi, e nessun precedente coinvolge la questione del diritto di autodeterminazione di un gemello nella scelta di separarsi dall'altro che vive solo grazie a lui. Le operazioni chirurgiche vengono eseguite, infatti, sempre sui neonati, e la scelta viene fatta non dai diretti interessati, né dai genitori, bensì da terzi, i medici. Può dirsi, però, che se il gemello parassita è completamente inidoneo alla vita autonoma (ad esempio un corpo non interamente sviluppato e privo di organi vitali), nessuna questione è stata sollevata davanti alle autorità giudiziarie sulla legittimità dell'intervento volto a rimuoverlo, neppure qualora vi si rilevasse attività cerebrale¹³⁹. Più complicata, invece, la questione della separabilità di due corpi entrambi formati, ma dei quali solo uno idoneo alla vita: la separazione dei gemelli, in

possibilità di incubare l'embrione dall'inizio della gravidanza aprirebbe certamente scenari nuovi che non è possibile esaurire in questa sede; ci si limita, però, a ricordare che certamente i diritti e le libertà della donna, come "già persona", prevarrebbero sui diritti del feto e soprattutto sulle possibili interferenze statali che implicino un eventuale obbligo di trasferire l'embrione, profili adeguatamente indagati dall'A.

¹³⁸ Circostanza efficacemente riassunta da P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, cit., p. 130 ss. che afferma che ogni intervento a tutela del feto passa per il tramite del necessario consenso della madre, la quale, sola, può decidere di alzare lo "schermo" e consentire interventi sul feto che cresce dentro il suo corpo; ancora, secondo l'A. «il feto è altro dalla madre [...] ma la sua vita purtroppo non può, dal diritto, essere protetta con atti di autorità sul corpo-salute-identità della donna» (p. 137).

¹³⁹ Si veda l'articolo di S. Bhattacharya, *Baby dies after second head removed*, pubblicato nel settimanale scientifico *New Scientist* del 2004, scaricabile sul sito [newscientist.com](http://www.newscientist.com). Il riferimento è al caso della piccola Rebeca Martinez, nata a Santo Domingo nel 2003. La neonata presentava un gemello parassita congiunto dal cranio, che consisteva in una testa (con attività cerebrale) praticamente senza corpo. L'intervento ablativo, eseguito nel 2004 in California senza necessità di autorizzazioni giudiziarie, ha portato al decesso dell'infante.

questo caso, comporterebbe la morte di uno per consentire all'altro di vivere come individuo singolo. Si tratta, quindi, di una questione diversa e con implicazioni più gravi rispetto all'aborto, giacché qui si è di fronte a due esseri umani già nati.

E tuttavia, anche in questo caso, si può trarre un argomento utile a conferma della tesi della prevalenza dei diritti di chi è un individuo umano "completo", idoneo a vivere anche autonomamente, rispetto a chi, invece, vive solo grazie all'altro. Il problema è stato sviscerato dalla vicenda delle gemelle Jody e Mary, sfociata nella celebre sentenza della Corte d'Appello di Londra del 2000¹⁴⁰. La Corte ha autorizzato, nonostante il dissenso dei genitori, la separazione delle gemelle, sebbene l'operazione avrebbe certamente determinato la morte di una a favore dell'altra. Si deve premettere che, per le risultanze cliniche del caso, la questione si poneva, più che come predilezione del diritto di una a favore dell'altra, come vita di una contro quella dell'altra, se non addirittura di entrambe¹⁴¹. Il paragone più prossimo alla materia del presente studio cade pertanto sull'aborto terapeutico e sullo stato di necessità, non sull'aborto per semplice scelta della gestante¹⁴². Tuttavia, è possibile comunque trarre un principio utile dalla vicenda in esame, giacché, nel far prevalere il diritto alla vita di una gemella sull'altra, la Corte sancisce anche la prevalenza di tutti i diritti della stessa¹⁴³.

Si è così sostenuto che Mary, in quanto gemella più debole e incapace di vivere senza il supporto della sorella, avrebbe un diritto di vivere che non sarebbe completo e che non le darebbe titolo alla stessa tutela accordata alle persone nate vive¹⁴⁴. Ancora, si è affermato che ogni essere umano ha diritto alla propria integrità e autonomia corporea e a decidere sul proprio corpo. A ciò si è pervenuti partendo dalla concezione che una persona è tale solo quando diviene un individuo, una volta separatasi dalla madre¹⁴⁵.

In conclusione, il parallelo tra il rapporto tra gestante e feto non vitale, e tra gemello vitale e gemello parassita, oltre che essere fondato sulla singolare circostanza per cui un essere umano trae vita da un

¹⁴⁰ Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL, 22nd September 2000, pubblicata sul sito globalhealthrights.org.

¹⁴¹ Le gemelle erano congiunte dal basso ventre e dotate entrambe di propri organi, in particolare di cervello e cuore. Tuttavia, il cuore di Mary, come altri suoi organi, era debole e poco sviluppato, sicché questa era viva solo grazie alla gemella Jody, il cui cuore pompava sangue per entrambe. Poiché a lungo andare il cuore di Jody avrebbe ceduto (situazione invero comune tra i rari casi di gemelli siamesi), i medici interpellati dalla Corte stimarono che le gemelle sarebbero decedute entro 6 mesi. Separandola da Mary, Jody avrebbe invece avuto una speranza di vita pressoché normale. Mary, d'altro canto, non poteva vivere separata, e sarebbe morta immediatamente. La questione si poneva quindi in questi termini: l'eventuale sopravvivenza di Jody contro la molto probabile morte, a breve, di entrambe.

¹⁴² Si ricordi che la gravidanza, fisiologicamente, comporta una diminuzione e una compromissione della salute della donna, seppur generalmente solo temporanea; il principio enucleabile dal precedente giurisprudenziale in esame potrebbe pertanto ragionevolmente estendersi anche all'aborto per scelta.

¹⁴³ Tra questi diritti vi è ragionevolmente anche quello all'autodeterminazione. In sostanza è ragionevole credere che nell'ipotesi in cui Jody (la gemella vitale) già maggiorenne avesse fatto ricorso per essere autorizzata alla separazione dalla gemella, avrebbe ottenuto un verdetto positivo.

¹⁴⁴ Così A. J. LONDON - LORI P. KNOWLES, *Perspective: The Maltese Conjoined Twins: Two Views of Their Separation*, in *The Hastings Center Report*, 2001 vol. 31, n. 1, pp. 48-52.

¹⁴⁵ In tal senso N. NGAIRE, *Who Are Law's Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects*, in *The Modern Law Review*, 2003, vol. 66, n. 3, p. 360, che afferma: «This analysis depends on a particular liberal legal conception of what counts as a whole human. We only become persons once we individuate, in this view, once we separate from our mothers».

altro essere umano¹⁴⁶, conferma questo dato: chi può vivere senza l'altro -in maniera individuale e autonoma- ha maggiori diritti di questo, proprio per il suo essere una personalità individuale. Se, quindi, la prevalenza dei diritti dell'individuo autonomo può spingersi fino ad autorizzare l'ablazione del gemello parassita già nato, e ciò anche senza un imminente pericolo di vita del gemello vitale¹⁴⁷, non si vede come si possa, lecitamente e senza incorrere in contraddizioni, impedire alla donna di rimuovere l'embrione al quale lei sola dà la vita e che si sviluppa dentro il suo corpo.

Per obiettare questa tesi, potrebbe dirsi che la giurisprudenza inglese si sbaglia, o che possa essere, in futuro, rivisitata; potrebbe, inoltre, sottolinearsi che il gemello parassita non ha attitudine a divenire un individuo autonomo, capace di trarre la vita da sé stesso, mentre il feto possiede tale potenziale, sebbene attualmente sia del tutto incapace di sopravvivere.

Le obiezioni sono entrambe valide: quanto a quest'ultima, nessun paragone potrà mai identificarsi totalmente con il particolarissimo rapporto tra feto e gestante. Né si intende dimostrare una tesi dal punto di arrivo, ossia dalle conclusioni accolte dalla giurisprudenza inglese. Con quanto sopra esposto si vuole piuttosto sottolineare al lettore l'assenza, nel feto non vitale, di una fondamentale qualità fisiologica propria dell'uomo, ossia l'individualità e autonomia, quindi il trarre la vita da sé e non da un'altra persona. Mancando tale qualità è inevitabile constatare una diversità di *status* fisico¹⁴⁸ e ontologico tra embrione e persona, il che deve condurre, sul piano giuridico, a una diversità di trattamento, pena incorrere nella violazione dell'articolo 2 cost. In quest'ottica, il paragone tra il

¹⁴⁶ L'attinenza dell'accostamento può essere avvalorata anche dal fatto che alla decisione della Corte d'appello inglese si oppose proprio un'associazione anti-abortista. Il ricorso è stato rigettato, come riporta A. J. LONDON - LORI P. KNOWLES, *Perspective: The Maltese Conjoined Twins: Two Views of Their Separation*, cit., p. 49. Sempre nell'ambito del dilemma sulla separazione dei gemelli siamesi, è stato fatto inoltre un accostamento con l'aborto selettivo nell'embrione gemellare, nel caso in cui, però, lo sviluppo di una gravidanza gemellare avrebbe posto a rischio la salute dell'altro gemello e della stessa gestante. Così G. J. ANNAS, *At Law: Siamese Twins: Killing One to Save the Other*, in *The Hastings Center Report*, 1987, vol. 17, n. 2, p. 27. Infine, tra le tesi a favore della separazione dei gemelli siamesi, ve n'è una che considera il gemello capace di vivere da solo come l'unico individuo, e l'altro come una parte di lui, una sorta di appendice. È evidente il parallelo con la tesi che vede nel feto una "pars viscerum" della gestante. Per la tesi suddetta si veda D. C. THOMASMA - J. MURASKAS - P. A. MARSHALL - T. MYERS - P. TOMICH - J. A. O'NEILL, *The Ethics of Caring for Conjoined Twins: The Lakeberg Twins*, in *The Hastings Center Report*, 1996, vol. 26, n. 4, p. 8.

¹⁴⁷ Questo vale sia per il gemello parassita senza tutti gli organi vitali, come il caso di cui in nota 139, sia nel caso di gemelli capaci di vivere a lungo. Anche nel caso di Jody e Mary, infatti, l'ultima prognosi dei medici interpellati dai giudici è stata di tre anni di vita: è evidente, quindi, l'incertezza dei dati medici. Pertanto, può dirsi che il bilanciamento di interessi andasse in realtà effettuato non tra una morte imminente di entrambe -in sei mesi come inizialmente prognosticato- e una probabile vita normale, ma tra una probabile breve vita di entrambe e una probabile lunga vita di una delle due. L'ago della bilancia è stato proprio il dato della conformazione fisica di Mary, inidonea a vivere senza la sorella. Si è detto, infatti, che «Jodie's interests outweighed Mary's: Jodie could live without Mary, and Mary would soon die anyway. [...] Mary may have a right to life, but she has little right to be alive. She is alive because and only because, to put it bluntly [...] she sucks the lifeblood out of Jodie». Così riporta C. ANDERSON, *Court of Appeal Authorizes Surgical Separation of Conjoined Twins Although Procedure Will Kill One Twin*, in *Harvard Law Review*, 2001 vol. 114, n. 6, pp. 1800-1806.

¹⁴⁸ Considerata la frequenza con la quale, in dottrina, si legge che il feto è uomo fin dal concepimento, sembra che troppo spesso ci si dimentichi della sua oggettiva fisicità. La distinzione persona-feto diventa, infatti, più agevole per gli embrioni non impiantati e sviluppati nell'ambito delle procedure di PMA, visibili come un puntino in un contenitore da laboratorio, che non sono affatto trattati né considerati come persone, tant'è che la loro sorte è quella di rimanere crioconservati fino a naturale "morte". Mi si conceda un esempio un po' fuori dalle righe: in natura il feto di canguro non si sviluppa all'interno della pancia dell'animale, bensì dentro la sacca marsupiale. Aprendo questa sacca è possibile vedere il feto fin dalle fasi iniziali dello sviluppo; ebbene, nessuno -vedendolo fuori dalla sacca- potrebbe dire che lo stesso, almeno nei primi mesi di gestazione, è un canguro, né preferirebbe ledere l'animale incinta per tutelare il feto.

rapporto feto-gestante e il rapporto siamese-parassita, è funzionale a suffragare la sostenibilità della tesi appena ribadita, e far riflettere il lettore sul fatto che, quando tale diversità fisica e ontologica si è manifestata, la giurisprudenza ha riconosciuto la prevalenza dei diritti dell'individuo autonomo. Sostenere la prevalenza dei diritti del feto sulla base della sua attitudine a divenire autonomo, pur quando tale autonomia non sia ancora raggiunta e di fatto questi tragga la vita dalla donna e sia direttamente collegato ad essa, porta all'esito infausto che si analizzerà nella seguente parte storica: il dramma dell'aborto clandestino o della maternità forzosamente imposta dallo Stato.

CAPITOLO II:

STORIA DELLA REGOLAMENTAZIONE DELL'ABORTO DAL MONDO GRECO ROMANO AD OGGI

SOMMARIO: 1. L'aborto nel mondo greco romano – 2. L'aborto nell'Italia medievale... – 3. ... nel mondo moderno e nell'età contemporanea – 4. L'Italia post-unitaria – 5. La sentenza 27/1975 e il travagliato percorso verso la legge 194/1978: tra cattolicesimo e laicismo – 6. L'iter parlamentare dell'approvazione della legge 194/1978

1. L'aborto nel mondo greco romano

Prima di affrontare la storia del procurato aborto è necessario premettere che l'argomento è stato oggetto di pochissimi studi; pertanto, si cercherà, senza pretesa di esaustività, di effettuare una ricognizione delle poche fonti reperibili.

Relativamente al periodo oggetto di questo paragrafo è fondamentale l'opera ricostruttiva del Nardi¹⁴⁹, che raccoglie tutte le fonti in tema di aborto dal V sec. a.C.¹⁵⁰ al VI sec. d.C., consentendo un'osservazione dell'evoluzione delle sanzioni legali e religiose e, conseguentemente, una valutazione dei relativi cambiamenti, spesso ricondotti all'affermazione della morale del Cristianesimo.

Nei secoli V e IV a.C., secondo la concezione maggiormente diffusa il feto è una parte del corpo della madre, una *portio viscerum*; si ritiene che il feto diventi vivo solo al momento della nascita¹⁵¹. Pertanto, non si ha testimonianza di alcun divieto legale del procurato aborto, né di severe e diffuse avversioni moralistiche nei confronti dello stesso¹⁵². Anzi, numerosissime sono le testimonianze di donne che ricorrono all'aborto: auto-procurato, con veleni o sonde, oppure procurato per mezzo delle mani, non troppo esperte, di altre donne¹⁵³.

Un tratto merita, però, particolare attenzione: già in quest'epoca, ossia ben prima della diffusione del pensiero cristiano, si affacciano le prime concezioni moralmente contrarie al procurato aborto. Prima tra tutte, quella del medico Ippocrate, autore del celebre giuramento¹⁵⁴ nel quale esprime la propria

¹⁴⁹ E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit.; per una ricognizione molto succinta della repressione dell'aborto nel diritto romano si veda, invece, M. V. SANNA, *Aborto. Parte giuridica. Diritto romano* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 20 ss.

¹⁵⁰ Non vi sono fonti dirette risalenti all'epoca precedente al V sec. a. C. Quelle indirette, che risalgono al periodo dopo Cristo, potrebbero averne subito l'influenza morale e sono pertanto ritenute inattendibili. L'A. conclude comunque per l'assenza, all'epoca, di leggi repressive dell'aborto; infatti, segnala che, anche dalle fonti indirette, si evince che all'epoca non risultassero sanzioni penali per il reato in oggetto. Si veda E. NARDI, *Ibidem*, pp. 40-1.

¹⁵¹ Così Empedocle, (E. NARDI, *Ibidem*, p. 93); Tertulliano (E. NARDI, *Ibidem*, p. 121).

¹⁵² E. NARDI, *Ibidem*, p. 47; p. 139.

¹⁵³ Il riferimento è ai casi di Aspasia e Andromaca, più volte citate come coloro che procuravano aborti ad altre donne. La prima, in qualità di ostetrica; la seconda, servendo bevande nocive alla moglie del proprio amante. Si veda sempre E. NARDI, *Ibidem*, p. 50 ss.

¹⁵⁴ «Non somministrerò ad alcuno, neppure se richiesto, un farmaco mortale, né suggerirò un tale consiglio; similmente a

contrarietà a tale pratica; secondo Ippocrate il feto è vivo, seppur tale vitalità emergerebbe dopo che lo stesso si sia formato e inizi a muoversi¹⁵⁵.

La problematica sulla vita del feto coinvolge non solo i medici, ma anche i filosofi¹⁵⁶; la tesi più accreditata tra coloro che ritengono il feto un essere autonomo e vivo all'interno del ventre materno, considera che tale vita inizi non all'atto del concepimento, ma in seguito, con la formazione e i primi movimenti. Specificamente, la vita del feto femminile si originerebbe più tardi rispetto a quella del feto maschile¹⁵⁷.

Nei secoli III e II a.C. si diffonde lo stoicismo. La dottrina stoica veicola l'idea del feto come *pars viscerum*, sicché predomina ancora la concezione che nega l'autonomia e la vita del feto, che viene considerato vivo solo dopo la nascita¹⁵⁸. Si ha però testimonianza anche della permanenza della tesi minoritaria, che considera vivo il feto anche durante la gravidanza, ma solo dopo che si sia formato e abbia iniziato a muoversi. Emergono le prime sanzioni religiose, che riprendono la distinzione tra feto formato e vivo e feto ancora informe, punendo solamente l'aborto del primo¹⁵⁹. Non si ha ancora traccia di divieti legali¹⁶⁰.

Nei secoli I a.C. e I d.C. l'aborto continua ad essere largamente diffuso¹⁶¹. Nonostante la perdurante affermazione della concezione stoica si ha testimonianza, anche in questo periodo, del discrimine tra

nessuna donna io darò un medicinale abortivo». Si veda E. NARDI, *Ibidem*, p. 60. Il riferimento alla pratica abortiva è invece scomparso nella versione del giuramento approvata dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri nel 1998, così come nella più recente versione deliberata dal comitato centrale della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri il 23 marzo 2007. Era invece ancora presente nell'aggiornamento del 1978.

¹⁵⁵ E. NARDI, *Ibidem*, p. 99. Specificamente, Ippocrate, aderendo a una credenza diffusissima al tempo, sosteneva che il feto maschio si formasse prima di quello femminile. Secondo il medico, il primo si formava in 30 giorni e iniziava a muoversi, dunque a vivere, dopo 3 mesi; il secondo si formava in 42 giorni e si animava dopo 4 mesi. Conseguentemente, Ippocrate distingue l'aborto, che avveniva con l'espulsione di un feto formato mediante l'assunzione di veleni nocivi per la gestante, dall'effluvio, che si verificava nei primi giorni della gravidanza. Quest'ultimo era considerato lecito e praticato dallo stesso Ippocrate. Ciò fa pensare che a causare la riprovevolezza dell'aborto per il medico, non fosse tanto la lesione del feto, quanto il rischio per la salute della donna, essendo tali veleni spesso mortali (in tal senso F. FORAMITI, *Enciclopedia legale*, cit., p. 21).

¹⁵⁶ Si veda il *Discorso di Lisia*, contenuto all'interno del Fedro di Platone, che testimonia i primi dubbi sulla natura umana e sulla vita autonoma del feto, riportato in E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 93.

¹⁵⁷ In tal senso Ippocrate (si veda *supra*, nota 155), il filosofo Diogene di Apollonia e Ippone (dati riportati da E. NARDI, *Ibidem*, p. 101): secondo il primo, la femmina si formava in 5 mesi e il maschio in 4. La tesi più popolare, che avrà seguito anche nei secoli successivi, è quella di Aristotele, secondo il quale l'uomo si forma in 40 giorni e la donna in quattro mesi.

¹⁵⁸ E. NARDI, *Ibidem*, p. 155; esponenti della concezione, avviata dai già citati Diogene ed Empedocle, furono, tra gli altri, Erofilo e Plurarco. Dà atto dell'affermazione dello stoicismo anche F. FORAMITI, *Enciclopedia legale*, cit., p. 20, che lega a questa concezione l'assenza di repressione penale dell'aborto nel mondo greco.

¹⁵⁹ Il riferimento è al divieto di ingresso per quaranta giorni nel tempio di Delo; v. E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 192. Si veda la legge del taglione contenuta nella Torah Alessandrina, che puniva con la morte l'aborto di feto formato (E. NARDI, *Ibidem*, p. 160).

¹⁶⁰ In senso contrario si leva, isolata, la voce del giurista Ulpiano (II sec. a.C.), che riferisce di un giurista che applicava la *Lex Aquilia*, specificamente il *damnum iniuria datum* previsto in caso di uccisione di uno schiavo, anche al caso in cui un terzo provocasse l'aborto di una schiava (E. NARDI, *Ibidem*, pp. 189-190).

¹⁶¹ È di questo periodo il celebre racconto di Milesia, indotta ad abortire, dopo la morte del marito, su commissione di coloro che sarebbero stati eredi al trono in caso di terminazione della gravidanza. La donna fu punita con la morte e il caso sarà tra le ragioni di uno dei successivi divieti legali di aborto.

feto inanimato e feto formato¹⁶² e continuano a emergere le sanzioni morali e religiose¹⁶³. Non si ha traccia di leggi penali repressive.

Nei secoli II e III d.C. si afferma il Cristianesimo e, conseguentemente, aumentano le sanzioni religiose¹⁶⁴; emerge la concezione dell'aborto come omicidio, ma solo nei riguardi del feto formato. Mentre i greci continuano a consentire liberamente l'aborto, nel diritto romano affiorano le prime considerazioni legali sul tema.

Per il diritto romano civile il feto è considerato titolare di “*spes*” ossia di aspettative giuridicamente rilevanti, con riserva, però, di acquistare i diritti con la nascita. Sempre nell'ambito del diritto civile, specificamente nel diritto di famiglia, emerge una prima sanzione: l'aborto può giustificare il divorzio per colpa della moglie, il che dà diritto al marito di trattenere 1/6 della dote¹⁶⁵. Ancora, all'inizio del III sec. d.C. viene introdotta la sanzione dell'esilio temporaneo per colei che abortisce per far torto al marito o ex marito¹⁶⁶. Il bene tutelato era all'evidenza non la vita del feto, bensì l'aspettativa del marito di un futuro erede¹⁶⁷. Viene introdotta una sanzione anche per chi somministra ad altri bevande atte a provocare l'aborto: se, a seguito dell'assunzione del liquido, la donna muore, la condanna è la pena di morte¹⁶⁸. Viceversa, se l'effetto è solo di provocare l'aborto, il colpevole viene condannato ai lavori in miniera, se appartiene a un ceto basso, oppure, se di ceto alto, viene condannato all'esilio in un'isola, con parziale confisca dei beni¹⁶⁹. In quest'ultimo caso, la *ratio* della sanzione potrebbe individuarsi nella

¹⁶² Così Plinio il Vecchio nel 77 d.C. (*Ibidem*, p. 263ss), che riprende altresì la tesi secondo la quale il feto di sesso maschile concluderebbe la propria formazione prima della femmina (rispettivamente in 40 giorni e in 90 giorni).

¹⁶³ L'aborto era senz'altro punito per la religione ebraica, grazie al già citato passo della Torah; altresì tra i filosofi e i retori vi era chi condannava l'aborto. Esempi erano Plinio il Vecchio, secondo il quale questo era un atto che poneva l'uomo al di sotto della bestia, e Teone, che scongiura l'omicidio dell'adultera gravida e l'esecuzione capitale della donna incinta. Si veda E. NARDI, *Ibidem*, pp. 292-3.

¹⁶⁴ Ne dà ampia testimonianza, con varie citazioni, E. NARDI, *Ibidem*, pp. 325-352. La concezione religiosa che equipara l'aborto all'omicidio trova riscontro anche negli scritti del celebre filosofo cristiano Tertulliano, secondo il quale, però, l'aborto è equiparabile all'omicidio solo quando il feto è formato (E. NARDI, *Ibidem*, pp. 392-412).

¹⁶⁵ Così il giurista Paolo nel 170-180 d.C.; si veda E. NARDI, *Ibidem*, pp. 365-389.

¹⁶⁶ La sanzione dell'esilio viene introdotta durante il regno degli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla; v. E. NARDI, *Ibidem*, pp. 413-441. Ne dà atto anche F. FORAMITI, *Enciclopedia legale*, cit., p. 21.

¹⁶⁷ Lo evidenzia anche E. NARDI, *Ibidem*, p. 21; In tal senso altresì G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto penale*, cit., p. 270; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale* 1, Lucca, 1872, p. 375. Si ricordi, tra l'altro, che il *pater familias* aveva diritto di vita e di morte sui propri figli; pertanto, se l'aborto era eseguito con il consenso o addirittura su ordine del marito, nessuna legge civile o penale poteva sanzionarlo. A tal proposito si veda anche P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 19. Si veda, infine, il dialogo di Quintiliano sulla *ratio* della norma che prescriveva il rinvio dell'esecuzione capitale o della tortura per la donna incinta, (riportato in G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., p. 24), che recita: «Per chi si ha compassione? Per i padri, di nulla colpevoli. È sembrato infatti incongruo, anche se la madre-gestante avesse meritato la morte, che si strappasse il figlio al padre innocente».

¹⁶⁸ Con l'obbligo, però, nel caso in cui il reo sia una donna incinta, di posticipare la condanna alla pena capitale fino al parto e col divieto di tortura per le donne gravide, ormai affermatasi sotto l'influenza della morale cristiana, come testimoniato dagli scritti di Ulpiano del III sec. d.C.; si veda E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 443. Si noti come la pena di morte non costituisca un'eccezione all'assenza di repressione penale dell'aborto, giacché viene sanzionato non l'aborto in sé, bensì la morte della donna ad esso conseguita.

¹⁶⁹ È quanto riporta il giurista e storico del diritto Paolo nelle *Pauli Sententiae*; si veda E. NARDI, *Ibidem*, p. 441. Si rileva come non fosse applicabile invece la *Lex Cornelia* nella parte relativa all'omicidio con somministrazione di veleni *nequandi causa*, per assenza del dolo rispetto all'evento morte e per l'insussistenza di un essere definibile come uomo; in tal senso E. NARDI, *Ibidem*, p. 457.

tutela della salute della donna¹⁷⁰ e del feto; tuttavia, più realisticamente, ad essere sanzionata era, anche in questo caso, la vanificazione della speranza dell'uomo di avere il figlio frutto del proprio concepimento¹⁷¹.

In conclusione, a partire dal II secolo d.C. la morale cristiana influenza sempre più anche il diritto, agevolando l'introduzione delle prime sanzioni legali¹⁷², nonché influenzando la pratica dei medici, che generalmente ricorrono all'aborto solo per scopi terapeutici¹⁷³.

L'eredità di questa impostazione si afferma nei secoli IV e V d.C. Benché l'aborto venga ancora largamente praticato¹⁷⁴ e non risultino ancora testimonianze certe e univoche di norme penali repressive dell'aborto puro e semplice¹⁷⁵, il tema attira sempre di più l'attenzione dei cristiani¹⁷⁶. Tuttavia, tra gli stessi cristiani vi è incertezza sul momento in cui il feto diventa vivo: alcuni condannano l'atto come omicidio sin dal concepimento, altri solo dal momento della formazione¹⁷⁷. Il problema è sentito anche tra i filosofi non cristiani¹⁷⁸. In ambito prettamente giuridico, le sanzioni, nei secoli IV e V d.C., sono le stesse introdotte nei secoli precedenti¹⁷⁹.

2. L'aborto nell'Italia medievale...

L'analisi storica viene ora circoscritta all'area geografica italiana, con le dovute eccezioni che

¹⁷⁰ In tal senso F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 375, aggiungendo che, infatti, l'aborto auto-procurato non fosse punibile in quanto atto di libera disposizione del proprio corpo.

¹⁷¹ La tutela di un asserito diritto dell'uomo a veder nascere il frutto del proprio concepimento è presente sin dall'antichissimo popolo degli Assiri: si veda C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, cit., p. 19. Inoltre, si ha testimonianza di altri popoli, come quello Germanico, che, nel V secolo d.C., pur sanzionando l'aborto, non prevedessero alcuna sanzione ove questo fosse avvenuto col benessere del marito, configurandosi allora quale esercizio di un diritto legittimo; per approfondimenti su quest'ultima ipotesi si veda P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 24.

¹⁷² Secondo G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., p. 26, trattasi di sanzioni penali; l'A. segnala che il rescritto di Severo e Caracalla annoverava il procurato aborto tra i *crimina extraordinaria*. Di diverso avviso E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 443 ss., secondo il quale le sanzioni di questi secoli sarebbero di tipo civile.

¹⁷³ Così riporta E. NARDI, *Ibidem*, p. 476.

¹⁷⁴ Spesso causando la morte della gestante, come testimoniano gli scritti di Gerolamo nel 384 d.C. (E. NARDI, *Ibidem*, pp. 529-530). Anzi, si è sostenuto che la stessa religione cristiana possa aver contribuito all'alto numero di aborti dell'epoca, poiché la donna era indotta a rifiutare il frutto del concepimento derivato da adulterio o dalla violazione del voto di castità (E. NARDI, *Ibidem*, p. 577).

¹⁷⁵ Invero c'è chi sostiene che sarebbero state introdotte, già nel IV sec. a.C., leggi penali repressive: si tratterebbe, in particolare, dell'applicabilità al procurato aborto della legge Pompeia sull'omicidio di congiunti. Di questa circostanza dà testimonianza G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto penale*, cit., p. 270, specificando che tali pene sarebbero state introdotte dagli imperatori Valentiniano, Valente e Graziano. Tale legge prevedeva una pena capitale per mezzo di atroci torture. Per approfondimenti si veda L. M. FANELLI, *Elementi del diritto civile secondo l'ordine delle Istituzioni di Giustiniano*, II, Napoli, 1831, p. 239. Tuttavia, tale pensiero, isolato, collide con quanto riportato nell'opera del Nardi, che costituisce lo studio maggiormente accurato sulla materia e sul periodo in esame e che testimonia che il feto non era considerato persona e non poteva essere collocato tra i congiunti.

¹⁷⁶ L'aborto viene trattato per la prima volta in sede conciliare nel 305 d.C.; si inaspriscono le sanzioni religiose e si afferma l'autonomia del feto, tant'è che a questi, si dice, non si estende il battesimo della gestante. Si veda E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 490-501.

¹⁷⁷ In quest'ultimo senso, seguendo il pensiero di Tertulliano, concordano Gerolamo e Teodoreto; *contra*, Lattanzio (E. NARDI, *Ibidem*, p. 488).

¹⁷⁸ Il riferimento è al filosofo greco Sopatro, che riprende il *Discorso di Lisia* di Platone per riaffermare la centralità del problema della vita del feto all'interno dell'utero, allo scopo di stabilire se l'aborto sia omicidio o no. Egli conclude esortando i medici a risolvere il quesito (E. NARDI, *Ibidem*, pp. 567-8).

¹⁷⁹ Così riporta E. NARDI, *Ibidem*, pp. 575-6.

riguardano gli scritti che hanno comunque influenzato il diritto delle regioni italiche.

Nella prima metà del VI sec., lo scenario descritto non subisce grandi modifiche. L'aborto è sempre largamente praticato seppure i medici, consci dei gravi rischi per la salute della gestante e seguendo l'insegnamento di Ippocrate, lo praticano perlopiù a scopo terapeutico¹⁸⁰. In epoca giustiniana¹⁸¹ il procurato aborto è inserito tra gli *extraordinariis criminibus*, quelli, cioè, sanzionati non con una pena determinata, bensì con pena quantificata ad arbitrio del giudice¹⁸². Le sanzioni introdotte nei secoli precedenti restano in vigore: in ambito familiare l'aborto è causa di divorzio, con diritto a trattenere 1/6 della dote¹⁸³; inoltre, colei che abortisce per dispetto al marito o ex marito, viene punita con l'esilio¹⁸⁴; infine, chi somministra alla donna bevande abortive viene sanzionato con l'esilio e la confisca dei beni, oppure con i lavori forzati in miniera.

In questo periodo si introduce, però, una novità: per la prima volta si ha testimonianza della condanna alla pena di morte legata all'aborto auto-procurato. La pena capitale è prevista per la donna che abortisce su commissione di coloro che diverranno eredi in caso di interruzione della gravidanza¹⁸⁵. Il bene tutelato dalla norma, che prende spunto dall'episodio di Milesia¹⁸⁶, non è evidentemente la salute del nascituro, poiché resta comunque impunito il procurato aborto puro e semplice. La *ratio* risiede, invece, sia nella tutela della speranza del coniuge di avere un erede, sia nella riprovevolezza del gesto, legato alla percezione di denaro e alla cupidigia. Prosegue, infine, il dibattito circa il momento in cui il feto è qualificabile come essere vivente: è ancora presente l'idea secondo la quale il feto si anima solo dopo la sua formazione¹⁸⁷.

Nell'Alto Medioevo la reazione penale nei confronti dell'aborto diventa più severa, influenzata dall'inasprimento della condanna cristiana¹⁸⁸. Secondo gran parte del pensiero cristiano del tempo, l'aborto volontario dev'essere punito con le stesse pene stabilite per l'omicidio¹⁸⁹. Le pene cristiane si

¹⁸⁰ Ne dà testimonianza il medico Mustio nel *De Lassitudine vulvae*; in tal senso anche il medico Aezio. Dati riportati in E. NARDI, *Ibidem*, pp. 587-591; p. 624.

¹⁸¹ Si ricordi che Giustiniano, con la *Prammatica Sanzione* del 529, estendeva la legislazione imperiale nelle regioni italiche.

¹⁸² Ne dà atto J. VOET, *Commento alle Pandette*, VI, Venezia, 1840, p. 115ss.

¹⁸³ Tale causa di divorzio scomparirà nella Novella del 529 d.C.; si veda E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 617.

¹⁸⁴ Invero, nel Digesto non si specifica che l'aborto debba esser fatto in odio al marito o ex marito; ciò ha indotto alcuni ad ipotizzare un'estensione del divieto, con generale sanzione dell'aborto; si veda E. NARDI, *Ibidem*, pp. 610-612. L'A. conclude che non vi è alcuna estensione, ma si sottintende il rinvio alle leggi di Settimo Severo e Antonino Caracalla.

¹⁸⁵ Lo testimonia il trattato penalistico del maestro di diritto romano Giovanni Kobidas del 529 d.C.; lo riporta E. NARDI, *Ibidem*, p. 624.

¹⁸⁶ Si veda *supra*, nota 161.

¹⁸⁷ Ne dà atto E. NARDI, *Ibidem*, cit., p. 628.

¹⁸⁸ Si arriverà a condannare anche l'aborto terapeutico: si veda E. NARDI, *Ibidem*, p. 639.

¹⁸⁹ E. NARDI, *Ibidem*, p. 642-643; 670. La condanna della scomunica, la stessa prevista per l'omicidio, è stata stabilita nel Concilio di Costantinopoli della fine del VII sec. d.C.; v. P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 22. Si ricordi però, come sopra riportato, che ancora in questo periodo è comune la distinzione tra aborto di feto animato e inanimato. Ad esempio, la *Collectio Hispana* del VII sec. d.C., fissava in 10 anni la penitenza da scontare per l'aborto procurato; la pena sarà ridotta, alla fine del secolo, dal *Capitula Theodori* a un anno per l'aborto di feto inanimato e 3 anni per l'aborto di feto animato. Cfr. P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 22, dove si specifica che vi sono degli scritti risalenti all'epoca dei libri penitenziali che testimoniano la distinzione tra la pena riservata alla donna povera, che abortisce per difficoltà di nutrire il futuro bambino e pena dell'adultera, che ha il solo scopo di nascondere il frutto della relazione

concretizzano allora nelle pene canoniche pubbliche, che trovano il punto di riferimento nei libri penitenziali. Il mondo del diritto non è però immune da queste concezioni e inasprisce anch'esso le proprie pene¹⁹⁰.

Tra la seconda metà del secolo VI e l'VIII sec., l'Italia è spaccata tra Longobardi e Bizantini: le sanzioni sono costituite da pene pecuniarie e pene corporali. Nell'Italia meridionale bizantina, per colei che abortisce in odio al marito o ex marito, alla pena dell'esilio si aggiunge quella della fustigazione. Per la prima volta viene sanzionato, con queste stesse pene, l'aborto auto-procurato per interrompere la gravidanza frutto di una relazione adulterina¹⁹¹. Si introduce, dunque, una *ratio* diversa rispetto a quelle precedenti, in quanto viene introdotta una sanzione legale per l'aborto di donna nubile. Ciò è presumibilmente legato all'influenza del cristianesimo o alla volontà di non offuscare le prove dell'adulterio, al fine di garantirne la persecuzione.

Anche i Longobardi, dalla seconda metà del VII sec., si convertono al cristianesimo. Tuttavia, non riconoscono diritti prima della nascita, né, a differenza dei bizantini, sanzionano penalmente l'aborto. Il testo giuridico di riferimento è l'Editto di Rotari, nel quale l'unica ipotesi in cui si sanziona l'aborto è quella delle percosse inflitte ad una schiava che ne causino l'interruzione di gravidanza: la sanzione è la pena pecuniaria già prevista per le percosse ai danni della serva, ma con una maggiorazione¹⁹².

La prima metà dell'VIII sec. è segnata dalla nascita dello Stato della Chiesa. Risale a questo periodo la maggiore produzione di libri penitenziali, che prevedono, per il procurato aborto, anche dieci o quattordici anni di penitenza¹⁹³. A livello legislativo non si registrano cambiamenti. La seconda metà dell'VIII secolo vede l'affermazione dei Franchi di Carlo Magno, il quale nell'800 d.C. verrà incoronato dal Papa come primo imperatore del Sacro Romano Impero. Tuttavia, questi non introduce alcuna sanzione specifica per il procurato aborto. Egli si limita a riprendere l'insegnamento della cosiddetta *Versione dei Settanta*¹⁹⁴, ossia la sanzione della pena di morte per chi, durante una rissa, colpisca una donna gravida cagionando l'aborto di un feto formato. Per l'aborto del feto non formato, viceversa, è prevista solo una sanzione pecuniaria, determinata a discrezione del giudice, su richiesta del marito della donna lesa¹⁹⁵. Non vi è testimonianza di sanzioni per l'aborto auto-procurato, né per quello procurato da terzi con somministrazione di veleni e nemmeno per l'aborto della donna nubile. La sanzione è, inoltre,

proibita.

¹⁹⁰ Si noti che in questo periodo si introducono sanzioni per l'aborto anche al di fuori del mondo greco e romano: i Visigoti punivano la donna che abortiva con la riduzione in schiavitù, mentre l'uomo che permetteva l'aborto o lo procurava poteva scegliere tra la perdita della vita o la perdita degli occhi; v. F. FORAMITI, *Enciclopedia legale*, cit., p. 21; Cfr. P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 24.

¹⁹¹ E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 641-642. Il riferimento è all'*Egloga Legum Leonis et Constantini* del 740 d.C., vigente per l'impero bizantino e dunque anche per parte delle regioni italiche. Si veda anche P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 23.

¹⁹² Così riporta N. FORNELLI, *Storia del Medioevo specialmente d'Italia*, Torino, 1878, p. 101.

¹⁹³ Ne dà atto E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 672-674. Si ricordi che era ancora attuale la distinzione tra aborto di feto animato e inanimato.

¹⁹⁴ Vedasi *supra*, note 4 e 36.

¹⁹⁵ Così P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 25.

subordinata alla richiesta del marito della gravida, così sottintendendo che la *ratio* della norma, a differenza di quanto registrato nel diritto bizantino, risieda ancora nella sola lesione del diritto dell'uomo a che il proprio erede venga alla luce.

Nel IX secolo, nelle aree di dominazione bizantina, la repressione del procurato aborto si inasprisce. L'imperatore Basilio I introduce la sanzione dell'esilio e della fustigazione, per la prima volta sanzionando l'aborto puro e semplice: viene punita ogni donna che si procuri l'aborto, a prescindere dallo stato nubile o coniugato o dall'essere il concepimento frutto di una relazione adulterina. Viene inoltre punito, sempre per la prima volta, il tentativo di abortire¹⁹⁶. In seguito, lo stesso imperatore ribadirà la condanna di chi abortisce su commissione di coloro che diverrebbero eredi in caso di morte del feto, comminando, in questi casi, la pena capitale; prevede l'esilio temporaneo per colei che abortisce in odio all'ex marito¹⁹⁷.

Viene così chiaramente introdotta una nuova *ratio* del divieto di aborto, slegata dal mero diritto dell'uomo ad avere un erede e dalla riprovevolezza di altre circostanze (percezione di denaro, adulterio) e volta piuttosto a sanzionare, sembrerebbe, l'interruzione di una vita nascente. Senza dubbio tale presa di posizione è influenzata dalla dottrina cristiana: Basilio I verrà infatti riconosciuto santo per il proprio impegno nella Chiesa cristiana.

Dalla seconda metà del IX secolo, con l'indebolimento della compagine imperiale, i territori del *Regnum Italiae* cadono in balia in una sorta di anarchia feudale, dominata da signori locali. In questo periodo non si ha testimonianza di leggi innovative sulla materia in oggetto; certo è che il diritto bizantino è ancora fermo sulle posizioni del diritto giustiniano, con le aggiunte effettuate dall'imperatore Basilio I¹⁹⁸.

Nel X secolo il territorio italiano è diviso tra la dominazione dell'imperatore tedesco Ottone I, lo Stato della Chiesa e l'impero bizantino. La Sicilia è in mano agli arabi. L'XI secolo è invece il periodo di devastanti guerre. Siamo in pieno feudalesimo: il potere è frammentato tra vassalli, duchi, principi, re e imperatori. Il legame con la Chiesa è sempre più forte, in quanto i titolari del potere ricoprono anche cariche religiose. In questo periodo la legislazione è del tutto frammentaria; tra il X e il XII secolo non si hanno notizie di nuove leggi punitive del procurato aborto. Le sanzioni proliferano solo nel diritto

¹⁹⁶ P. CARLINI, *Ibidem*, p. 23.

¹⁹⁷ P. CARLINI, *Ibidem*, p. 23. Tutte queste leggi sono contenute nel *Prochiron*, manuale giuridico ufficiale compilato su ordine dell'imperatore Basilio I tra l'867e 886 d.C.

¹⁹⁸ Si segnala che in questo periodo nell'Impero Romano d'Oriente si diffonde la seconda redazione del *Nomocanone*, una raccolta del diritto dell'autorità civile in materia ecclesiastica e dei canoni della Chiesa. Tale documento testimonia la vigenza, nella formulazione introdotta dal diritto giustiniano, delle pene per coloro che somministrano bevande abortive (ossia il lavoro in miniera per i soggetti di ceto basso e l'esilio con parziale confisca dei beni per le persone di ceto alto, oppure la pena di morte se all'aborto consegue il decesso della gestante). Si riprende anche la disposizione che prevede l'aborto come causa di divorzio. È vigente, infine, anche la pena introdotta da Basilio I per l'aborto auto-procurato puro e semplice e per l'aborto su commissione dei papabili eredi; si veda E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 645-646.

canonico, dove il dibattito è sempre vivo e ancora si distingue tra aborto di feto animato e inanimato¹⁹⁹.

Occorre sottolineare che le pene cristiane non sono solo morali: nel XII secolo nasce, infatti, l'istituto dell'Inquisizione, che prevede un processo in un Tribunale Ecclesiastico le cui pene vengono, però, eseguite dall'autorità civile del braccio secolare²⁰⁰, la quale dispone l'esilio delle colpevoli di aborto che si rifiutino di eseguire gli anni di penitenza prescritti dai libri penitenziali²⁰¹.

Dal XIII secolo parallelamente a una generale ripresa economica si assiste a una rinascita culturale. Il territorio italiano è sempre maggiormente frammentato tra città autonome e signorie, sebbene risulti formalmente unificato, nella prima metà del Duecento, quasi per intero sotto l'impero di Federico II, il cui regno verrà ridimensionato solo nella seconda metà del secolo dal Regno di Napoli.

In questo periodo il diritto romano eredita la distinzione, tradizionalmente canonista, tra le pene per l'aborto di feto animato e quelle per l'aborto di feto non animato²⁰². Ciò avviene grazie all'operato della scuola bolognese dei glossatori, che vuole trasformare l'antico *Corpus* giustiniano in una raccolta di leggi vigenti per tutti i popoli riuniti nel Sacro Romano Impero.

A loro è attribuita la paternità della nuova, rivoluzionaria, interpretazione di quella parte della *Lex Cornelia de sicariis* che prevede la pena di morte se, in conseguenza della somministrazione dei veleni, muoia “*mulier aut homo*”. La frase era sempre stata interpretata nel senso di punire solo l'uccisione tramite avvelenamento di un uomo o una donna e non di essere applicabile al feto²⁰³. Già Giustiniano la modificò nel senso di prevedere una pena anche per l'aborto procurato mediante somministrazione di veleni. Tuttavia, la legge giustiniana sanzionava il reo col solo esilio o con i lavori in miniera, senza prevedere nessuna sanzione più aspra per l'aborto di feto formato²⁰⁴. La versione trasfusa dai glossatori nel *Corpus*, invece, sanziona con la pena di morte chiunque cagioni, con la somministrazione di veleni a scopo abortivo, la morte della donna o di un feto formato, dunque “*homo*”²⁰⁵. L'esilio e i lavori in miniera verranno riservati all'aborto di feto informe, non considerato uomo.

L'introduzione della pena di morte per l'aborto puro e semplice, scevro da riferimenti a vendette al

¹⁹⁹ Lo riporta P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 23.

²⁰⁰ Ciò in quanto agli ecclesiastici, come prescritto dal IV Concilio Lateranense del 1215, era proibito lo spargimento di sangue.

²⁰¹ Così P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 23.

²⁰² Ne danno atto E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 678; G. BUNIVA – G. PAROLETTI, *Il Codice penale spiegato in ciascuno dei suoi articoli con annotazioni*, Torino, 1842, p. 167.

²⁰³ Vedasi *supra*, nota 169.

²⁰⁴ Tale interpretazione verrà infatti sconsigliata, tra gli altri, dal giurista Giacomo Menocchio, nel Cinquecento; egli sottolineò che nel diritto romano non si rinviene nessuna distinzione tra feto formato e non, e che la legge *Cornelia* puniva solo l'omicidio dell'uomo e non l'aborto; si veda sul punto 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, p. 278.

²⁰⁵ Si veda L. LEVERONI – G. MAURIZIO – A.G. BOZZO, *Gazzetta de Tribunali: con note ed osservazioni articoli di vario diritto e cronaca del Parlamento*, cit., p. 278. L'inciso cui si fa riferimento è contenuto nella legge *Cornelia de Sicariis*, inserita all'interno del *Corpus Iuris Civilis* al Tit. *De Poenis* e così recita: «*qui abortionis, aut amatorium, poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum, relegantur: quod si eo mulier aut homo perierit summo supplicio afficiantur*».

marito, all'adulterio, etc., che costituirebbe un'assoluta novità²⁰⁶, è tuttavia di dubbia applicazione pratica nel diritto laico: è discusso se avesse piuttosto una funzione nel diritto canonico, come deterrente per i cristiani²⁰⁷. Sembra deporre in quest'ultimo senso la Glossa ordinaria di Giovanni teutonico del 1216, studioso di diritto canonico, nella cui opera si esprime anche in merito alle sanzioni dell'aborto. L'autore riprende la sanzione dell'esilio per l'aborto auto-procurato puro e semplice, introdotta da Basilio I, e le ben note sanzioni per l'aborto procurato da terzi mediante somministrazione di bevande (lavori in miniera o esilio con confisca dei beni), mentre indica la pena di morte quale sanzione dell'aborto di feto formato, pur rimarcando che l'aborto non avrebbe rilevanza penale²⁰⁸.

È invece più esplicita la Magna Glossa di Accursio del 1250: secondo l'autore, il feto può dirsi formato dopo il quarantesimo giorno, se maschio, o dopo il novantesimo, se femmina; sarà allora considerato vivo, e chi abortisce o procura l'aborto dopo tali termini sarà soggetto alla pena di morte. Prima della formazione del feto si applica, invece, la pena dell'esilio o dei lavori in miniera²⁰⁹. Queste pene sarebbero vigenti nell'Italia del centro-nord, mentre è certo che nel Regno di Napoli, in mano agli Angioini, non vigesse alcuna sanzione per il procurato aborto²¹⁰.

Nel XIV secolo il decentramento, nelle regioni settentrionali, si accentua; le regioni meridionali subiscono, invece, l'influsso della dominazione spagnola. Si colloca in questo periodo la crisi delle istituzioni imperiali e della Chiesa, con lo Scisma d'Occidente nel 1377. Il concetto di *unum imperium e unum ius* è divenuto ormai inapplicabile, in quanto il potere è fortemente frammentato. Nella seconda fase dello *ius commune*, che va dal XIV al XV secolo, tale diritto perde la propria superiorità gerarchica e si affermano, invece, i diritti particolari; il diritto romano comune viene recepito solo in assenza di norme particolari, con funzione sussidiaria.

Con questa premessa, ricostruire il panorama normativo risulta ovviamente complicato. Una raccolta

²⁰⁶ Si ricordi che la pena dell'aborto in sé è stata introdotta dall'imperatore bizantino Basilio I, ma prevedeva esilio e fustigazione, non arrivando, dunque, a equiparare aborto e omicidio e conseguentemente senza prevedere la pena capitale.

²⁰⁷ Non si hanno infatti testimonianze di processi o di condanne a morte per aborto, per cui è lecito domandarsi se tali pene non fossero applicate piuttosto dall'inquisizione cristiana.

²⁰⁸ Sembra che secondo il glossatore si debba distinguere tra feto formato e informe, ma l'aborto non sia omicidio e non abbia rilevanza penale, ma solo civile e canonica. Il suo pensiero è riportato in E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 677. La glossa ordinaria è, infatti, una glossa dell'opera di diritto canonico del *Decretum Gratiani*, e si pone in linea con le molte voci del diritto canonico che affievolivano le pene per l'aborto di feto inanimato, evidentemente mutuando le sanzioni dal diritto civile. Su questa linea anche le Decretali di Gregorio IX, secondo le quali non vi è omicidio nell'aborto di feto inanimato; la concezione della punibilità dell'aborto ai soli effetti civili e canonici sarà presente anche nei decretalisti della meta del Duecento. In senso contrario, però, G. BUNIVA – G. PAROLETTI, *Il codice penale spiegato in ciascuno dei suoi articoli con annotazioni*, cit., p. 166-7, in base al quale la pena di morte sarebbe stata prevista, oltre che nel caso di morte della donna, anche per chi somministra bevande abortive se l'aborto si fosse verificato, circoscrivendo l'applicabilità della pena dell'esilio all'aborto tentato. Si veda anche B. HONNINGS, *L'aborto nei decretisti e nei decretalisti: un problema di peccato e di reato*, cit., p. 254-255.

²⁰⁹ E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 153, p. 678; G. BUNIVA – G. PAROLETTI, *Il codice penale spiegato in ciascuno dei suoi articoli con annotazioni*, cit., p. 167, ove viene riportato direttamente il pensiero del giurista bolognese: «*ante quadraginta dies, quia antea non erat homo, postea de homicidio tenetur*». Tale ultima fonte dà atto che il pensiero di Accursio sarà condiviso anche dai giuristi francesi del Cinquecento Duareno e Cuiaccio.

²¹⁰ Ne dà atto P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 25.

di leggi del XIV secolo²¹¹ testimonia che l'aborto è punito con l'esilio²¹². Diversamente, il noto giurista Bartolo da Sassoferrato distingue tre casi: l'aborto di feto inanimato, punito con l'esilio; l'aborto di feto animato, punito con la pena di morte; l'aborto dietro pagamento di denaro, punito con la pena di morte a prescindere dallo stadio di sviluppo del feto²¹³.

Anche nel XV secolo permane la distinzione, nelle sanzioni legali dell'aborto, tra feto formato e non formato, eccezion fatta per l'aborto effettuato per denaro, punibile in ogni caso²¹⁴. Permane altresì la commistione tra diritto canonico e diritto civile: lo testimonia lo Statuto di Ariano, regione situata nel nord est dell'Italia, che punisce l'aborto, al pari dell'infanticidio, con la pena di morte²¹⁵.

3. ...e nel mondo moderno e nell'età contemporanea

Nel 1532 Carlo V d'Asburgo, già incoronato dal Papa Imperatore del Sacro Romano Impero, emana la *Constitutio Criminalis Carolina*, una raccolta di diritto di provenienza per la maggior parte romanistica²¹⁶. L'articolo 133 sanziona penalmente l'aborto, parificando questo delitto all'omicidio: sia per l'aborto effettuato da terzi che per l'aborto auto-procurato dalla donna stessa, la pena è quella capitale²¹⁷. Se il feto non è ancora formato, la pena viene determinata arbitrariamente dal giudice secondo le concrete circostanze, con ciò recependo sostanzialmente l'interpretazione della *Lex Cornelia* dei glossatori²¹⁸. Secondo autorevole opinione²¹⁹ si tratta del primo testo laico che sanziona l'aborto

²¹¹ Vale la pena segnalare, pur non essendo il regno bizantino più presente nelle regioni italiane, che nel secolo in oggetto il *Prochiron auctum* del 1306, testimonia come nel diritto bizantino vigessero ancora le classiche pene dell'esilio o lavori in miniera per chi somministrasse bevande abortive. Si veda E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 664; P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., pp. 23-24.

²¹² Così P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 23. L'A. fa riferimento al solo esilio, ossia la pena introdotta da Basilio I per l'aborto auto-procurato, prevista anche per l'aborto in odio al marito, nonché per la somministrazione di bevande abortive, ove il colpevole fosse di condizione agiata. Non riferisce nulla, invece, circa la sopravvivenza delle particolari e più aspre sanzioni per l'aborto su commissione dei papabili eredi e per l'aborto che provoca la morte della donna, né sulla sanzione del lavoro in miniera, prevista ove colui che somministri bevande abortive fosse di ceto basso. Nulla si dice, infine, neppure sulla vigenza della pena di morte introdotta dalla Magna Glossa di Accursio nell'ipotesi di aborto di feto formato.

²¹³ Lo riporta E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 678. Sulla sanzione della pena di morte per l'aborto di feto formato, valgono le medesime considerazioni svolte per la stessa pena riportata dai glossatori circa la dubbia natura di pena religiosa o sanzione penale.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 679.

²¹⁵ Ne dà atto P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 27. Specificamente, era punita la donna che si provocasse l'aborto volontariamente, con veleni o sonde. La pena di morte veniva eseguita bruciando viva la colpevole, modalità chiaramente mutuata dall'inquisizione cristiana.

²¹⁶ Essendo, come si è visto, la repressione penale dell'aborto estranea alla tradizione romana, ci si è interrogati sulla fonte di questi precetti; in tal senso F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 380 ss.

²¹⁷ Così recitava l'articolo 133: «Quello che, di proposito deliberato, o per malizia, farà abortire una donna di un figlio che abbia avuto vita, col mezzo d'una pozione, come quello che avrà procurata la sterilità ad un uomo o una donna onde impedir loro d'aver figli, sarà condannato quale omicida; cioè, se trattasi di un uomo, ad essere decapitato, se trattasi di una donna, sebbene ella avesse praticato un tal mezzo contro se medesima, verrà precipitata nell'acqua o subirà una pena capitale. Ma se il figlio non aveva per anco avuto vita, i giudici pronunceranno soltanto una pena arbitraria, secondo le circostanze». Il testo è riportato in M. DE VOUGLANS, *Le leggi criminali nel loro ordine naturale*, III, Milano, 1813, p. 57.

²¹⁸ Lo sottolinea F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 336, osservando che le interpretazioni della *Lex Cornelia* dei glossatori fossero evidentemente errate, in quanto i romani, seguaci dello stoicismo, non potevano prevedere sanzioni per la morte del feto formato.

²¹⁹ F. CARRARA, *Ibidem*, p. 336

con la pena di morte, in quanto i testi dei commentatori e dei glossatori, scritti in un periodo di commistione tra diritto civile e canonico, non trovarono applicazione pratica in sede civile e restarono confinati al solo diritto canonico. È tuttavia acclarato che anche la *Constitutio Carolina* è ispirata al diritto canonico²²⁰. E infatti, conseguentemente, muta la *ratio* a presidio della sanzione. Mentre prima essa si individuava nel diritto dell'uomo a non essere privato di un erede, nella *Constitutio* si intravede, come già nelle aspre sanzioni introdotte da Basilio I e nell'interpretazione inaugurata dai glossatori, la riprovevolezza verso la repressione di una vita nascente²²¹.

La *Constitutio*, nota come la prima codificazione di diritto penale sostanziale e processuale²²², disciplina per la prima volta anche il processo del reato di aborto, disponendo, per il giudice, l'obbligo di acquisire il parere dei periti. La figura del perito è allora impersonata dalle levatrici, essendo il parto affidato alla cura delle sole donne²²³. Tale previsione rende il nuovo modello processuale della *Constitutio* idoneo a mantenersi immutato nel tempo, poiché l'obbligo di acquisizione del parere tecnico consente di recepire le evoluzioni del sapere scientifico negli anni. Ed infatti la *Constitutio Criminalis Carolina* resterà a fondamento del diritto penale delle regioni imperiali anche nel Seicento e settecento²²⁴. Trattasi, però, di secoli nei quali l'Italia è frazionata in vari staterelli, per cui risulta impossibile reperire la legislazione di ognuno di essi. Seguirà, pertanto, un quadro generale della situazione sociale e normativa, accompagnato dalle poche fonti specifiche reperite.

Il Seicento è segnato dall'importante invenzione del microscopio, perfezionato da Galileo nella prima metà del secolo. Detta circostanza consentirà di far luce, in parte, sul processo di sviluppo dell'embrione nel ventre materno e di superare la vecchia prassi che ricollegava la scoperta della gravidanza alla ricognizione, da parte della gestante, dei primi movimenti del feto. Gradualmente, accanto alla storica tesi secondo la quale l'embrione si forma per epigenesi, ossia mediante progressiva creazione di nuove parti e nuovi organi, si affaccia la tesi preformazionista. Secondo quest'ultima, l'embrione nasce già completo di tutti gli organi e di tutte le sue parti, che si sviluppano nel corso della gravidanza²²⁵.

Quanto alle leggi, il territorio italiano del Seicento è in piena dominazione spagnola. In Spagna l'aborto è considerato un grave delitto ed è sanzionato penalmente: le *Siete Partidas* prevedono l'esilio

²²⁰ F. CARRARA, *Ibidem*, p. 336.

²²¹ È tuttavia possibile avanzare solamente ipotesi, in quanto non si rinvengono fonti dell'epoca che analizzino la finalità della norma. E tali ipotesi si sviluppano sull'assunto della commistione con il diritto canonico. Non è dato, però, escludere *in toto* la finalità di disincentivare l'aborto per accrescere la popolazione, allora continuamente decimata da guerre e invasioni.

²²² Essa, si dice, influenzò le coeve raccolte di leggi, che egualmente, spesso, punivano l'aborto con pena capitale; altre si limitavano al carcere o ai lavori forzati. Per la rassegna delle sanzioni dell'aborto nel XVI secolo nei vari Paesi si veda F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., pp. 336-7.

²²³ Lo riporta A. PASTORE, *Il medico in tribunale: la perizia medica nella procedura penale d'antico regime (secoli XVI-XVIII)*, Bellinzona, 1998, p. 50.

²²⁴ Ne dà atto G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., p. 69.

²²⁵ G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., pp. 54-55.

temporaneo se il feto è inanimato, viceversa la pena capitale²²⁶. Nel chiarire il discrimine tra feto formato e non, soccorre ora l'invenzione del microscopio. L'aborto di feto formato è accertato quando si constata che la materia espulsa dal ventre materno presenta «forma di corpicciuolo organizzato [...] che offra vestigio di umana figura»²²⁷.

A fronte di queste severissime sanzioni, tuttavia, si segnala come le leggi venissero, in realtà, mal applicate durante il disinteressato governo spagnolo²²⁸. Inoltre, la diffusione ancora sporadica del microscopio e il fatto che l'aborto fosse ancora prerogativa esclusiva del mondo femminile e delle levatrici, fa sì che le donne, con facilità, nascondano la gravidanza e la sua interruzione.

Nel Settecento alla dominazione spagnola si sostituisce la dominazione austriaca; l'aborto rimane aspramente punito e inizia ad essere, pare, anche effettivamente perseguito²²⁹. Dalla metà del Settecento, inoltre, nella penisola italiana si diffonde la presenza del medico maschile durante il parto²³⁰; il processo stesso del parto inizierà, parallelamente, ad uscire dalla sfera privata della donna per ad acquisire sempre maggior interesse pubblico.

Un esempio della legislazione del tempo è la raccolta di leggi penali pubblicata nel 1786 in Toscana da Leopoldo I. All'articolo 67 viene proclamata la sanzione per la categoria dei "delitti atrocissimi", ossia la pena più grave, che viene estesa a coloro che concorrono in questi reati. L'articolo 71 inserisce l'aborto in tale categoria, classificandolo come omicidio qualificato e ancora distinguendo tra feto formato e non²³¹. Essendo, però, la pena di morte abolita nel codice in esame²³², nel primo caso, la sanzione per la donna è la gogna e la condanna all'ergastolo, mentre i complici di procurato aborto di feto formato, se di sesso maschile, sono condannati ai lavori forzati a vita. Se invece l'aborto non si verifica o se il feto non è ancora animato, la donna subirà la pena della reclusione e l'uomo, eventuale complice, dell'esilio temporaneo. Viene punito anche il procurato aborto colposo, laddove un terzo

²²⁶ In ciò sostanzialmente allineandosi a quanto già previsto nelle raccolte di leggi sopra esaminate; per approfondimenti si veda F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 337.

²²⁷ Definizione tratta da G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale, con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, II, Macerata, 1856, p. 266. il quale segnala che, in assenza di reperto biologico, non è sufficiente la perizia che si può effettuare sulla donna già gravida; Cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, cit., p. 118, che lega il concetto più precisamente alla formazione degli organi, e che testimonia come, "per regola", un medico dovesse sempre dichiarare vitale e animato un feto di sette mesi, specificando, però, che secondo i medici la vita si ha solamente col primo respiro fuori dal ventre materno.

²²⁸ Come scrisse lo stesso Manzoni ne *I promessi sposi*, non mancavano le leggi, «i delitti erano enumerati e particolareggiati con minuziosa prolissità, le pene pazzesche, esorbitanti [...] e tuttavia queste leggi non servivano ad altro che ad attestare ampollosamente l'impotenza de' loro autori. L'impunità era organizzata».

²²⁹ Si ha testimonianza dei processi per l'imputazione di procurato aborto, sia per l'aborto di feto animato, detto "sgravio di feto a bella posta procurato", sia di feto non formato, detto "sgravio di feto inanimato". Il primo era enumerato tra i "delitti più enormi" e punito con pena di morte e tortura, mentre il secondo con pene meno gravi. Si veda A. AGRÌ, *La giustizia criminale a Mantova in età Asburgica: il supremo consiglio di giustizia (1750-1786)*, Milano, 2016, p. 216

²³⁰ La figura maschile fa il suo ingresso nell'ambito dell'ostetricia storicamente nel 1663, quando Luigi XIV fa assistere clandestinamente un chirurgo al parto di Madame de La Vallière: questa modalità si diffonderà nell'aristocrazia e nell'alta borghesia parigina. In Italia troverà fortuna solo più tardi, anche sotto la spinta dell'amministrazione pubblica, preoccupata dall'altissima mortalità da parto. Si veda G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., p. 76 ss.

²³¹ Ne dà atto G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto penale*, cit., p. 272.

²³² Si segnala l'influenza delle tesi di Gramsci sul codice in oggetto, che prevede l'abolizione della pena di morte all'art 51.

colpisca la donna o le somministri qualcosa che, involontariamente, causi l'interruzione della gravidanza²³³. L'aborto è delitto perseguibile d'ufficio²³⁴.

Dal punto di vista sociale, nel 1798 il pastore inglese Robert Thomas Malthus pubblica il celebre Saggio sul principio di popolazione²³⁵, che diverrà un fondamentale riferimento per le politiche su procreazione e aborto. Malthus sostiene che la principale causa della miseria sia l'incremento demografico, al quale mai potrebbe far fronte l'incremento di risorse dello Stato. Suggerisce, quindi, dei metodi naturali per evitare il sovrappopolamento e perseguire il maggior benessere per la comunità. Parallelamente, si affacciano alcune tesi che legano aumento demografico e potenza dello Stato²³⁶, esaltando il ruolo della madre e dipingendo la maternità come la missione principale della donna²³⁷. Queste ultime teorie troveranno, però, completo sviluppo solo nell'Italia post-unitaria e nel Novecento. Muterà, allora, anche la *ratio* del divieto di aborto, che verrà individuata nel diritto dello Stato di acquisire un nuovo cittadino²³⁸.

Nel diritto dell'Ottocento, invece, l'aborto viene collocato tra i delitti contro la persona, contro la vita e contro l'integrità del corpo. La *ratio* della criminalizzazione risiede, pertanto, nella tutela della vita del nascituro o della salute e integrità della donna. Tuttavia, già nell'Ottocento vi è chi sostiene che l'aborto è punibile in quanto costituisce lesione dei diritti dello Stato²³⁹; c'è però un solo codice che colloca l'aborto tra i delitti contro l'ordine delle famiglie, ossia il Codice penale sardo.

L'Ottocento inaugura la prassi delle codificazioni. Nei codici ottocenteschi il termine procurato aborto viene interpretato focalizzandosi non sull'espulsione del feto, ma sull'uccisione del medesimo. Si diffonde così, soprattutto in dottrina, il termine "feticidio" per prendere le distanze dall'infanticidio, al quale l'aborto è stato da sempre associato. Il reato di procurato aborto viene circoscritto alla sola ipotesi di espulsione prematura di un feto che muoia a causa delle manovre abortive²⁴⁰. Resta esclusa l'ipotesi di dolosa espulsione prematura del feto che nasca comunque vivo, ma muoia successivamente; questo caso ricade nell'ipotesi di infanticidio. Pure rimane esclusa l'espulsione del feto morto già prima

²³³L'intero testo della cd. Leopoldina è reperibile scansionato sul sito antropologiagiuridica.it.

²³⁴ Art. 6 della raccolta di leggi penali di Leopoldo I.

²³⁵ R. T. MALTHUS, *Saggio sul principio della popolazione*, cit.

²³⁶ Per una rassegna delle citazioni degli esponenti di tale pensiero si veda G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., p. 71.

²³⁷ Verrà data maggiore importanza anche alla figura della levatrice e, in generale, alla teoria medica sul parto; lo riporta G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., p. 73 ss.

²³⁸ «Lo Stato ripone il fondamento della perenne sua esistenza nella procreazione e la speranza di questo cresce nei feti che vivono negli alvi materni [...] Il giureconsulto [...] si convince facilmente che il diritto dello Stato di procurarsi nell'embrione un futuro cittadino non soggiace a dubbio fondato; dal che risulta la punibilità del delitto di procurato aborto». La citazione è tratta da A. DE SIMONI, *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati*, in *Biblioteca scelta del foro criminale italiano*, diretta da G. TOCCAGNI, vol. 6, Milano, 1854, p. 111. Altre testimonianze del pensiero sulla *ratio* del divieto d'aborto all'epoca si trovano in G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, cit., p. 82; notevole, tra gli altri, il pensiero del Pessina, secondo il quale non viene leso alcun diritto del nascituro, bensì viene leso il diritto della società a che prosegua il percorso di formazione della vita.

²³⁹ In tal senso anche F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 340-341, che nel riferirsi al danno causato dal delitto di aborto parla di "danno alla società".

²⁴⁰ Fattispecie delittuosa descritta in F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 330 ss.

delle manovre abortive.

Si passeranno ora brevemente in rassegna le sanzioni del delitto in esame previste nei vari codici delle regioni italiane²⁴¹.

Nelle leggi del regno di Napoli del 1808 l'aborto è incluso nel genere dei parricidi e viene sanzionato con la condanna ai lavori forzati, con eventuale attenuante per causa d'onore²⁴².

Il Codice di Parma del 1820 inserisce l'aborto tra i crimini e delitti contro le persone, specificamente tra i crimini o delitti analoghi alle percosse e ferite volontarie. L'aborto auto-procurato, o procurato con il consenso della donna, è punito con la reclusione da 3 a 5 anni²⁴³; pena, invero, meno severa di quelle stabilite nei coevi codici, tanto più se si considera che resta identica anche nel caso in cui l'aborto sia eseguito contro la volontà della donna. Sono previste aggravanti se l'aborto è eseguito da medici o levatrici e se all'aborto consegue la morte della donna.

Il Codice Ticinese del 1816 inserisce l'aborto tra i delitti contro la vita e l'integrità del corpo e, all'apparenza ricalcando la distinzione tra feto formato e non, sebbene non la menzioni, prevede la pena della detenzione per l'aborto eseguito dopo il terzo mese di gravidanza, riducendo il periodo detentivo per l'aborto effettuato entro il primo trimestre²⁴⁴. Sono previste aggravanti per l'aborto eseguito da medici e per il caso in cui all'intervento sia seguita la morte della donna.

Il Codice di Modena del 1814 sanziona l'aborto con la pena di morte²⁴⁵. Tale sanzione verrà attenuata nel successivo testo del 1855, che inserisce l'aborto, genericamente, nel libro dei delitti, e prevede la pena della reclusione non inferiore a 15 anni per l'aborto auto-procurato o eseguito con il consenso della donna, aumentata a minimo 20 anni in assenza di consenso²⁴⁶. È prevista un'attenuante per causa d'onore, a beneficio, però, della sola donna, mentre si ritrovano le consuete aggravanti della morte conseguita all'aborto e dell'aborto eseguito da soggetti esercenti la professione sanitaria. È singolare notare la grave sanzione stabilita per l'aborto tentato, determinata nella reclusione da 7 a 10 anni.

Il Codice penale toscano del 1853 inserisce l'aborto tra i delitti contro la persona. L'articolo 321 punisce l'aborto auto-procurato con la reclusione da 3 a 7 anni²⁴⁷, con attenuante nel caso in cui la donna sia stata "fecondata illecitamente"²⁴⁸. Più severa la sanzione dell'aborto procurato da terzi,

²⁴¹ Per una panoramica completa e dettagliata si veda T. FERRAROTTI, *Commentario teorico-pratico de Codice penale per gli stati di S.M. Vittorio Emanuele II, colla comparazione dei codici penali di tutta la penisola italiana, del codice austriaco, del giure romano e del diritto penale francese*, Torino, 1860, p. 147 ss.

²⁴² Si evince dalla raccolta di leggi *Bullettino delle leggi del Regno di Napoli*, Napoli, 1808, p. 358

²⁴³ Articoli 328-329 del *Codice per gli Stati di Parma, Piacenza, ecc.*, Parma, 1820, p. 140.

²⁴⁴ Articoli 270-272 del *Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino*, Lugano, 1816, p. 117 ss.

²⁴⁵ Si vedano gli artt. 379-81 del Codice di Modena del 1814, riportati anche in F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 337

²⁴⁶ Articoli 379-383 del *Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati Estensi*, Modena, 1855, p. 86 ss.

²⁴⁷ Articoli 321-324 del *Codice penale pel Granducato di Toscana*, 1853, p. 109 ss.; vedi anche F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 323 ss.

²⁴⁸ L'inciso, che ben potrebbe far pensare a un'attenuante per causa d'onore, dunque relativa al concepimento adulterino, è inteso, in realtà, come attenuante per la sola violenza sessuale. Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit.,

sebbene con il consenso della donna, punito con la reclusione fino a 10 anni, elevata fino a 15 se manca, invece, il consenso della gestante. Figurano le solite aggravanti per l'esercente una professione medica e per la morte conseguente all'aborto. Infine, è sanzionato anche l'aborto colposo, che si verifica se il feto è nato morto a seguito di accelerazione del parto, ma senza intento soppressivo. Non è invece punito il tentato aborto, giacché il legislatore ha preferito non andare incontro a sicuri sconvolgimenti familiari senza che vi fosse un altrettanto certo danno²⁴⁹.

Nel Codice penale sardo del 1839, poi esteso anche ai territori napoletani, l'aborto è singolarmente annoverato tra i delitti che ledono l'ordine delle famiglie, a differenza della maggior parte dei codici, che, come si è visto, lo inseriscono nell'ambito dei delitti contro la vita, l'integrità o le persone. L'aborto auto-procurato o effettuato col consenso della donna è punito con la reclusione per minimo 7 anni, eventualmente accompagnata dalla pena dei lavori forzati per 10 anni. Se la donna non era consenziente, il codice lascia al giudice il compito di determinare a quanti anni di lavori forzati sarà condannato il reo. È prevista un'aggravante nel caso in cui consegua la morte della donna, che può portare alla condanna all'ergastolo con lavori forzati ove la stessa non fosse consenziente. Altra aggravante è prevista nel caso in cui l'intervento sia eseguito da un medico o una levatrice. Vi è invece un'attenuante per causa d'onore. L'articolo 547 sanziona anche il tentativo di aborto, con reclusione fino a 5 anni²⁵⁰. La successiva versione del 1859, all'articolo 501, attenua le previgenti pene, prevedendo, per l'aborto auto-procurato o eseguito su donna consenziente, la reclusione da 5 a 10 anni. Per l'aborto su donna non consenziente, la reclusione viene fissata nel minimo di 10 anni. Restano pressoché immutate le attenuanti e le aggravanti²⁵¹, nonché la sanzione per il tentato aborto. Permane altresì la collocazione del delitto nel titolo dei reati contro l'ordine delle famiglie.

In conclusione, nell'Ottocento scompare la sanzione della pena di morte per l'aborto, già introdotta dai glossatori nel Duecento e rimasta in vigore fino al Settecento. Scompare, altresì, la distinzione tra feto formato e non: solo il codice Ticinese ne presenta gli strascichi, punendo meno severamente l'aborto effettuato nel primo trimestre.

4. L'Italia post-unitaria

Il 17 marzo 1861 viene proclamata l'unità del Regno d'Italia. Conseguentemente, viene dato il via a un'opera di codificazione per il nuovo Stato: nel 1859 viene redatto il Codice penale, entrato in vigore

p. 335, il quale ravvisa, invece, un'attenuante per causa d'onore, analogamente al caso dell'infanticidio. Tuttavia, sia nel reato di infanticidio che in quello di aborto si riconosce l'attenuante a chi compie il reato per evitare "sovrastanti sevizie", ciò che riguarda sostanzialmente l'ipotesi di violenza carnale.

²⁴⁹ Così riporta F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 340-341.

²⁵⁰ Articoli 543-547, *Codice penale per gli Stati*, Torino, 1839, p. 162 ss.; vedi anche F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 330.

²⁵¹ Articoli 501-505, *Codice penale per gli Stati*, cit., p. 153 ss.; vedi anche F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 335.

nel 1865. Sostanzialmente, si tratta del Codice del Regno di Sardegna del 1859 al quale viene apportata qualche modifica. Tali modifiche, però, non riguardano l'aborto: ed infatti sono sempre gli artt. 501-505 a disciplinare questo reato, collocato nel titolo dei reati contro l'ordine delle famiglie. Per l'aborto auto-procurato o effettuato su donna consenziente, la pena è la reclusione da 5 a 10 anni e, per quello su donna non consenziente, la reclusione per minimo 10 anni. Restano le aggravanti per l'esercente la professione medica o nel caso in cui all'intervento consegua la morte della donna; vi è un'attenuante, invece, nel caso in cui il concepito sia frutto di relazione illegittima. Infine, il tentativo è punito con la reclusione di massimo 5 anni²⁵².

Detto Codice verrà sostituito dal Codice Zanardelli del 1889, entrato in vigore nel 1890. Nel Codice Zanardelli l'aborto muta collocazione e viene categorizzato tra i delitti contro la persona²⁵³. Le pene vengono praticamente dimezzate: l'articolo 381 prevede, per l'aborto auto-procurato, la reclusione da 1 a 4 anni. Per l'aborto procurato da terzi su donna consenziente la reclusione è da 2 anni e mezzo a 5 anni. L'aborto su donna non consenziente rimane l'unica fattispecie punita anche allo stadio di tentativo: se l'aborto è solo tentato, la pena è la reclusione da 2 anni e mezzo a 6 anni, viceversa dai 7 ai 12 anni²⁵⁴. Quanto alle circostanze aggravanti, permane quella per l'esercente professione medica e per la morte conseguente ad aborto; viene introdotta l'aggravante per l'aborto eseguito dal marito. Infine, viene estesa l'attenuante della causa d'onore, che sarà applicabile a chi procura l'aborto per preservare l'onore della moglie, delle ascendenti, discendenti, sorelle, e finanche delle figlie adottive.

Quanto alla *ratio* della sanzione, le tesi principali sono due: da un lato, vi è chi la identifica nella tutela della vita del concepito, che costituirebbe, sebbene non ancora un uomo, una speranza di uomo. Dall'altro, si ipotizza che la norma tuteli la salute della gestante, deponendo in tal senso la circostanza per cui il tentativo di aborto sarebbe punibile anche quando il concepimento non fosse in realtà avvenuto²⁵⁵. Ad entrambe le tesi si affianca, però, la *ratio* della tutela dell'integrità della stirpe: occorre garantire allo Stato un popolo numeroso, che sia capace di difenderlo²⁵⁶.

Veniamo infine al Codice penale del 1930, il cosiddetto Codice Rocco, redatto e pubblicato durante

²⁵² Vedi *supra*, paragrafo precedente.

²⁵³ Codice penale per il Regno d'Italia, Roma, 1889, artt. 381-385.

²⁵⁴ Per approfondimenti sulla giurisprudenza in tema, si veda Cass. Pen., 26 ottobre 1910, in *Il Foro It.*, vol. 36, II, 1911, p. 17 ss; Corte Assise Roma 25 marzo 1934, in *Il Foro It.*, vol. 60, II, 1935, p. 203 ss.

²⁵⁵ Per la prima tesi si veda F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 373 ss.; per la seconda G. ZIINO, *Compendio di medicina legale*, II, Napoli, 1883, p. 283. La prima tesi è quella assorbita dal Codice, essendo punibile l'aborto solo se si prova la gravidanza. Per approfondimenti si veda anche la nota di SOTGIU a Corte Assise Roma, 25 marzo 1934, in *Foro It.*, vol. 60, II, 1935, p. 203 ss.; il Sotgiu unisce le due tesi e le arricchisce, sostenendo che la penalizzazione dell'aborto sia dovuta, oltre che alla tutela della salvaguardia della stirpe, alla tutela della vita del concepito, alla tutela della salute della donna contro lesioni di terzi, e alla tutela della salute della donna contro le lesioni inferte da sé medesima. L'A. prosegue, infatti, affermando che sarebbe «ormai un concetto superato che i beni della vita e della integrità personale siano considerati come liberamente disponibili a volontà dell'individuo».

²⁵⁶ È la stessa Relazione al Re sul Codice Zanardelli, al punto n. 177, ad esplicitare questo fine, sebbene, come si è visto, il reato sia inserito tra i delitti contro la persona. Si veda la *Relazione per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale e Regio Decreto* 19.10.1930, n. 1398, Roma, 1930, pubblicata sul sito della gazzetta ufficiale <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1930/10/26/251/sg/pdf>

il regime fascista. Questo è il Codice attualmente vigente, seppur con varie modifiche che hanno riguardato, come si vedrà, anche il reato in oggetto. L'aborto è collocato nel titolo "dei delitti contro l'integrità e sanità della stirpe", esprimendo più chiaramente la *ratio* statalista dietro la logica punitiva che pure era presente, sebbene non quale ragione principale, nei precedenti Codice Zanardelli e Codice sardo.

La relazione al re esplicitamente afferma che il bene fondamentale tutelato dalla repressione dell'aborto è l'integrità della stirpe e la salvaguardia, quindi, del futuro stesso della Nazione²⁵⁷. Accanto ad esso figurano beni definiti secondariamente importanti, quali la morale o il buoncostume, il pudore o l'onore sessuale, la tutela del concepito²⁵⁸ e della salute della madre.

Passando brevemente in rassegna le pene²⁵⁹, rimane immutata la sanzione per l'aborto su donna non consenziente (reclusione da 7 a 12 anni). Anche per l'aborto su donna consenziente il Codice Rocco riprende la pena (reclusione da 2 a 5 anni) già prevista dal Codice Zanardelli: a differenza di quest'ultimo, però, estende tale sanzione anche alla donna che ha prestato consenso al reato. Restano uguali, e più tenui rispetto alle fattispecie precedenti, le sanzioni per l'aborto auto-procurato (reclusione da 1 a 4 anni). Si introduce l'ipotesi delittuosa dell'istigazione all'aborto con somministrazione di mezzi idonei²⁶⁰, punita a prescindere dall'esito letale per il feto e finanche dalla stessa concretizzazione dell'istigazione. Il Codice introduce anche una novità sul tentato aborto, risolvendo una questione largamente dibattuta durante la vigenza del Codice Zanardelli²⁶¹: si prevede che il tentativo di aborto venga punito a prescindere dalla reale sussistenza della gravidanza, ma solo se l'intervento cagiona lesioni o la morte della donna²⁶². Ancora, vengono sanzionati gli interventi che provocano l'impotenza a procreare²⁶³ e la loro pubblica propaganda. Restano le aggravanti per morte conseguente all'aborto e per l'aborto

²⁵⁷ *Ibidem*, punto 177: «all'offesa di ogni altro interesse prevale l'offesa all'integrità e continuità della razza, elemento essenziale della vita della nazione e dello Stato». Tuttavia, nei *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale, V, Parte II*, Roma, 1929, p. 396, si legge che la volontà iniziale del Guardasigilli era, «ricollegandosi alla tradizione legislativa italiana, [...] la tutela della vita del feto, il quale, come *spes hominis*, trova protezione, nel sistema generale del nostro diritto, ancorché tuttora racchiuso nel ventre materno».

²⁵⁸ Il concepito viene definito «una *spes vitae*, se non ancora una vita» (v. *Ibidem*, punto 177). Nei *Lavori preparatori*, cit., p. 319, si legge che «Per quanto il feto non sia, a stretto rigore, soggetto di diritti, esso non può considerarsi come una *portio viscerum* ed equipararsi agli organi interni della generazione (utero, ovaia)».

²⁵⁹ Artt. 545-55 c.p.

²⁶⁰ Erano punibili anche coloro che accompagnavano la donna da chi avrebbe effettuato l'aborto, così come coloro che le suggerivano un soggetto che potesse eseguire l'intervento. L'incriminazione a titolo di istigazione o somministrazione di mezzi idonei era limitata al caso in cui la donna o i terzi non iniziassero l'intervento abortivo. Viceversa, l'imputazione si aggravava a titolo di concorso nel reato e la suddetta condotta assumeva valenza causale; si veda R. PANDINI, *L'aborto in Italia*, cit., pp. 92 e 152.

²⁶¹ Il riferimento è ai limiti della punibilità del tentativo di aborto nel caso di gravidanza erroneamente supposta, cui si fa cenno anche in nota 255.

²⁶² L'agente deve però determinarsi a compiere il fatto nella convinzione che la donna sia incinta e con l'intento di farla abortire; si veda *Lavori preparatori*, cit., p. 400.

²⁶³ Si tratta di interventi come l'asportazione delle ovaie o la vasectomia; non rientra nell'ambito della norma, invece, la somministrazione di anticoncezionali (ci si riferisce al preservativo, essendo i contraccettivi femminili non ancora inventati -quelli ormonali- o non ancora diffusi -la spirale-), che rimane lecita per impedire la diffusione delle malattie veneree.

effettuato da chi esercita la professione sanitaria, nonché permane l'attenuante per la causa d'onore²⁶⁴, che diminuisce la pena dalla metà ai due terzi.

Infine, è doveroso sottolineare che, a completare il panorama sanzionatorio, vi è il divieto, per le levatrici, di assistere o curare donne gravide con minaccia d'aborto. Conseguentemente, tutti i casi di aborto, anche solo paventato, vengono esaminati dai medici, sui quali gravava l'obbligo di denunciare alla Procura della Repubblica ogni interruzione di gravidanza entro 48 ore²⁶⁵.

Alla luce del panorama normativo sopra descritto, l'aborto è lecitamente praticabile solo nel caso in cui portare avanti la gravidanza costituisca un grave pericolo per la vita della donna, previo parere di tre medici e con obbligo di trasmissione di una relazione a scopo di controllo: si richiedono, pertanto, i requisiti dello stato di necessità²⁶⁶.

5. La sentenza 27/1975 e il travagliato percorso verso la legge 194/1978: tra cattolicesimo e laicismo

Nel giro di qualche decennio la normativa del codice Rocco, sebbene non venisse applicata a tappeto, ma colpisse severamente solo pochi casi, scatenò diverse reazioni. Di fronte all'altissimo numero di donne decedute per aborto clandestino la gran parte del panorama politico e giuridico chiedeva a gran voce una regolamentazione dell'aborto.

I dati certi su quante donne siano morte per aborto clandestino non vennero mai rivelati: le severe sanzioni fungevano da deterrente alla denuncia del fatto e addirittura scoraggiavano le donne dal recarsi al pronto soccorso a seguito delle eventuali complicazioni di un aborto clandestino²⁶⁷. Gli aborti

²⁶⁴ L'art. 551 c.p. estende l'attenuante ai "prossimi congiunti"; la dottrina e la giurisprudenza hanno inteso rendere la circostanza applicabile (estendendola rispetto al codice Zanardelli) a discendenti, ascendenti, affini fino al secondo grado (solamente in linea retta) e collaterali fino al quarto. Sull'impossibilità di estendere l'attenuante agli affini in linea collaterale, v. Cass. pen., 10 febbraio 1960, in *Riv. Pen.*, II, 1960, p. 481. Il concetto di "onore" della donna è legato all'illibatezza; resta isolata la sentenza della Cassazione del 1951 che riconosce l'attenuante nel caso in cui la gestante era una donna nubile con un figlio naturale nato da una precedente relazione. Per approfondire si veda R. PANDINI, *L'aborto in Italia*, cit., p. 83 e p. 143 ss., dove passa in rassegna i vari precedenti giurisprudenziali in tema.

²⁶⁵ Lo riporta P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 46. L'A. segnala che tale obbligo entra in contrasto con l'articolo 365 c.p., in base al quale il referto non è obbligatorio se rischia di coinvolgere il paziente in procedimenti penali. Tuttavia, il Ministero dell'Interno, con circolare del 13.09.1931, ha chiarito che l'obbligo di referto vige anche nei casi di sospetto aborto, sostanzialmente disapplicando, nell'ipotesi in esame, l'articolo 365 c.p.

²⁶⁶ Non era possibile abortire neppure in caso di gravi malformazioni fetali, ossia l'ipotesi del cd "aborto eugenetico". Sulla procedura ed il necessario consenso dei tre medici si veda S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 573; sull'inquadramento della fattispecie nell'art. 54 c.p. si veda R. PANDINI, *L'aborto in Italia*, cit., pp. 50-55, il quale si interroga sulla possibilità di invocare lo stato di necessità in caso di violenza carnale. Questione che si pone anche il Pecorella, domandandosi se possa dirsi contrario alla tutela dell'integrità della stirpe l'aborto del concepito nato da stupro compiuto da uno straniero, o l'aborto effettuato da una donna straniera. Si veda G. PECORELLA, in AA. VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma.*, cit., pp. 26-27. Si spinge oltre E. BRUTI LIBERATI, in AA. VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma.* cit., p. 90, auspicando l'applicazione dell'art 54 c.p. non solo in caso di pericolo di vita della gestante, ma anche in caso di pericolo grave per l'integrità, la libertà fisica e morale e l'onore della stessa.

²⁶⁷ Per dare un'idea dei danni alla salute causati dall'aborto clandestino si può utilizzare il riferimento ai dati russi, dove per lungo tempo l'aborto era stato legalizzato. Le conseguenze erano talmente gravi e allarmanti che Lenin, in un suo discorso del 1920, stimò che il 40% delle donne che abortivano clandestinamente diventava sterile, mentre il 50% moriva; solo un

clandestini potevano attestarsi, orientativamente, secondo una stima media dei dati allora diffusi, intorno ai due milioni annui²⁶⁸; utilizzando lo stesso criterio, le donne morte per aborto clandestino si stimavano in circa ventimila l'anno²⁶⁹. Dato, quest'ultimo, che non stupisce se si considera che gli aborti clandestini erano eseguiti spesso da donne che improvvisavano, al costo di circa 5.000 lire e senza sterilizzazione degli strumenti, che spesso erano utensili di comune uso casalingo. Frequentemente, infatti, l'aborto veniva procurato conficcando nell'utero della donna un oggetto, quale un ferro da calza, una pinza, una sonda o un tubo di gomma, o ingerendo bevande a base di prezzemolo o purganti, anche corrosive²⁷⁰, che spesso causavano la morte della donna dopo atroci sofferenze.

Anche volendo considerare cifre più basse di quelle sopra riportate, non cambierebbe la gravità del problema²⁷¹: moltissime donne, soprattutto povere, morivano per non poter effettuare legalmente un intervento in ospedale.

La severa repressione dell'aborto risultava ancor più intollerabile considerando il contesto in cui era inserita, ossia un sistema nel quale sia la madre che il neonato erano completamente abbandonati a sé

10% si credeva immune da conseguenze negative gravi. Si veda R. PANDINI, *L'aborto in Italia*, cit., p. 170 ss. Per la descrizione da un punto di vista medico delle conseguenze più tragiche dell'aborto clandestino si veda G. NOIA, *Aborto spontaneo* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., pp. 3-4, che descrive l'aborto settico.

²⁶⁸ Si tratta di una stima media ricavata dalle cifre più frequentemente riportate. Tuttavia, come ovvio, non vi sono dati certi o ufficiali. G. DELLA TORRE, in AA. VV., *Difesa del diritto alla nascita (atti del XXIII convegno nazionale di studio, Roma 7-9 dicembre 1972)*, Roma, 1975, p. 230 contesta la cifra allora comunemente riportata di 2-3 milioni annui, argomentando che l'annuario statistico italiano del 1967 riportava, per il relativo anno, la cifra di 147.604 aborti sul territorio nazionale, imputabili a ogni causa. L'argomento vacilla di fronte al dato oggettivo della ritrosia a denunciare l'aborto clandestino, per il rischio delle gravi ripercussioni penali. G. MARTINOTTI, in *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*, cit., p. 46 ss., riporta le statistiche sanitarie ISTAT, che contavano circa 3 milioni di aborti all'anno. Sarebbero invece 4 milioni annui gli aborti clandestini secondo le stime delle associazioni femministe. La Relazione alla proposta di legge del PSI n. 1655 dell'11.2.1973, in AA.VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*, cit., p. 281, citando le statistiche dell'istituto INSOP, parla di circa 550 aborti clandestini al giorno a Milano. F. DAMBROSIO, *Maternità, contraccezione e aborto: problema di classe*, in E. BADARACCO – F. DAMBROSIO, M. BUSCAGLIA (a cura di), *Maternità cosciente*, cit., p. 34 riporta una stima degli aborti clandestini annui da 1 a 3 milioni. Un'accurata analisi di varie testimonianze concrete è svolta in M. L. ZANARDINI DE MARCHI, *Inumane Vite*, cit. L'A., recatasi per vari anni a somministrare periodicamente anticoncezionali nelle borgate romane, ha documentato che il costo dell'aborto clandestino variava da un minimo di 5.000£ a un massimo di 40.000£ e che svariate donne avevano praticato oltre 20 aborti. Il prezzo saliva a 150.000£ - 300.000£ nel nord Italia; si veda anche A. SALADINI, *L'aborto a Cologno Monzese*, in E. BADARACCO – F. DAMBROSIO, M. BUSCAGLIA (a cura di), *Maternità cosciente*, cit., p.99. Il prezzo saliva ulteriormente a 700.000£ e fino a un milione per l'aborto clandestino in clinica privata, secondo quanto riportato da M. A. TEODORI, *Giro d'affari dell'aborto clandestino*, in E. BADARACCO – F. DAMBROSIO, M. BUSCAGLIA (a cura di), *Maternità cosciente*, cit., p. 194 ss.

²⁶⁹ Tale dato si ricava da R. CAMBER, in AA. VV., *Difesa del diritto alla nascita*, cit., p. 184, che cita una relazione del Parlamento secondo la quale le morti da aborto clandestino sarebbero circa 20 mila all'anno, cifra sostenuta anche dal senatore Banfi. G. MARTINOTTI, in *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*, cit., p. 49, contesta le stime di 20-25.000 morti annue da aborto clandestino, considerando che le morti, per qualsiasi causa, delle donne in età fertile (14-49 anni) si attestavano intorno alle 16.000 annue. C. POLLI, *Introduzione*, in E. BADARACCO – F. DAMBROSIO, M. BUSCAGLIA (a cura di), *Maternità cosciente*, cit., p. 21, affermò che l'Italia vantava il triste primato del Paese europeo con il più alto tasso di mortalità per aborto.

²⁷⁰ Corte Assise Napoli, 28 marzo 1953, in *Foro It.*, II, 1953, p. 12, testimonia l'episodio di una donna che morì per indigestione dopo aver ingerito, allo scopo di abortire, un purgante di sale inglese contenente un sublimato corrosivo. Tra gli strumenti più utilizzati anche gambi di sedano, cucchiaini da cucina, sonde di plastica con aghi, iniezioni di acqua e sapone nell'utero; si veda la Relazione alla proposta di legge del PSI n. 1655 dell'11.2.1973, in AA.VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*, cit., p. 294.

²⁷¹ Così argomenta anche G. MARTINOTTI, in *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*, cit., p. 48. Nel sostenere la gravità del problema a prescindere da dati ufficiali sui decessi e sugli aborti clandestini, l'A. cita un'inchiesta dalla quale emergeva che, negli anni Settanta, moltissime donne avevano conoscenza diretta di almeno dieci casi di aborto clandestino.

stessi e dimenticati dallo Stato²⁷². In particolare, i neonati abbandonati dalle madri venivano inseriti nella cosiddetta ruota e successivamente nei brefotrofi o negli orfanotrofi, dove il tasso di mortalità nei primi anni di vita si attestava attorno al 40-60%²⁷³. Lo Stato non tutelava, inoltre, quei figli che, pur voluti, fossero vittima dei cosiddetti “aborti bianchi”, provocati come effetto collaterale dell'eccessivo e abusivo lavoro in fabbrica²⁷⁴. Quanto alla donna, colei che decidesse di tenere il figlio andava incontro a enormi difficoltà nel crescerlo e mantenerlo: non solo mancavano i sostegni statali, ma la donna che si trovasse costretta a lavorare per mantenere i minori rischiava poi di vederseli sottratti per darli in adozione, colpevolizzandola per omesso accudimento²⁷⁵.

Alla legalizzazione dell'aborto si opponevano fermamente i cristiani. Occorre sottolineare che il pensiero cattolico era rappresentato, nella stragrande maggioranza, da individui di sesso maschile: le donne erano sottorappresentate²⁷⁶ e si adducevano spesso argomentazioni maschiliste in favore della repressione penale dell'aborto²⁷⁷.

Il parere cristiano gioca comunque un ruolo fondamentale nell'Italia del Novecento²⁷⁸. Possiamo infatti individuare, nell'Italia degli anni Sessanta-Settanta, due schieramenti: uno, più numeroso e laico,

²⁷² Lo denuncia, tra le altre, F. PIERONI BORTOLOTTI in AA.VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*. cit., p. 126-7., sottolineando l'assenza di sostegno pubblico alle cure dei bambini e agli asili.

²⁷³ Stime risultanti da A. ZAPPOLI, *Primo saggio di statistica medica nell'interno del brefotrofo romano anno 1867-1868*, Roma, 1869, p. 20 ss., che dà atto che, anche tra chi sopravviveva, solo una bassissima percentuale diveniva poi abile al lavoro, essendo la maggior parte deformati o debilitati; nel riportare i dati del brefotrofo romano per il 1868, si indica un tasso di mortalità del 60%. Si veda anche A. BANDINELLI, in AA.VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*. cit., p. 129. La situazione legale di allora, che, a spregio della tutela del nascituro, del neonato e dei minori, prevedeva il loro sostanziale abbandono nei brefotrofi, è denunciata anche dalla deputata E. Bonino nella seduta del 12 aprile 1978 dei lavori preparatori per l'approvazione della l. 194/1978, visibile al link <http://legislature.camera.it>, p. 15384 dei verbali della seduta, dove si condanna, in particolare, l'impossibilità per le donne nubili di adottare prima dei 35 anni, a dispetto di quelle sposate che godevano di tale facoltà dai 23 anni.

²⁷⁴ Per approfondire si veda M. BUSCAGLIA, *Influenza del lavoro sulla salute della donna*, in *Maternità cosciente*, cit., p. 51 ss., che denuncia l'assenza di una disciplina che tutelasse concretamente la donna lavoratrice in maternità e ponesse un freno al preoccupante e comune fenomeno degli aborti bianchi. Paradossalmente, tuttavia, era in vigore allora la l. 1204/1971 che, sebbene solo sulla carta, era definita come una delle leggi maggiormente garantiste in Europa.

²⁷⁵ Il riferimento è all'episodio citato da C. SIGNORILE nella *Prefazione* di AA. V.V., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*. cit., p. 5

²⁷⁶ È quanto denunciato dalla stessa rappresentante cattolica T. ASSENSIO BRUGIATELLI in AA. VV., *Difesa del diritto alla nascita*, cit., p. 159. Su 39 partecipanti alla riunione dei giuristi cattolici del 1972 in cui è convogliato il predetto testo, solo due erano donne. Ed è proprio da una di loro, la Brugiatelli, che, con voce assolutamente fuori dal coro, perviene alla posizione più vicina a quella che sarà assunta dalla Corte costituzionale nel 1975. La stessa, dopo aver passato in rassegna le posizioni delle maggiori associazioni delle donne giuriste in Italia e nel mondo, tutte favorevoli alla regolamentazione (sebbene non alla liberalizzazione) dell'aborto, denuncia il contrasto del panorama italiano, dove la donna viene legalmente costretta a sopportare la gravidanza, ma successivamente viene lasciata sola dallo Stato: «qualora la società, lo Stato, imponga sempre e comunque tale dovere, sanzionando sempre penalmente l'aborto, la stessa società dovrebbe assumere in parte il peso della maternità» (*Ibidem*, p. 161). E ciò anche quando la donna non abbia partecipato all'atto sessuale che ha causato il concepimento, ossia nell'ipotesi di violenza carnale, non potendo allora argomentarsi che la stessa debba assumersi le proprie responsabilità. L'avv. Brugiatelli propone, infine, la non punibilità di alcune ipotesi di aborto.

²⁷⁷ Così P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 42 che, nel sostenere la validità delle sanzioni stabilite dal Codice Rocco, aggiunge che «il maggior numero di aborti è praticato da donne maritate per egoismo». V. MATHIEU in AA. VV., *Difesa del diritto alla nascita*, cit., p. 11-12 arriva a sostenere che la lotta per la legalizzazione dell'aborto «rinuncia al vantaggio di coerenza che le deriverebbe dal trasformarsi in una campagna per la legalizzazione dell'infanticidio», poiché in tal modo, a detta dell'A., le donne non correrebbero i rischi per la salute che genera l'aborto, né violerebbero le leggi naturali.

²⁷⁸ Per dare un'idea dell'influenza e importanza del pensiero cristiano, basti pensare che alla riunione dei giuristi cattolici del 1972 furono invitati sia l'allora Presidente della Repubblica che l'allora Presidente della Camera.

favorevole alla regolamentazione dell'aborto, sebbene non sempre alla liberalizzazione²⁷⁹, l'altro, quello cristiano, assolutamente contrario.

Gli argomenti della tesi sostenuta dal primo schieramento sono principalmente tre. *In primis*, si condanna l'ampia diffusione degli interventi di aborto clandestino e la conseguente accettazione degli stessi da parte della morale pubblica, con tutti i risvolti che ne derivano in termini sociali²⁸⁰. In secondo luogo, si evidenzia che la repressione penale causa una grave disparità di trattamento delle donne in base al reddito, con discriminazione delle più povere²⁸¹. Infatti, non potendo impedire di fatto il ricorso all'aborto, la criminalizzazione costringeva le donne più ricche a recarsi all'estero, dove potevano abortire in completa sicurezza in ospedali nei quali detto intervento era lecito. Viceversa, le donne più povere dovevano affidarsi a persone improvvisate, rischiando la morte o, nel migliore dei casi, gravi danni alla salute. Ancora, si afferma che la donna (come pure la coppia in generale) avrebbe diritto a una maternità consapevole, cosciente e volontaria.

Nel confutare tali argomentazioni, la tesi cristiana affermava che la repressione penale non potesse venir meno per il solo fatto che la legge venisse spesso violata e che la stessa non provocasse alcuna discriminazione tra donne ricche e povere nell'accesso all'aborto sicuro²⁸².

Le argomentazioni e le criticità segnalate dalla tesi laica porteranno a un radicale cambiamento negli anni Settanta; contribuiscono, in particolare, l'allarme creato dalle numerose morti da aborto clandestino e l'oggettiva difficoltà che la giustizia incontra nella repressione penale del reato.

Che la repressione penale non impedisse l'aborto è un dato di fatto, considerati gli elevati numeri sopra indicati. È un dato di fatto anche che il reato sia difficile da accertare, se non, a volte, addirittura impossibile. Infatti, le pene venivano applicate in maniera sporadica, con la conseguente percezione di un senso di giustizia non oggettiva e che i pochi individui sanzionati fossero degli sfortunati capri espiatori. Basti pensare che, durante la vigenza del Codice Zanardelli, dal 1916 al 1925, si contava una media di 83 condannate all'anno, con picchi minimi di 18 condanne in un anno²⁸³.

Dalla seconda metà degli anni Sessanta l'aborto viene legalmente introdotto in varie aree d'Europa²⁸⁴.

²⁷⁹ Tra le voci, minoritarie, a favore della liberalizzazione dell'aborto L. CASTELLINA, in AA.VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*. cit., p. 142 ss., che individua la causa primaria del divieto di aborto nella volontà sociale di relegare la donna ad un ruolo subalterno, ostacolando nel lavorare e ottenere la propria indipendenza.

²⁸⁰ G. MARTINOTTI, in *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*. cit., p. 53, specifica che la penalizzazione di un comportamento molto diffuso e moralmente accettato comporta lo sviluppo e la crescita di un mercato nero, della corruzione, la discriminazione dei meno abbienti e l'aumento dei costi giudiziari e pubblici. Si ricordi, infatti, che le donne, a seguito delle complicità dell'aborto clandestino, spesso si recavano al pronto soccorso, con conseguente aumento della spesa pubblica sanitaria.

²⁸¹ Si veda *supra*, nota 268 relativamente ai costi dell'aborto clandestino eseguito in clinica e dalle cosiddette mammane.

²⁸² Così I. M. GALLO, in AA. VV., *Difesa del diritto alla nascita*, cit., pp. 73-75; V. MATHIEU, in *Ibidem*, pp. 7-5.

²⁸³ Non si rinvencono dati relativi al periodo di vigenza del codice Rocco; per maggiori informazioni si veda P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, cit., p. 31.

²⁸⁴ In Inghilterra, con l'*Abortion Act* del 1967, viene legalizzato nel caso di rischio per la salute psicofisica della donna o per anomalie fetali. In Francia viene legalizzato nel 1974 e in Svezia nel 1975. Parallelamente, viene legalizzato in molte aree degli Stati Uniti; si veda AA. V.V., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*. cit., p. 34 ss.

Tali ideologie influenzano anche la politica italiana. Nel 1970 nasce il Movimento di liberazione della donna. Si implementano anche le azioni dell'AIED e del CISA²⁸⁵.

L'impianto normativo viene minato per la prima volta nel 1971, quando la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'articolo 553 c.p. che sanziona l'incitamento alle pratiche contro la procreazione, ritenendolo in contrasto con l'articolo 21 della Costituzione²⁸⁶. A livello internazionale, due anni dopo, nel 1973, negli Stati Uniti viene pubblicata la sentenza del Tribunale Supremo Federale resa nel caso *Roe vs. Wade*²⁸⁷, che avrà un'enorme risonanza nel dibattito. Il Tribunale dichiara che all'interno della tutela della *privacy* della donna è compresa la possibilità della gestante di decidere liberamente se abortire nei primi tre mesi di gravidanza, d'accordo con il medico. Proseguendo nel ragionamento, distingue altri due periodi della gestazione: nel secondo trimestre, quando l'aborto rappresenta un maggior rischio per la salute della gestante, lo Stato può regolamentare l'aborto, anche limitandolo, ma solo in funzione della tutela della salute della donna; nell'ultimo trimestre, quando il feto è vitale, lo Stato è obbligato a regolamentare l'aborto con la finalità di tutelare la donna ma anche il nascituro, potendo anche vietarlo, salvo che i medici lo ritengano opportuno a tutela della vita o salute della donna.

Il terreno fertile sul quale matureranno le modifiche alla legge italiana è dato, però, da due particolari episodi avvenuti nella più vicina Europa e che colpiranno particolarmente l'opinione pubblica nazionale. Il primo è il processo tenutosi nel 1972 in Francia nei confronti di Michèle Chevalier, imputata per aver concorso nell'aborto clandestino della propria figlia minore Marie Claire, rimasta incinta a sedici anni in seguito a uno stupro. Il secondo riguarda il processo a Gigliola Pierobon, tenutosi in Italia nel 1973, che la vedeva imputata di aver abortito quando era solo diciassettenne.

Il caso Chevalier si conclude con la condanna di quest'ultima a una mera sanzione pecuniaria, riconoscendole ogni possibile attenuante e comunque sospendendo la condanna stessa. Il pubblico ministero lascerà volontariamente decorrere i termini per l'impugnazione senza appellare, determinando

²⁸⁵ Rispettivamente, Associazione italiana sull'educazione demografica, fondata già nel 1953, che fu fortemente ostacolata dalla Chiesa e dalle associazioni cattoliche e Centro d'informazione sulla sterilizzazione e sull'aborto; si veda M. L. ZANARDINI DE MARCHI, *Inumane Vite*, Milano, 1969, pp. 207-214.

²⁸⁶ Corte cost., 16 marzo 1971, n. 49, la quale, nel ricostruire la *ratio* dell'articolo oggetto della questione di legittimità costituzionale, così afferma: «Va riconosciuto che la norma di cui all'art. 553 c.p. corrispondeva alla politica demografica del tempo, diretta all'incremento della popolazione, considerato come fattore di potenza, e alle concezioni a cui quella politica si ispirava». L'allarme verso la propaganda dell'aborto era talmente sentito in epoca fascista che nei lavori preparatori al Codice penale il Guardasigilli dichiara di aver declinato la proposta della Commissione di punire anche la semplice istigazione verbale. Si vedano i *Lavori preparatori*, cit., p. 400. Sul risultato raggiunto con la sentenza della Corte hanno influito molto le lotte dell'AIED e del CEMP (Centro di educazione matrimoniale e prematrimoniale).

²⁸⁷ Il caso nasce con l'impugnazione, da parte di una cittadina americana, della legge del Texas che sancisce il divieto d'aborto, ritenendolo in contrasto col principio di tutela della *privacy* rinvenibile, seppur non espressamente, nella Costituzione statunitense. Per approfondimenti sulla sentenza si veda *Riv. it. di dir. e proc. Pen.*, 17, 1974, p. 380 ss.; e per la sentenza e i risvolti nella giurisprudenza successiva statunitense M. CASINI, *Aborto negli Stati Uniti d'America* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 70 ss.; S. AGOSTA, *Spinte e contropunte in tema di interruzione della gravidanza e statuto dell'embrione*, in *Federalismi.it*, 1/2019, p. 1 ss.; S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 144 ss.; C. D'ORTA, *La disciplina dell'aborto: confini giuridici ed etici ed «initium vitae». L'esperienza brasiliana, statunitense e italiana*, in *Comparazione e diritto civile*, 3/2019, p. 1100 ss.

così la fine del procedimento²⁸⁸.

Diverso l'epilogo del processo Pierobon: una sentenza di condanna a un anno di reclusione²⁸⁹, che tuttavia non verrà scontata per l'utilizzo della formula del perdono giudiziale nello stesso provvedimento²⁹⁰.

Due anni dopo, la Corte costituzionale emetterà la sentenza che aprirà la via della legalizzazione dell'aborto²⁹¹. A sollevare la questione di legittimità costituzionale è il Tribunale di Milano, chiamato a valutare se condannare l'aborto eseguito su una donna affetta da grave miopia, che si sarebbe aggravata -verosimilmente sino alla cecità- con l'avanzare della gravidanza. Il giudice rimettente rileva come l'articolo 546 c.p. punisca chi cagiona l'aborto di donna consenziente «anche qualora sia stata accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante». L'aborto terapeutico *ex art 54 c.p.*, unica fattispecie non recriminabile, si mantiene, infatti, entro i confini dell'inevitabilità e l'attualità del pericolo di un grave danno alla persona. Pertanto, rimane penalmente sanzionata l'ipotesi di aborto effettuato per evitare aggravamenti futuri di preesistenti alterazioni fisiche della donna.

Con una sentenza di storica importanza la Corte allarga l'area del non punibile, estendendola oltre i confini dello stato di necessità. Il pericolo, nel caso *de quo*, non era evidentemente proporzionato alla cessazione di una vita, né era attuale, ma solo pronosticabile. La Corte dichiara la fondatezza della questione e l'incostituzionalità della norma che sanziona l'aborto di donna consenziente, fissando dei punti chiave:

- il concepito non è persona, ma «persona deve ancora diventare»;
- pertanto, nel rapporto gestante-nascituro, non vi è l'equivalenza tra vite che postula l'articolo 54 c.p., ma sulla vita del nascituro prevale la salute della donna, che è già persona;
- tuttavia, la circostanza che il feto non sia persona, non lo degrada ad oggetto, poiché beneficia comunque dei diritti costituzionali fondamentali *ex* articolo 2 Cost., segnatamente del diritto alla vita.

Tale ultima considerazione merita un'osservazione: la Consulta sembra contraddirsi quando afferma che il nascituro non è persona, ma tuttavia è «uomo», e gode dei diritti fondamentali.

La chiave di lettura va individuata nelle parole che seguono: è uomo «sia pure con le particolari

²⁸⁸ La Chevalier, madre nubile e abbandonata dal compagno, aveva già tre figlie da sostenere col suo solo salario; si veda G. HALIMI, *La causa delle donne*, Roma, 1979, p. 206 ss.

²⁸⁹ Trib. Padova, 7 giugno 1973, inedita.

²⁹⁰ L'accusa, si noti, si basava sulla sola dichiarazione della stessa imputata; fu effettuata sul suo corpo anche una perizia che, tuttavia, non portò a nessun risultato, considerati i 4 anni trascorsi dal fatto e la gravidanza portata a termine nel frattempo. Si veda L. PERINI, *Il corpo del reato. Parigi 1972-Padova 1973: storia di due processi per aborto*, Bologna, 2014, p. 21 ss.

²⁹¹ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. It.*, I, 1975, p. 1416 ss. In senso contrario, S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, cit., p. 572 ss., sostiene che la sentenza avrebbe avuto uno scarso impatto nella legalizzazione dell'aborto, avendo come maggiore effetto l'eliminazione del timore delle donne di subire una denuncia per qualsiasi sospetto di aborto non spontaneo; ciò in quanto la sentenza, facendo riferimento, nel corpo del testo, alla legittimità dell'aborto in caso di problemi di salute fisica e psichica, ampliava enormemente l'area del non punibile.

caratteristiche sue proprie». Sembra scorgersi in quest'inciso una sorta di renitenza della Corte, che non ha avuto l'ardire di scrivere a chiare lettere ciò che naturalisticamente è innegabile: che il feto ancora non è persona e neppure ancora è uomo. Larga parte della dottrina ha cercato di specificare tale confuso connubio di affermazioni sostenendo che il termine “uomo” sarebbe usato col significato di “categoria degli esseri umani”²⁹². Dunque, da una parte vi sarebbero l’“individuo”, “soggetto” o “essere umano”, che gode dei diritti fondamentali, pur non avendo personalità giuridica; dall'altra vi sarebbe la “persona”, che gode di entrambi. Queste teorie, però, si risolvono in sterili speculazioni terminologiche: basta dare uno sguardo al dizionario per notare come di questi termini si stia facendo l'uso più consono alla propria tesi, snaturandone l'essenza.

La sentenza 27/1975 altresì lascia adito a dubbi laddove afferma, genericamente, che l'embrione è titolare dei diritti fondamentali, (tra i quali il diritto alla libertà personale, al nome, al decoro, all'onore), sebbene, non avendo personalità giuridica, non potrebbe essere titolare di diritti.

La Corte si premura, inoltre, di affermare come «sia obbligo del legislatore [...] 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». Questo inciso sembrava dover porre le basi e i confini del dibattito politico e delle proposte di legge che seguiranno per legalizzare l'aborto, quasi tutte improntate sullo schema della regolamentazione e non della liberalizzazione. La legittimità dell'aborto verrà infatti ancorata, nella maggior parte delle proposte di legge, alla tutela della salute della donna, subordinando l'accesso al trattamento alla sussistenza, come stabilì la Corte, di un danno grave e reale che possa derivare alla donna dalla prosecuzione della gravidanza.

Questa impostazione è stata trasfusa anche nella legge²⁹³; tuttavia, resta un'effigie svuotata di significato, in quanto, come si vedrà, di fatto, nei primi tre mesi l'aborto si effettua su semplice richiesta della donna. La liberalizzazione e il formale riconoscimento del ruolo dell'autodeterminazione femminile nell'accesso alla prestazione nel primo trimestre restano tutt'ora, di converso, un ostacolo che sembra impossibile superare.

²⁹² In particolare, distingue tra essere umano e persona umana F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare: rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa*, 2005, II, p. 361; distingue, invece, tra essere umano e persona giuridica A. FAGOT-LARGEAULT, *L'embrione umano come persona in potenza*, in E. AGAZZI (a cura di), *Bioetica e persona*, Milano, 1993, p. 158 ss. Ancora, per la tesi secondo la quale la Corte costituzionale avrebbe inteso ampliare la nozione di persona al concepito, si veda M. G. PETRUCCI, *Fecondazione artificiale, famiglia e tutela del nascituro*, Napoli, 2002, p. 70 ss. che considera il concepito una persona e imputa la sua esclusione dai beneficiari della capacità giuridica al contesto storico dell'art. 1 cc. Singolare la posizione di Vallauri, secondo il quale il concepito è a tutti gli effetti un uomo, e denuncia l'embrionicidio in L. LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione e le vite diversamente importanti*, cit., p. 362 ss., posizione che sembra modificarsi nel 2002 (nota 70)

²⁹³ All'apparenza, infatti, la legge 194/78 sembra tutelare solo l'aborto terapeutico, richiedendo, così come già fece la sentenza 27/1975, determinati problemi di salute per accedere all'IVG. L'impostazione della Corte costituzionale del 1975 sembra esser stata, in un primo tempo, sconfessata nel 1981, quando la Consulta dichiarò ammissibile il referendum volto a liberalizzare l'aborto nel primo trimestre. Nel 1997, viceversa, la Corte dichiara l'inammissibilità di un referendum analogo sul presupposto del contenuto costituzionalmente vincolato degli articoli 1, 4 e 5 della legge 194/78, così rinnovando la necessità di ancorare l'aborto alla constatazione di problemi di salute della donna. Su questo ambiguo *revirement* si tornerà nel capitolo 4.

6. *L'iter parlamentare dell'approvazione della legge 194/1978*

Qualche mese dopo la sentenza della Corte costituzionale viene pubblicata la legge 25 luglio 1975 n. 405, istitutiva dei consultori familiari, che introduce il diritto alla genitorialità responsabile. Parallelamente, nello stesso anno proliferano le proposte di legge per riformare la disciplina dell'aborto²⁹⁴. Tra tutte le proposte, quella della DC è l'unica che sostanzialmente non stravolge la disciplina del codice Rocco, in quanto propone semplicemente di modificare la collocazione del reato, spostandola dal titolo dei reati contro la stirpe a quello dei reati contro la vita e l'incolumità individuale. Anche le pene, nella proposta, restano le stesse; viene inserita un'attenuante per violenza carnale, anomalie fetali o per il "grave turbamento" provocato alla gestante dalle condizioni economiche e sociali che le rendano impossibile mantenere il nascituro o continuare a mantenere gli altri figli.

Le altre proposte di legge, invece, sono accomunate sotto vari aspetti: quasi tutte prevedono una bipartizione del periodo gestazionale, individuando un termine, generalmente tre mesi²⁹⁵, entro il quale si può abortire sulla base di determinati presupposti, e successivamente subordinando l'intervento a un grave pericolo per la vita o la salute della donna. I presupposti, nel primo trimestre, si sostanziano generalmente nel fatto che la prosecuzione della gravidanza comporti un pericolo, anche non grave, per la vita o per la salute per la donna. Si ha riguardo anche alle anomalie fetali²⁹⁶ e -cosa più importante- al pregiudizio alla salute fisica o psichica che possa derivare alla gestante dalle sue condizioni personali, per tali intendendosi lo stato sociale, familiare ed economico. In due proposte di legge si menzionano esplicitamente la violenza carnale e l'incesto²⁹⁷, ipotesi generalmente ricomprese nell'aborto effettuato quando la prosecuzione della gravidanza rischi di compromettere la salute psicofisica della donna.

Solo il PRI propone di liberalizzare l'interruzione della gravidanza, non prevedendo alcun presupposto per accedere all'intervento nelle prime dodici settimane.

Merita menzione anche la proposta del PLI, che si distingue per incorporare l'attuale schema legislativo, prevedendo una tripartizione del periodo gestazionale: per l'aborto nel primo trimestre sarebbero sufficienti i presupposti generici sopra elencati, nel secondo trimestre sarebbe necessario accertare il pericolo di un grave danno per la salute della donna e, infine, il pericolo di un danno grave per la vita della gestante sarebbe il presupposto per abortire nell'ultima fase della gravidanza.

²⁹⁴ Il testo delle proposte di legge, tutte risalenti al 1975 salvo quella del PSI, redatta nel 1973, si trova in *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma*. cit., p. 236 ss.

²⁹⁵ Non prevede alcun termine la proposta del PSI. Il PSDI riduce il termine a dieci settimane, presumibilmente perché da quel periodo poteva essere rilevato, con i metodi di allora, il battito cardiaco del feto, ora rilevabile intorno alla sesta settimana.

²⁹⁶ La proposta del PSDI richiede per l'accesso all'intervento, oltre alla presenza di anomalie fetali, che le stesse siano incurabili.

²⁹⁷ Sono le proposte del PCI e del PRI. Colpisce, in particolare, che nella proposta del partito comunista si richieda, ai fini dell'erogazione della prestazione sanitaria, l'esibizione di un certificato di pendenza del procedimento penale. L'apertura di detto procedimento, infatti, allungherebbe considerevolmente i tempi e conseguentemente porterebbe la gravidanza a uno stadio avanzato.

Relativamente alle sanzioni, è singolare constatare che tre proposte di legge su cinque mantengono la repressione penale degli atti abortivi su donna ritenuta incinta; in linea con la legalizzazione, diminuiscono le pene per l'aborto clandestino, soprattutto per la donna²⁹⁸.

Quasi tutte le proposte prevedono un periodo di riflessione obbligatoria della donna prima di poter eseguire l'intervento²⁹⁹. Tutte, inoltre, prevedono la possibilità dell'obiezione di coscienza del personale medico, ma nessuna sembra porre particolari cautele per arginare il rischio di un uso incontrollato della stessa. Tale circostanza è dovuta, forse, al fatto che le proposte ammettono, generalmente, la possibilità di abortire nelle strutture sanitarie private³⁰⁰, senza i limiti che verranno poi sanciti nella legge definitiva. Giova sottolineare che prima del 1978³⁰¹ il sistema sanitario italiano era basato su una forma di tutela assicurativo-previdenziale in cui il diritto alla salute era strettamente collegato alla condizione lavorativa. Pertanto, le prestazioni sanitarie erano generalmente o a carico del privato, oppure, se lavorava, a carico dell'ente mutualistico, che pagava le sue spese sanitarie. In ogni caso le cliniche private, laddove avessero eseguito l'intervento interruttivo della gravidanza, ne avrebbero guadagnato un utile, anche se la proposta di legge avesse posto la prestazione a carico dello Stato³⁰².

Questo è un punto che bisognerà tenere presente nel prosieguo dello svolgimento dello studio, in quanto sarà fondamentale nella comparazione con gli altri ordinamenti e nell'individuazione di una soluzione alle criticità del sistema italiano.

Durante la discussione delle proposte di legge, un altro caso di pubblica rilevanza segna il dibattito sulla legalizzazione: si tratta dell'arresto degli esponenti del partito radicale, nel 1975, in seguito ai numerosi aborti effettuati pubblicamente nelle cliniche del CISA³⁰³. Il 1975 è anche l'anno della riforma di diritto di famiglia, che rivoluziona il vecchio punto di vista patriarcale, affermando che uomo e donna acquistano, col matrimonio, stessi diritti e stessi doveri³⁰⁴.

²⁹⁸ In particolare, la proposta del PSI esenta la donna da qualsiasi sanzione, ragionevolmente considerando come ella, ricorrendo all'aborto clandestino piuttosto che a quello ospedalizzato, altro non faccia che ledere a sé stessa. La proposta del PCI prevede per la donna che ricorre all'aborto clandestino solo una multa. La proposta del PRI lascia intatto l'art 546 c.p. (reclusione da 2 a 5 anni); le pene vengono attenuate nella proposta del PSDI (reclusione fino a 2 anni) e del PLI (da 2 a 4 anni).

²⁹⁹ Il periodo di riflessione non è previsto nella proposta del PSI e in quella del PCI; nelle altre varia tra i 7 e gli 8 giorni.

³⁰⁰ Solo la proposta del PSI tace a riguardo.

³⁰¹ Anno in cui è stata promulgata la legge 23 dicembre 1978, n. 833, che ha istituito l'attuale sistema sanitario.

³⁰² La proposta del PSDI prevede che l'intervento, sia nel pubblico che nel privato, sia a carico della gestante, salvo che il reddito della stessa sia inferiore a una certa soglia. La proposta del PCI prevede un fondo apposito per l'esecuzione degli interventi: pertanto, ove sussistano i presupposti, saranno gratuiti a prescindere dal reddito, a carico di un fondo ospedaliero o dell'ente mutualistico. Il PRI dispone che la prestazione sia a carico della gestante solo se eseguita entro le 12 settimane (si ricordi che questo partito propone, entro tale termine, la liberalizzazione dell'intervento), con residuale possibilità, per i consultori, di pagarlo in casi di particolare rilevanza. Il PLI, infine, prevede che l'intervento sia a carico della richiedente, con costi variabili a seconda delle fasce di reddito, mentre le spese di ambulatorio o ricovero siano a carico dell'ente di assistenza mutualistica.

³⁰³ È il celebre caso di Firenze, dove operava la clinica del CISA guidata da Emma Bonino, Adele Faccio, Gianfranco Spadaccia e Marco Pannella. I quattro erano stati arrestati con l'accusa di eseguire aborti clandestinamente; oltre quaranta donne vennero indagate. Si veda L. PERINI, *Il corpo del reato. Parigi 1972-Padova 1973: storia di due processi per aborto*, cit., p. 143 ss.

³⁰⁴ Articolo 143 c.c., così come modificato dalla legge del 19 maggio 1975, n. 151.

Le sei proposte di legge sopra elencate vengono unificate in un testo approvato dalle Commissioni riunite giustizia e sanità, che viene sottoposto alla discussione parlamentare per la prima volta nella seduta del 26 febbraio 1976³⁰⁵. La discussione, giunta all'approvazione di appena due articoli, cesserà i lavori nell'aprile 1976, in conseguenza della crisi di governo³⁰⁶.

La sinistra del PCI vince le elezioni nel giugno dello stesso anno. Dal mese di dicembre, inizia l'esame del secondo testo unificato delle nuove proposte legislative³⁰⁷. Alle proposte presentate dai partiti già menzionati si aggiungono quelle del partito radicale e della democrazia proletaria. Rispetto alle proposte del 1975 si registrano dei cambiamenti e molti punti di avvicinamento: quasi tutte le proposte di legge concordano nel consentire l'aborto entro i primi 90 giorni di gravidanza³⁰⁸ tenendo conto delle condizioni socioeconomiche e familiari della donna³⁰⁹. Salvo la proposta della DC, tutte quante prevedono la possibilità di eseguire l'intervento negli ospedali e nelle cliniche private autorizzate. L'obiezione di coscienza è parimenti ammissibile, senza particolari cautele a presidio del rischio di un uso sregolato della stessa³¹⁰. In nessun caso il costo dell'intervento è posto a carico della donna³¹¹.

Anche questo iter legislativo subirà un arresto dopo pochi mesi: il senato esprime un voto negativo sul testo unificato, sostenendo la questione pregiudiziale di costituzionalità sollevata da alcuni membri della Democrazia Cristiana³¹².

³⁰⁵ La Destra Nazionale, col portavoce Giovanni Roberti, solleverà fin dalla prima seduta di discussione una questione pregiudiziale di costituzionalità. Questa era basata sull'asserita contrarietà del progetto di legge ai principi della sentenza 27/1975 della Corte costituzionale, nella parte in cui si consente l'aborto -sostanzialmente benché non testualmente- anche per motivi legati alle condizioni socioeconomiche e familiari e non solo alla salute. La questione fu respinta con la maggioranza schiacciante di 343 contro 89 voti. Si veda la seduta del 26 febbraio 1976, pubblicata tra gli atti parlamentari sul sito <http://legislature.camera.it>.

³⁰⁶ Lo riporta L. PERINI, *Il corpo della cittadina. La costruzione del discorso pubblico sulla legge n. 194/1978 in Italia negli anni Settanta*, Bologna, 2011, p. 210, scaricabile sul sito amsdottorato.unibo.it.

³⁰⁷ Le proposte legislative sono tutte pubblicate sul sito <http://legislature.camera.it>

³⁰⁸ Il termine dei 90 giorni non figura nelle proposte della DC e della DP, che si collocano come poli estremi; quest'ultima (proposta 524/1976), in particolare, propone la liberalizzazione dell'aborto nelle prime 22 settimane (oltre 5 mesi di gestazione), senza alcuna sanzione per l'aborto clandestino, anche se eseguito oltre i suddetti termini e senza possibilità, per il personale sanitario, di sollevare obiezione di coscienza, a pena di imputazione per omissione di soccorso. Solo il PLI, come già nel 1975, manterrà la proposta di tripartizione del periodo di gestazione, prevedendo, oltre a quello di 90 giorni, un altro termine. Circostanza, quest'ultima, che sarà poi trasfusa nella legge definitiva.

³⁰⁹ Se ne discosta il partito radicale, che liberalizza l'aborto nei primi 90 giorni, rendendolo quindi eseguibile senza dover addurre alcuna motivazione. Propone la liberalizzazione anche la DP, entro termini maggiori. Permane la repressione penale nella DC. Dubbia la posizione del PSI, che legalizza l'aborto a condizione che la donna patisca delle "difficoltà" in conseguenza dello stato gravidico.

³¹⁰ Le proposte di legge si limitano a disporre che il servizio debba essere comunque assicurato mediante l'adozione di "misure idonee" da parte degli istituti sanitari o della Regione, oppure non prevedono nessuna particolare disposizione a tutela del rischio di abuso della clausola di obiezione di coscienza.

³¹¹ È sempre posto a carico di un fondo ospedaliero o degli enti di assistenza sanitaria.

³¹² Si veda la seduta del Senato del 7 giugno 1977, pubblicata sul sito senato.it. Tra le ragioni addotte dalla DC per bloccare l'esame del progetto di legge sull'aborto la principale riguarda la presenza, tra i presupposti per accedere all'intervento, di motivi legati alle condizioni socioeconomiche e familiari. Ciò, a detta dei senatori, aprirebbe le porte a un aborto come mezzo di controllo delle nascite, esulando da presupposti di mera tutela della salute della donna. Tale circostanza violerebbe l'art. 2 della Costituzione, in quanto, di fronte a due vite, non ci sarebbe una ragione valida per sacrificarne una. Degno di nota è anche l'argomento sulla violazione dell'art. 29, comma 2, della Costituzione, che sancisce l'uguaglianza tra i coniugi, nella parte della legge in cui si legittima la donna ad abortire anche senza il consenso del marito. Tale argomentazione ricorda la storica *ratio* della repressione penale dell'aborto, relativa alla tutela dell'uomo dalla perdita di un proprio erede. La pregiudiziale di costituzionalità passò per un solo voto: 156 favorevoli e 154 contrari.

Nel 1977 viene presentata, per la terza volta, una nuova proposta di legge³¹³. L'intento chiaramente affermato è quello di riproporre, nella sostanza, il testo già bloccato dal Senato³¹⁴. In questa proposta figura una tripartizione della durata della gravidanza, con un primo periodo di 90 giorni nel quale è possibile abortire per serio pericolo alla salute psicofisica, tenendo conto delle circostanze del concepimento, delle anomalie fetali, della condizione socioeconomica e familiare della donna. È importante notare che la possibilità di eseguire l'intervento, entro i 90 giorni, in case di cura private, viene limitata con la previsione che gli aborti costituiscano massimo il 25% del totale degli interventi ivi eseguiti³¹⁵. Permane la possibilità di sollevare obiezione di coscienza; anche questo progetto di legge sottovaluta il rischio dell'abuso di tale facoltà, limitandosi a disporre che le case di cura e gli ospedali siano tenuti "in ogni caso" ad effettuare l'interruzione di gravidanza, anche attraverso la mobilità del personale. L'intervento viene posto a carico dell'assistenza mutualistica o della Regione³¹⁶. Il testo verrà approvato dalla Camera tra l'11 e il 14 aprile del 1978³¹⁷, e diverrà il ddl n. 1164³¹⁸ che il Senato approverà, senza alcuna modifica, il 18 maggio. Si conclude così il travagliato *iter* della vigente legge sull'aborto. Un *iter*, forse, condotto troppo frettolosamente³¹⁹, senza tener conto di problemi già allora prevedibili e preveduti³²⁰, che si son sviluppati nei successivi anni di applicazione della legge.

³¹³ Proposta C. 1524 del 9 giugno 1977, pubblicata sul sito <http://legislature.camera.it>, presentata da esponenti del PCI, PSI, PSDI e PRI. La proposta si professa «incentrata sui principi, che le forze dello schieramento laico giudicano irrinunciabili, della depenalizzazione e della autonoma decisione della donna».

³¹⁴ Nell'introduzione al progetto di legge si enuncia, infatti, a chiare lettere, la volontà di ripresentare un testo con gli stessi principi, tant'è che i promotori si preoccupano del fatto che «l'articolo 76 del regolamento del Senato non consente di riproporre prima di sei mesi [...] progetti di legge che riproducano sostanzialmente il contenuto delle proposte di legge precedentemente respinte».

³¹⁵ *Ibidem*, articolo 8, comma 3, percentuale che verrà poi ridotta al 20%.

³¹⁶ Si ricordi che la sanità pubblica verrà introdotta più tardi; si veda *supra*, nota 301.

³¹⁷ Le modifiche apportate in corso di approvazione da parte della Camera sono state pochissime: si segnala, in particolare, l'approvazione dell'emendamento Pannella sull'articolo 5. Con tale modifica si è sostituito l'inciso che consentiva il coinvolgimento del padre del concepito "quando opportuno", rendendolo possibile solo "ove la donna lo consente". Vedasi la seduta 13-14 aprile 1977, in <http://legislature.camera.it>, pp. 15433 e 15543. Degna di nota anche la modifica che ha disposto che le minori di 18 anni (innalzando l'età che prima era di 16 anni), non possano richiedere la prestazione personalmente, dovendo seguire un diverso *iter* che prevede, salva indicazione contraria, l'audizione dei genitori o del tutore. Si veda *Ibidem*, pp. 15846 e 15905

³¹⁸ Testo consultabile sul sito parlamento.it.

³¹⁹ La seduta della Camera del 13 aprile si è protratta fino a tarda notte ed è slittata poi al giorno successivo. Ciò emerge dai verbali della stessa seduta, benché nei documenti ufficiali ogni riferimento sia relativo esclusivamente alla seduta del 13 aprile.

³²⁰ Il riferimento è ai pronostici fatti sulla formulazione dell'articolo 9 sull'obiezione di coscienza dalla deputata A. Faccio, che si approfondiranno nella relativa sezione del presente lavoro.

CAPITOLO III:

I PRINCIPALI DIRITTI COINVOLTI NELLA LEGGE 194/1978

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA: DIRITTO ALLA SALUTE – 1. Definizione dell’OMS ed evoluzione del sistema sanitario italiano – 2. Il riparto delle competenze e i LEA - 3. Il diritto al trattamento sanitario e l’autodeterminazione terapeutica: il consenso informato - 4. Limiti alla validità del consenso dell’avente diritto: la querelle sulla disponibilità del proprio corpo - SEZIONE SECONDA: AUTODETERMINAZIONE PROCREATIVA – 1. La procreazione: libertà positiva e negativa – 2. I diritti antagonisti alla libertà procreativa: in particolare, i diritti del nato – 3. Dal diritto alla procreazione cosciente e responsabile al diritto di procreare – 4. Procreazione artificiale: è un diritto? - 5. Divieto di maternità surrogata – 6. Diritto ad avere un figlio sano – 7. Profili risarcitori del diritto alla procreazione cosciente e responsabile: il danno da nascita indesiderata – SEZIONE TERZA: TUTELA DELLA VITA PRENATALE: 1. La posizione giuridica del nascituro nell’ordinamento italiano – 2. (segue) la tutela civilistica e nel diritto internazionale – 3. Diagnosi preimpianto – 4. Diritto a conoscere le proprie origini – 5. Embrioni sovranumerari – 6. Vitalità del feto – 7. Diritto a non nascere se non sano e profili risarcitori. – SEZIONE QUARTA: OBIEZIONE DI COSCIENZA: 1. Definizione dell’istituto e brevi cenni storici: l. 772/1972 - 2. Fondamento costituzionale: la libertà di coscienza - 3. Obiezione di coscienza nel panorama europeo e internazionale - 4. Obiezione di coscienza nell’ordinamento italiano: la necessità di *interpositio legislatoris*, i limiti costituzionalmente necessari e quelli rimessi alla discrezionalità del legislatore - 5. (Segue) Le caratteristiche delle obiezioni di coscienza riconosciute nel nostro ordinamento - 6. Obiezione di coscienza e procreazione assistita: art 16 l. 40/2004 - 7. Obiezione di farmacisti e medici alla vendita e prescrizione della pillola del giorno dopo – 8. Obiezione di coscienza e eutanasia.

SEZIONE PRIMA:

DIRITTO ALLA SALUTE

1. Definizione dell’OMS ed evoluzione del sistema sanitario italiano– 2. Il riparto delle competenze e i LEA - 3. Il diritto al trattamento sanitario e l’autodeterminazione terapeutica: il consenso informato - 4. Limiti alla validità del consenso dell’avente diritto: la querelle sulla disponibilità del proprio corpo.

Nell’effettuare un’analisi dei diritti coinvolti nella legge 194/78, è opportuno iniziare dal diritto alla salute. Infatti, l’intervento abortivo, anche quando giustificato dalla volontà della donna e non da problemi di salute, è a tutti gli effetti un trattamento sanitario; pertanto, è retto dai principi e dalle regole corrispondenti.

1. Definizione dell’OMS ed evoluzione del sistema sanitario italiano

Ancor prima che l’Assemblea costituente terminasse i propri lavori, il d.lgs. n. 1068 del 4 marzo 1947 autorizzava la ratifica della Costituzione dell’Organizzazione Mondiale della Sanità, che contiene una

definizione di salute assolutamente rivoluzionaria per quegli anni. Secondo l'OMS, la salute consiste in «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non [...] solo in un'assenza di malattia o d'infermità»; il documento sancisce, inoltre, che «il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione, d'opinioni politiche, di condizione economica o sociale»¹.

Tuttavia, per concretizzare nel nostro Paese l'applicazione del diritto alla salute come descritto dall'OMS, ossia con queste connotazioni profondamente garantiste e individualiste, dovranno trascorrere vari decenni.

L'articolo 32 della Costituzione italiana proclama il diritto alla salute e fissa alcuni tra i principi di diritto più importanti in uno Stato sociale. Volutamente la norma si riferisce all'individuo e non al cittadino, essendo tale diritto garantito anche allo straniero che si trovi sul suolo italiano².

L'Italia è, oggi, tra i Paesi più attenti alla tutela della salute delle persone e tra i pochi che non adottano un sistema di tipo assicurativo-mutualistico. In linea di massima, lo Stato garantisce l'assistenza sanitaria a tutti coloro che non preferiscano rivolgersi privatamente a professionisti; le cure sono gratuite per gli indigenti, viceversa sono subordinate al pagamento del solo ticket, a prescindere dal reddito.

Il diritto alla salute si articola in due profili.

In primis, come diritto di libertà, che ha contenuto principalmente negativo e si esplica nella pretesa dell'individuo a che lo Stato e i suoi consociati si astengano dal compiere atti pregiudizievoli, o potenzialmente tali, per la propria salute. Il secondo comma dell'articolo 32 Cost., infatti, subordina l'intervento dello Stato, dunque i trattamenti sanitari obbligatori non solo a una previsione legislativa, ma altresì ad una situazione di pericolo per la collettività, fermo restando il limite del rispetto della dignità umana³. Il risvolto positivo di tale diritto di libertà consiste nella possibilità dell'individuo di disporre del proprio corpo secondo la propria personalissima idea di benessere psicofisico, anche

¹ Costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità firmata a New York il 22 luglio 1946. Come rileva L. PALMIERI, *Riflessioni medico-legali su due fenomeni contrastanti: l'interruzione volontaria della gravidanza e la fecondazione assistita*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, cit., p. 95, la definizione di salute introdotta dall'OMS, estremamente ampia, può estendersi fino a ricomprendere un'accezione di salute come benessere nel contesto sociale e si slega dunque da ogni dato prettamente oggettivo e fisiologico.

² Ciò vale anche per lo straniero in situazione irregolare, per quanto riguarda le prestazioni indifferibili e urgenti; si veda Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252, in *Dir. Pen. e Processo*, 2001, 10, pp. 1229 ss.; Corte cost., 02 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. It.*, 2006, 12, pp. 2252 ss.

³ Specificamente, si distinguono i trattamenti sanitari obbligatori non coattivi da quelli coattivi. Questi ultimi si connotano per la possibilità dei sanitari di ricorrere a misure restrittive della libertà personale del soggetto; è il caso, tipicamente, del ricovero coatto in istituto di assistenza psichiatrica dei pazienti che costituiscano un pericolo attuale per sé e per gli altri. Detti trattamenti, poiché implicano un'invasione nella sfera personale, soggiacciono alle più rigorose garanzie dell'art. 13 Cost., dunque alla duplice garanzia della riserva assoluta di legge e della riserva di provvedimento giurisdizionale. I trattamenti obbligatori ma non coattivi si fondano, invece, su una coazione indiretta del soggetto, il quale viene privato, ad esempio, dall'accesso ad alcune prestazioni. Un esempio è il caso delle vaccinazioni obbligatorie. Per approfondimenti si veda P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, Milano, 2015, pp. 212 ss.

nell'ipotesi più estrema in cui ciò conduca all'autolesionismo o al rifiuto delle cure di sostegno vitale, senza che detti atti possano qualificarsi come illecito penale ed essere assoggettati alle relative sanzioni⁴.

Il secondo profilo del diritto alla salute, a contenuto positivo, riguarda il diritto ai trattamenti sanitari e si configura come un diritto sociale, di accesso alla prestazione. Spetta al legislatore determinare gli strumenti, i tempi e i modi di attuazione del diritto al trattamento sanitario. La concreta attuazione di questo profilo del diritto è subordinata al bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari rilevanza costituzionale e alla disponibilità, reale e obiettiva, delle risorse necessarie⁵. La sussistenza dei presupposti legalmente predeterminati origina nel soggetto un diritto di credito, dunque un diritto patrimonialmente connotato, avente ad oggetto una prestazione di dare e/o fare⁶.

L'articolo 32 Cost. è considerato una delle norme programmatiche per eccellenza; la sua attuazione è stata lenta e problematica. Nel ventennio successivo alla promulgazione della Costituzione si è adottato un modello sanitario mutualistico, di stampo assicurativo-corporativo⁷, fondato principalmente sull'art. 38 Cost.: le cure venivano assicurate ai lavoratori e ai loro familiari mediante trattenute provenienti, in piccola parte, dal lavoratore stesso e in gran parte dal datore di lavoro. La *ratio* del sistema era tutelare i lavoratori in caso di malattia, sebbene venissero coperti dall'assistenza per il lavoratore anche i suoi familiari a carico: era implicita l'equivalenza tra salute e assenza di malattia e la concezione della tutela della salute principalmente come interesse collettivo. Il diritto alla salute era appannaggio non del cittadino, che, in sé considerato, era inevitabilmente escluso dal sistema mutualistico, bensì del lavoratore: solo chi, essendo indigente, risultava iscritto nell'apposito elenco, poteva usufruire dell'assistenza sanitaria gratuita, concepita come un intervento caritatevole⁸.

Il primo passo verso la sanità pubblica si compie nel 1968, con la legge Mariotti⁹, che istituisce gli enti ospedalieri di diritto pubblico, col compito di garantire assistenza sanitaria gratuita a chiunque ne avesse bisogno secondo una programmazione ospedaliera basata su un piano nazionale e uno regionale.

Ma la situazione cambia radicalmente negli anni Settanta, quando la tutela dell'individuo passa in primo piano: è in questo periodo che viene pubblicata la legge 25 luglio 1975 n. 405, istitutiva dei consultori familiari e la legge 22 maggio 1978 n. 194 sull'interruzione volontaria di gravidanza. In ambito

⁴ L'ultimo Codice preunitario che sanziona il tentato suicidio e il suicidio stesso (ad esempio, negando ogni tipo di funerale al suicida e dichiarando la nullità delle sue disposizioni testamentarie) è il Codice penale del Regno di Sardegna del 1839. Sulle problematiche del fine vita si rimanda all'approfondimento di cui al paragrafo 8 della sezione quarta del presente lavoro.

⁵ Corte cost., 16 ottobre 1990 n° 455, in *Foro It.*, 1992, I, pp. 287 ss. Sul diritto alla salute e i limiti a un suo condizionamento finanziario si veda M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 266 ss.

⁶ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, p. 38ss. In particolare, l'A. ne sottolinea la natura di diritto relativo, (in contrapposizione a chi sostiene si tratti di un interesse legittimo da qualificarsi, però, come "diritto in attesa di espansione"), stante l'assenza un potere discrezionale autorizzativo della PA.

⁷ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., p. 14; P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., p. 41 ss.

⁸ S. PEDRABISSI, *Fonti legislative e ripartizione di competenze*, in C. MIRIELLO (a cura di), *Le aziende sanitarie pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Torino, 2009, p. 18 ss.

⁹ L. 12 febbraio 1968, n. 132.

amministrativo, nel 1974 un decreto-legge¹⁰ disciplina le procedure per lo scioglimento dei consigli di amministrazione degli enti mutualistici di assistenza sanitaria, i quali saranno definitivamente posti in liquidazione con la l. 349/1977, che contestualmente ne trasferirà le competenze alle Regioni, da esercitarsi con le S.A.U.B. (Strutture Amministrative Unificate di Base)¹¹.

Infine, viene emanata la nota legge 23 dicembre 1978 n. 833, il primo atto normativo che regola e istituisce il Servizio sanitario nazionale, che riconosce tra i suoi principi, all'articolo 1, la promozione, il mantenimento ed il recupero della salute fisica e psichica.

La Corte costituzionale, suggellando i progressi compiuti nel decennio nell'ambito della tutela della salute del singolo, in una sentenza di fine anni Settanta sancisce l'immediata rilevanza dell'art. 32 Cost. sotto il profilo della tutela risarcitoria, affermando che la salute è tutelata «non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati»¹².

Un'ulteriore svolta nel sistema sanitario italiano risale agli anni Novanta, con la riforma che prosegue l'attuazione dell'art. 117 Cost., definendo le competenze tra Stato e Regioni, istituendo i LEA ed avviando la cosiddetta aziendalizzazione e privatizzazione sanitaria¹³. Sempre negli anni Novanta viene siglata la Convenzione di Oviedo; seppur l'Italia non abbia ancora perfezionato l'*iter* per la sua ratifica, la Convenzione ha avuto un enorme impatto nella cultura giuridica nazionale, introducendo formalmente, in particolare, il principio della necessità del consenso del paziente per ogni trattamento che lo riguardi¹⁴. Risale al 2001, invece, la celebre riforma del titolo V della Costituzione che, seguendo spinte federalistiche, ha introdotto il principio della legislazione concorrente tra Stato e Regioni in ambito sanitario, generando spesso degli squilibri a livello regionale nell'erogazione delle prestazioni sanitarie¹⁵.

Quanto alla giurisprudenza, questa si è orientata nel senso di ampliare la rilevanza privatistica e risarcitoria del diritto alla salute e, soprattutto, di delineare la tutela del diritto alla prestazione sanitaria d'accordo con le istanze di benessere psicofisico del singolo e comprimendola solo eccezionalmente,

¹⁰Successivamente convertito nella legge 17 agosto 1974, n. 386, che disponeva anche l'estinzione dei debiti degli enti mutualistici nei confronti degli ospedali.

¹¹A. CATELANI, *La sanità pubblica*, Torino, 2010, p. 41 ss.

¹²Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur. It.*, 1980, I, p. 9 ss.

¹³Il riferimento è alla legge delega n.421/1992 e ai D.Lgs. n.517/1993 e D.Lgs. n.502/1992. Vengono introdotti i livelli essenziali di assistenza (LEA) definiti dallo Stato e garantiti in tutto il territorio italiano, mentre alle Regioni spettano i poteri di organizzazione, attuazione e garanzia, in concreto, dell'erogazione delle prestazioni, le quali possono essere fornite anche da istituti privati accreditati, al medesimo prezzo fissato a livello nazionale. In tal modo si valorizza la libertà di scelta del paziente relativa alla struttura e al medico curante. Per approfondimenti, P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., pp. 48-49.

¹⁴Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina, Oviedo, 4 aprile 1997. L'Italia ha recepito la convenzione con legge 28 marzo 2001, n. 145, la quale autorizza il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione e il relativo Protocollo e, all'art. 3, delega il Governo a adottare uno o più decreti legislativi per adattare l'ordinamento giuridico nazionale ai principi della Convenzione; detta delega, però, non è stata ancora esercitata.

¹⁵Per approfondimenti si veda A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2010, p. 170 ss.

per la tutela di interessi della collettività, escludendo ogni restrizione dettata da interessi astratti dello Stato o dalla morale collettiva.

Espressioni di questo percorso di valorizzazione del benessere del singolo si ritrovano soprattutto in materia di tutela del transessuale¹⁶ e di procreazione assistita, con le numerose sentenze modificative della legge 19 febbraio 2004 n. 40 che hanno sacrificato altri interessi meritevoli di tutela (*in primis*, nel secondo caso, quelli riguardanti l'embrione) per garantire, per quanto possibile, una prestazione sanitaria che assicuri il pieno sviluppo e benessere psicofisico dell'individuo¹⁷.

Da ultimo, la legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di consenso informato e di cosiddetto biotestamento, sembra confermare questa linea e massimizzare la tutela del benessere dell'individuo, scongiurando l'intromissione di istanze morali o statali che non siano interiorizzate dalla coscienza del paziente¹⁸.

2. Il riparto delle competenze e i LEA

È necessario ora soffermarsi sulla legge 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale¹⁹; una legge tutt'ora in vigore, seppur abbia subito varie modifiche.

Il primo capo, contenente i principi della legge, mostra come la stessa abbia posto le fondamenta dell'attuale sistema, introducendo la tutela del diritto alla salute non solo nella sua dimensione fisica, ma anche in quella psichica, sia come interesse della collettività che come diritto fondamentale dell'individuo, garantendo le cure senza differenziazioni basate sulla condizione sociale dei singoli²⁰.

Da un punto di vista attuativo, la legge istituisce un sistema articolato su un triplice livello: nazionale, regionale e locale. Allo Stato spetta il compito di individuare le prestazioni sanitarie da garantire a tutti i soggetti (i precursori dei livelli essenziali di assistenza), nonché il monopolio sulla sperimentazione, produzione e vendita di farmaci e il coordinamento delle Regioni, per neutralizzare le disegualianze

¹⁶ In particolare, la legge 14 aprile 1982, n. 164, riconosce il diritto del transessuale all'intervento medico-chirurgico di mutamento dei caratteri sessuali primari, mostrando come sia pienamente e definitivamente superata l'ottica fascista di tutela sopra ogni cosa dell'attitudine alla procreazione e della sanità della stirpe: tale intervento è infatti irreversibile e causa sterilità. Inoltre, vengono respinte le istanze di tutela di interessi statali oggettivamente considerati, come la stabilità del matrimonio, la tutela dell'affidamento nelle relazioni interpersonali del transessuale e la violazione dell'art. 5 c.c. sui limiti alla disponibilità del proprio corpo. Con sentenza Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 11, pp. 1068 ss., la Cassazione ha affermato che l'interesse pubblico alla definizione certa dei generi non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione dell'integrità psico-fisica del transessuale, il quale ha diritto ad ottenere la rettificazione anagrafica del sesso senza necessariamente doversi sottoporre alla modificazione chirurgica dei sessuali primari.

¹⁷ In particolare, la sentenza Corte cost., 08 maggio 2009, n. 151, in *Fam. e Dir.*, 2009, 8-9, p. 761 ss., che ha eliminato l'obbligo di creazione e impianto di massimo tre embrioni di cui all'art. 14, comma 2 e la sentenza Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. It.*, 2014, 12, pp. 2827 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa per le coppie eterosessuali aventi i requisiti richiesti dalla legge 40/2004.

¹⁸ Emblematica è la volontà di escludere l'obiezione di coscienza dei sanitari per la cosiddetta eutanasia passiva, pure ipotizzata in sede di discussione parlamentare; il legislatore sembra voler garantire piena tutela all'autodeterminazione dell'individuo in un momento di massima importanza della vita, quello della sua conclusione, escludendo che i motivi personali del sanitario possano ostacolare le scelte del paziente.

¹⁹ D'ora in poi SSN.

²⁰ Art. 1, l. 833/1978, commi 1, 2, 3.

nell'erogazione dei servizi sanitari. Ogni tre anni il Governo deve predisporre un Piano Sanitario Nazionale (P.S.N.) che si occupa di tutti gli aspetti (organizzativi, finanziari e procedurali) da definire per raggiungere gli obiettivi che lo stesso piano prefissa per il triennio. Tale P.S.N. viene attuato a livello decentrato con un Piano Sanitario Regionale, da approvarsi con legge regionale.

Il fulcro della riforma è costituito dall'istituzione delle U.S.L. (Unità Sanitarie Locali, ex S.A.U.B.), definite dall'articolo 10 come «il complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei Comuni, [...] i quali, in un ambito territoriale determinato, assolvono ai compiti del servizio sanitario nazionale». La legge incarica le Regioni di costituire le U.S.L. con legge regionale, previa individuazione dell'ambito territoriale (di regola, tra 50.000 e 200.000 abitanti); la Regione ne stabilisce altresì i compiti, la struttura, la gestione, l'organizzazione e il funzionamento, con contestuale trasferimento ai Comuni delle funzioni, dei beni e delle attrezzature necessarie, affinché provvedano ad attribuirli alle unità sanitarie locali, le quali, a loro volta, si articolano in distretti sanitari di base²¹.

Infine, il capo III della legge enuncia i diritti del paziente e, specularmente, le prestazioni dovute dal SSN: erogazione dei servizi -generici e specialistici- di prevenzione, diagnosi, cura, riabilitazione e assistenza farmaceutica, assicurati, di norma, dalle strutture site nel luogo di residenza del paziente, salvo urgenze o salvo il caso di soggetto emigrato che si trovi temporaneamente in Italia²². Il paziente ha il diritto di scegliere liberamente il suo medico tra coloro che operano nel suo comune di residenza, instaurando un rapporto fiduciario che può cessare in ogni momento, su richiesta del paziente o su richiesta motivata del medico.

Il sistema così descritto entra in crisi per l'intollerabilità dei costi e le difficoltà gestionali: detta crisi culmina nella cosiddetta riforma *bis*, improntata ad una logica privatistica e aziendalistica che introduce un sistema per il potenziamento del ruolo delle Regioni e trasforma le U.S.L. in aziende (Aziende Sanitarie Locali, A.S.L.)²³. Alle Regioni spetta la potestà legislativa sulla trasformazione degli ospedali in aziende ospedaliere e sulla costituzione, previa delimitazione dell'ambito territoriale, delle A.S.L., nonché la determinazione dei rispettivi criteri di finanziamento. Le Regioni godono di entrate dal F.S.N. (Fondo Sanitario Nazionale) e di entrate proprie, variabili secondo scelte discrezionali, ad esempio con l'aumento del ticket. Le A.S.L. acquistano personalità giuridica propria, con relativa autonomia contabile, patrimoniale, organizzativa e amministrativa; rimangono, tuttavia, legate alle Regioni dal punto di vista finanziario.

Ai medesimi principi di decentralizzazione e autonomizzazione delle A.S.L. è orientata anche la terza riforma sanitaria²⁴. Si delinea, così, un sistema nel quale il S.S.N. opera principalmente per mezzo delle

²¹ Art. 61, l. 833/1978

²² Art. 19, l. 833/1978

²³ D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502; per approfondire S. PEDRABISSI, *Fonti legislative e ripartizione di competenze*, in C. MIRIELLO (a cura di), *Le aziende sanitarie pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit., p.19 ss.

²⁴ D.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, che non verrà approfondito in questa sede, cui, in particolare, spetta il merito di aver

A.S.L. Quest'ultima riforma²⁵ ha il merito di definire dettagliatamente i livelli essenziali di assistenza (L.E.A., introdotti, in termini generali, dalla prima riforma sanitaria), quali «prestazioni sanitarie [...] garantite dal Servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa [...] che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute»²⁶.

L'elenco dei L.E.A. è stato predisposto per la prima volta con D.P.C.M. del 29 novembre 2001, adottato d'intesa con la Conferenza permanente Stato-Regioni. Detto elenco è stato aggiornato con D.P.C.M. 12 gennaio 2017, che ha sostituito quello precedente.

Sempre nel 2001, in seguito alla riforma del titolo V della Costituzione, il novellato articolo 117 conferisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, tra i quali si ricomprendono i L.E.A.²⁷. Il sistema attuale prevede, dunque, che le Regioni possano organizzare discrezionalmente il proprio sistema sanitario regionale, salvo il limite dei L.E.A.²⁸; questi ultimi sono soggetti a riserva di legge, a tutela del diritto del paziente all'erogazione, senza discriminazioni territoriali, di quelle prestazioni che costituiscono un «irrinunciabile contenuto che concretizza, caratterizzandola, l'ordinaria offerta di salute dovuta in favore del cittadino, quella che la legge pone a carico di ogni Regione nei confronti degli utenti governati»²⁹.

La giurisprudenza costituzionale ha specificato che quella dei livelli essenziali ex art. 117, comma 2, Cost. non è una materia in senso stretto, ma una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie rispetto alle quali vi sia la necessità di norme che assicurino, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite come contenuto essenziale di determinati diritti³⁰.

gerarchizzato i rapporti all'interno delle ASL, ponendo al vertice il Direttore Generale.

²⁵ C'è chi individua una quarta riforma sanitaria proprio nel processo che portò, con DPCM del 29 novembre 2001, alla concreta elencazione dei LEA. In tal senso, S. PEDRABISSI, *Fonti legislative e ripartizione di competenze*, in C. MIRIELLO (a cura di), *Le aziende sanitarie pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 22.

²⁶ I LEA, in base all'art. 1 d.lgs. 229/1999 commi 3 e 7, sono pertanto connessi all'evidenza scientifica di effetti benefici del trattamento sanitario. Tale presupposto darà origine alle annose dispute sulla possibilità di ottenere, con costi a carico del SSN, le cosiddette cure non convenzionali. Per approfondimenti sul punto si veda P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., p. 50 ss.

²⁷ È quindi la legge costituzionale 3/2001 ad introdurre in Costituzione i L.E.A., all'art. 117, comma 2.

²⁸ Cfr. E. PESARESI, *La "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" e la materia "tutela della salute": la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1760 ss., che sottolinea la distinzione tra i LEA e le prestazioni che li attuano, ascrivendo allo Stato l'obbligo di determinare i primi e alla concertazione Stato-Regioni la determinazione delle seconde per mezzo di fonti secondarie o amministrative, così da garantire un periodico aggiornamento dei livelli essenziali.

²⁹ E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, 2006, p. 110.

³⁰ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Sanità Pubbl.*, 2003, pp. 69 ss. Con questa sentenza la Consulta ha, inoltre, chiarito come, in ogni caso, le limitazioni alla fruibilità di certe terapie, dovute a considerazioni negative sulla loro adeguatezza, non possano giustificarsi con valutazioni di pura discrezionalità politica, ma debbano fondarsi sullo stato delle conoscenze scientifiche e sulle evidenze sperimentali, così ponendo il diritto del paziente alla prestazione al riparo da speculazioni politiche. Si veda la nota di C. TUCCIARELLI, *La sentenza n° 282 del 2002 della Corte costituzionale: prime interpretazioni delle disposizioni costituzionali sull'esercizio del potere legislativo delle Regioni*, in *forumcostituzionale.it*. La sentenza si pronuncia sulla legittimità di una legge della Regione Marche che sospendeva la praticabilità della lobotomia ed altri interventi psico-chirurgici fino a che non fosse intervenuta una definizione ministeriale delle situazioni specifiche nelle quali fosse dimostrata l'efficacia di tali terapie. Si veda anche Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338, in *giuricost.org*

L'attuazione del fondamentale diritto alla fruizione dei L.E.A. è tuttavia minacciata dalle lunghe liste d'attesa per ottenere la prestazione mediante il servizio sanitario pubblico, ciò che crea disagi che possono persino compromettere lo stesso diritto alla salute. In tal modo si concretizza, di fatto, un'intollerabile discriminazione economica che favorisce i più facoltosi, i quali possono rivolgersi ad istituti privati o esteri³¹. Considerando che l'erogazione della prestazione entro congrui periodi, tali da non frustrare l'utilità della stessa per il paziente, costituisce elemento essenziale dei L.E.A., nel 2002 il Governo ha fissato dei criteri guida per le Regioni sulle priorità e i tempi massimi delle liste d'attesa³², specificando che i direttori delle A.S.L. saranno ritenuti responsabili di eventuali violazioni. A garanzia del rispetto delle tempistiche si introducono, altresì, degli incentivi per le équipe e si prevede la possibilità di integrare il servizio con prestazioni professionali aggiuntive eseguite dallo stesso personale di struttura o da liberi professionisti reclutati con contratti a termine³³.

A tutela dell'effettività del diritto alla salute si prevede anche la possibilità di ottenere le cure all'estero, o direttamente, compilando dei formulari che attestano il diritto al godimento delle prestazioni sanitarie -se il trattamento avviene all'interno dell'Unione Europea³⁴ o negli Stati convenzionati- oppure indirettamente, con anticipazione delle spese e successivo rimborso, negli Stati non convenzionati. Il rimborso della prestazione effettuata all'estero sarà assicurato anche nel caso in cui in Italia non sia stato possibile ottenere le prestazioni necessarie³⁵.

Per concludere il quadro dei diritti del paziente in Italia, si menzionano, infine, gli obblighi di tutela derivanti dai trattati comunitari e internazionali³⁶, in particolare dagli artt. 6 e 168 TFUE, dalla Carta di Nizza del 2000 e, soprattutto, dalla già menzionata Convenzione di Oviedo del 1997 per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina. La ratifica di quest'ultima, però, non risulta ancora perfezionata³⁷; pertanto, in termini di rilevanza giuridica, la Convenzione si limita a costituire un criterio interpretativo delle norme interne,

³¹ Lo denuncia A. BUZZANCA, *Tutela urgente alla salute e liste di attesa: aspetti civili, penali e amministrativi*, Milano, 2006, p. 45 ss.

³² Allegato al D.P.C.M. 16 aprile 2002, recante le *Linee guida sui criteri di priorità per l'accesso alle prestazioni diagnostiche e terapeutiche e sui tempi massimi di attesa*.

³³ Si anticipa che questa sarà una delle metodiche più utilizzate per far fronte all'assenza di medici non-obiettori che possano garantire l'attuazione della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza.

³⁴ In applicazione dei regolamenti comunitari di sicurezza sociale n. 883/04 e 987/08, che hanno modificato il precedente DPR 618/1980. Si veda sul punto E. LONGO, *Il diritto ai migliori trattamenti sanitari nella giurisprudenza di Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, III, p. 664 ss., che ripercorre le tappe più significative della giurisprudenza CEDU e CGUE; in particolare si veda la sentenza del caso *Luisi e Carbone*, C-286/82, che sancisce l'applicabilità delle regole sul Trattato CE riguardanti la libera prestazione di servizi anche alle prestazioni mediche, in quanto considerate "servizio".

³⁵ In giurisprudenza, Cass. civ., Sez. lavoro, 16 luglio 1999, n. 7537, in *Foro It.*, 1999, I, che accorda il rimborso al soggetto curatosi in clinica privata estera stante l'impossibilità del SSN di fornire le cure necessarie.

³⁶ Considerati gli innumerevoli ambiti connessi al diritto alla salute è difficile dar conto di tutte le fonti internazionali che influenzano l'attuazione, in Italia, di questo diritto; per approfondimenti si rimanda a L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali ed interessi particolari*, Napoli, 2017, in particolare i contributi di F. Bestagno (p. 119 ss.) e G. Palmisano (p. 189 ss.); S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 29 ss.; M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Milano, 2021, p. 155 ss.

³⁷ Si veda nota 14.

vincolando il giurista a ricercarne il senso più conforme alla stessa³⁸.

3. Il diritto al trattamento sanitario e l'autodeterminazione terapeutica: il consenso informato

Quando si parla di diritto alla salute come diritto di prestazione ci si riferisce, tradizionalmente, all'assunzione di farmaci o alla sottoposizione ad interventi medico-chirurgici; dunque, attività potenzialmente lesive dell'oggetto di tutela per eccellenza: il corpo umano.

Data l'importanza degli interessi in gioco è agevole comprendere perché l'Assemblea costituente abbia circoscritto l'ambito di legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori, subordinandoli, ai sensi del secondo comma dell'art. 32 Cost., a riserva di legge, ulteriormente rafforzata dai limiti del rispetto del paziente e della necessità di tutelare un interesse della collettività³⁹.

Secondo il principio generale sotteso all'art. 32 Cost., pertanto, è indispensabile recepire il consenso del paziente (o del suo rappresentante) prima di sottoporlo a un trattamento sanitario; non sussiste alcun obbligo generalizzato di cura a carico del medico. Al di fuori del ristretto ambito del secondo comma dell'art. 32 Cost., e salvo il caso dello stato di necessità, non è possibile imporre un trattamento sanitario: ove violi questi principi, il medico ne dovrà rispondere civilmente e penalmente⁴⁰.

Lo stato di necessità sussiste quando il medico deve soccorrere improvvisamente un paziente che si trovi in pericolo di vita o in pericolo di subire un grave danno alla salute e che sia attualmente in stato di incoscienza e, pertanto, incapace di esprimere un consenso. Non è invocabile per il paziente che, già

³⁸ Punto approfondito nella sentenza Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 1, p. 86 ss., nel punto 7.2 della motivazione.

³⁹ Si veda Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 2708 ss., che specifica i tre requisiti dei trattamenti sanitari ex art. 32.2 Cost.: l'attitudine a preservare la salute della collettività, l'attitudine a non ledere in maniera significativa la salute del paziente, e la garanzia, in tale ultimo caso, della corresponsione di un'equa indennità. Per approfondimenti S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, in P. Cendon (a cura di), *Trattati*, X, Milano, 2008, p. 211, che sottolinea come il legislatore, nel primo comma, abbia posposto l'interesse della collettività alla tutela dell'individuo; pertanto, la soccombenza della posizione individuale deve considerarsi, in linea di principio, come un'eccezione. Allo stesso modo P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., p. 15 ss. sottolinea che, a seguito degli orrori compiuti in periodo nazi-fascista, si è generata una spinta verso la tutela dell'autodeterminazione del paziente, tant'è che la stessa Costituzione, con l'art. 32, testimonia il passaggio da una concezione paternalistica a una concezione personalistica della tutela della salute.

⁴⁰ Mentre la dottrina tradizionale escludeva ogni rilievo penale in caso di intervento andato a buon fine, attualmente la responsabilità penale si ritiene sussistente, a prescindere dall'esito dell'intervento, di fronte a un trattamento effettuato senza il consenso o in spregio del dissenso del soggetto capace. Si ravvisano le ipotesi di violenza privata o lesioni, a seconda della presenza di un danno all'integrità personale del soggetto; tra le altre, si vedano Trib. Termini Imerese, 30 maggio 2018, in *Quotidiano giuridico*, 2018; Cass. pen., 17 agosto 2016, n. 39541, in *Dir. Pen. e Processo*, 2016, 11, p. 420 ss. In ogni caso, è esclusa la compatibilità tra la finalità terapeutica e il dolo, anche generico (Cass. pen., 24 novembre 2015, n. 16678, in *Quotidiano giuridico*, 2016; Cass. pen., 16 gennaio 2008, n. 11335, in *Corriere del merito*, 3/2009, p. 303 ss.; *contra*, D. PULITANÒ, *L'attività terapeutica*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2019, p. 43 e Cass. pen., 20 aprile 2010, n. 21799, in *Dir. Pen. e Processo*, 2010, 11, p. 1321 ss.). Nei casi di lesioni e omicidio, la responsabilità da omesso recepimento del consenso si intreccia, inoltre, con i profili di imperizia e negligenza del sanitario. Nel caso in cui, invece, non sussista il reato di violenza privata o, pur non essendovi i presupposti dello stato di necessità, si è intervenuto sul paziente che non poteva esprimere il consenso (ad esempio quando, durante un intervento prestabilito, il medico effettua un ulteriore intervento non preannunciato al paziente), ove l'intervento sia eseguito a regola d'arte residua al paziente solo la possibilità di ottenere, in sede civile, il risarcimento per danno da lesione del diritto di autodeterminazione.

ricoverato, abbia espresso un valido consenso informato per un determinato trattamento già ipotizzabile al momento della prestazione del consenso e sia in seguito caduto in stato di incoscienza⁴¹.

Il consenso del paziente rappresenta, dunque, sia l'atto per mezzo del quale egli esercita il proprio diritto alla salute⁴², sia la condizione di liceità dell'attività medica. Per lungo tempo si è discusso in dottrina⁴³ sulla natura del rapporto tra consenso del paziente e attività medica.

Gran parte dell'impostazione tradizionale⁴⁴ fondava la liceità dei trattamenti sanitari sugli articoli 50 o 51 c.p., attestandosi, relativamente al primo, su due posizioni: considerare il consenso come scriminante oppure come elemento escludente la tipicità del fatto.

La questione si è poi evoluta diversamente in considerazione della percezione dell'attività medica quale bene in sé considerata, la quale non avrebbe bisogno del consenso ex art. 50 c.p. per rimuovere un'intrinseca antiggiuridicità, ma sarebbe già essa stessa legittima⁴⁵.

La Suprema Corte si è occupata analiticamente del problema. Da subito ha abbracciato la tesi della

⁴¹ La questione dello stato di necessità presenta in realtà molteplici profili controversi. Si pensi, innanzitutto, al caso del testimone di Geova che porti con sé un tesserino che espliciti la sua volontà di non ricevere trasfusioni di sangue. In tal caso, secondo una parte della dottrina vi sarebbe un consenso validamente espresso, tale da legittimare l'astensione del sanitario; secondo altri, detta circostanza non può concretizzare il consenso, mancando del requisito dell'attualità e dell'informazione. Si veda P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., pp. 22 ss; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 6/2018, p. 692; sul conflitto tra libertà di coscienza e trattamento sanitario si veda G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. DI COSIMO - A. PUGIOTTO - S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, in *Lezioni del Corso di Alta formazione in Diritto costituzionale*, 1, Napoli, 2014, p. 21 ss. A seguito dell'introduzione delle D.A.T. ed in considerazione dell'assenza di un loro registro pubblico e celermente accessibile, ci si può domandare se legittimi l'astensione del sanitario la presa visione delle D.A.T. che il soggetto porti con sé oppure, ancora, se gravi sul medico l'obbligo di contattare il fiduciario ove il soggetto ne abbia riportato i dati in un tesserino che tiene con sé.

⁴² G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 28; S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, cit., p. 219; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione, tra diritto europeo e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2012, p. 3.

⁴³ Ne fa un'accurata analisi L. LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955, p. 21 ss., che sostiene che il consenso escluda la tipicità del fatto, ma ne circoscrive l'applicabilità ai soli diritti disponibili che ledano interessi individuali, e sempre che il dissenso non sia elemento costitutivo del reato. Analizza poi le tesi opposte di Rocco, Maggiore e Carnelutti, che lo inquadrano tra le cause di non punibilità, residuando l'illiceità del fatto.

⁴⁴ A questa impostazione fa cenno N. CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, 2012, p. 25 ss. che cita Riz, Pulitanò, Viganò e Brusco. Per un'illustrazione completa delle varie tesi -non tutte approfondibili in questa sede- riguardanti il fondamento della liceità dell'attività medica, si veda P. G. MONATERI, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in A. BELVEDERE - S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, cit., p. 13 ss.

⁴⁵ Nell'approccio alla problematica è necessario evidenziare come le questioni della natura del consenso informato del paziente e dell'autolegittimazione dell'attività medica siano altamente complesse; sulle stesse si è scritto molto e pertanto non è possibile esaminarle in maniera esaustiva in questa sede. Della varietà delle posizioni della dottrina e dell'impossibilità di estrarre dei dati chiari e univocamente condivisibili dà atto G. PIETRA, *Trattamento medico-chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*, in *Dir. Pen. e processo*, 1/2009, p.70 ss. Detta incertezza ha incentivato il fenomeno della cosiddetta medicina difensiva: il medico, intimorito da eventuali ritorsioni penali, è portato ad assecondare le aspettative del paziente, piuttosto che ad adempiere ai propri doveri professionali, a prescindere dal perseguimento dell'interesse terapeutico. La questione sembra esser stata risolta da Cass. pen., SS. UU., 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Foro it.*, 2009, II, 305 ss., che, per usare le parole di G. Rotolo, «ha escluso che la sussistenza dell'illecito penale dipenda dalla mancanza del consenso informato del paziente, pur rimanendo tale adempimento assolutamente doveroso per il medico. Il discrimine tra condotta lecita e illecito penale è stato opportunamente individuato nell'appropriatezza terapeutica dell'atto medico: ricorrendo tale requisito e, dunque, anche la conformità alla *lex artis*, il comportamento del medico non può integrare un'ipotesi di reato.» (G. ROTOLO, *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2012, 10, p. 1259 ss.). Detto approdo è stato rivalutato dalla dottrina e giurisprudenza successiva, che propendono per la sussistenza di una responsabilità anche penale del medico laddove questi operi senza il consenso del paziente, anche in caso di trattamento dall'esito fausto (si veda anche il paragrafo 7 della Sezione 2 sul risarcimento del danno da nascita indesiderata). L'introduzione della legge 219/2017 sembra porre fine all'annosa questione e ai problemi della medicina difensiva, disponendo, all'art. 1, comma 6, che «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

cd. autolegittimazione dell'attività sanitaria⁴⁶. In seguito, però, ha specificato che dall'autolegittimazione «non può trarsi la convinzione che il medico possa [...] intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente». Infatti, l'attività medica richiede, per la sua validità e liceità, la manifestazione del consenso, salvo ove sussistano i presupposti dello stato di necessità. Detto consenso, però, non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma «afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione [...] le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale diritto di curare, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato»⁴⁷.

Pertanto, nonostante l'attività medica non configuri in sé gli estremi del reato e non necessiti del consenso ex art. 50 c.p., richiede comunque, tra i suoi presupposti di validità, il consenso informato del paziente; non si può, invece, intervenire senza il consenso del soggetto capace, a pena di integrare le fattispecie ex artt. 590 e 610 c.p. Il consenso informato del paziente sarebbe, allora, una delle condizioni di legittimità dell'esercizio dell'attività medica, assieme, ad esempio, allo scopo benefico dell'intervento e alla qualifica professionale di colui che opera⁴⁸.

Ma cosa differenzia il consenso del paziente ex artt. 2 e 13 Cost dal consenso ex art. 50 c.p.?

Entrambe le tipologie di consenso sono intrinsecamente legate alla libertà di autodeterminazione, il cui fondamento si individua negli articoli 2 e 13 della Carta fondamentale⁴⁹. Il termine "autodeterminazione" non compare in Costituzione, dunque la nozione deve essere ricavata dal linguaggio corrente e dalla giurisprudenza: è definibile come il diritto di poter determinare autonomamente e consapevolmente le proprie scelte, anche in quanto espressioni delle proprie convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche, quali estrinsecazioni della propria identità, senza condizionamenti statali o di terzi⁵⁰. Essendo un diritto di libertà i suoi limiti dovranno essere individuati di volta in volta, in relazione ai contrapposti interessi con cui esso confliggerà nel caso concreto.

Quanto alle differenze, da un'analisi della giurisprudenza e della dottrina emerge quanto segue: il consenso dell'avente diritto si basa sull'articolo 50 c.p. e opera come causa di giustificazione (o di

⁴⁶ Si veda Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Danno e Resp.*, 1997, 2, p. 178 ss., sulla teoria dell'autolegittimazione dell'attività medica, la quale ultima «trova fondamento [...] non tanto nel consenso dell'avente diritto [...] bensì in quanto essa stessa legittima». In tal senso anche Cass. pen., 11 luglio 2001, n. 1572, in *Riv. It. Medicina Legale*, 2002, pp. 867 ss.

⁴⁷ Cass. pen., 11 luglio 2001, n. 1572, cit. Nello stesso senso anche Cass. pen., SS. UU., 14 marzo 2008, n. 11335, in *Giur. It.*, 2008, 10, pp. 2283 ss.

⁴⁸ In tal senso, per tutti, si veda D. PULITANÒ, *L'attività terapeutica*, in in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 32.

⁴⁹ Così G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., p. 13; G. ROLLA, *Il sistema costituzionale italiano*, Milano, 2011, p. 233 e S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, pp. 89 e 97, che slega l'autodeterminazione terapeutica dall'art. 32 Cost., poiché capace di entrare in conflitto con esso, ed in particolare riconduce all'art. 13 Cost una doppia valenza come autodeterminazione fisica e psichica, utilizzando la suggestiva espressione della sua duplice valenza come "*habeas corpus*" e "*habeas mentem*". Non si potrebbe, pertanto, confondere il fondamento di un generale diritto all'autodeterminazione con quello concernente l'autodeterminazione terapeutica; si veda anche Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁵⁰ G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ – M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà – P. Zatti, Milano, 2010, p. 362.

esclusione della tipicità del fatto), per colui che attua un'attività intrinsecamente illegittima, essendo quindi soggetto al limite dell'art. 5 c.c. Il consenso informato delineato dalla giurisprudenza della Cassazione si fonda, invece, sugli artt. 2 e 13 Cost., quale sintesi del diritto di autodeterminazione e del diritto alla salute⁵¹ e opera come condizione di legittimità e elemento integrante la fattispecie dell'attività medica (la quale non incontra il limite ex art. 5 c.c.⁵²).

Passando ora all'analisi della disciplina del consenso informato del paziente, è mancata per tanti anni una specifica regolamentazione.

A lungo si è fatto riferimento a varie fonti, sia nazionali⁵³ che internazionali⁵⁴, nonché alla giurisprudenza, la quale, con indirizzo consolidato, ne ha poi individuato il fondamento negli articoli 2, 13 e 32 Cost., descrivendone il contenuto come la «facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale»⁵⁵, secondo un'impostazione della relazione medico-paziente basata sulla libera disponibilità del bene salute da parte di quest'ultimo, ove in possesso delle capacità intellettive e volitive. Questo indirizzo giurisprudenziale «vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del rispetto della persona umana»⁵⁶.

Solo con la legge 219 del 2017, in vigore dal 31 gennaio 2018, si è introdotta la prima completa regolamentazione del consenso informato. Questa legge è stata accolta con favore dalla maggior parte della dottrina⁵⁷ e cristallizza i principi fino ad allora enucleabili dalle varie fonti sopra elencate. In particolare, la legge fissa all'art. 1 il principio generale in base al quale «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata». Si definisce, inoltre, il ruolo dei familiari del paziente, si introduce la disciplina della pianificazione condivisa delle cure e delle disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.), volte a garantire il rispetto della volontà del paziente quando lo stesso non sarà più capace, con eventuale nomina di un fiduciario che lo rappresenterà nelle relazioni col medico e con le strutture sanitarie⁵⁸.

⁵¹ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. It.*, 2009, 11, p. 2382 ss.

⁵² Secondo l'indirizzo ormai costante della giurisprudenza costituzionale sono considerati leciti gli atti dispositivi del proprio corpo rivolti alla tutela della salute, anche psichica. Si veda Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Foro It.*, 1985, I, 2162, in particolare i punti 9 e 10 del provvedimento.

⁵³ Art. 33 l. 833/1978, oltre che, in maniera più specifica, le diverse leggi sui vari trattamenti sanitari (es. l. 194/1978 e l. 40/2004); sebbene non sia fonte del diritto, è stato richiamato anche il Codice di deontologia medica.

⁵⁴ Carta di Nizza, art. 3, e artt. 5-9 Conv. Oviedo 1997, salvo quanto precedentemente detto sul suo valore giuridico.

⁵⁵ Cass. pen., 14 marzo 2008 n° 11335, in *Resp. civ.*, 2008, 5, p. 462 ss.

⁵⁶ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁵⁷ Tra gli altri, si vedano i commenti di R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, cit; S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corriere giur.*, 3/2018, p. 301 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. Civ.*, 2/2018, p. 247 ss.

⁵⁸ Per approfondimenti sulle D.A.T. si vedano, oltre i commenti della legge citati nella nota precedente, B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, Milano, 2018; G. RAZZANO, *La legge 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio*

Un dettaglio molto importante è che la legge 219/2017 introduce una chiara regolamentazione anche per il rifiuto di cure, affermando che il paziente è *dominus* del proprio corpo fino al momento ultimo della sua esistenza e che, conseguentemente, può rifiutare o interrompere anche i cosiddetti trattamenti salvavita, specificamente alimentazione, idratazione e respirazione artificiale⁵⁹. Una volta espressa la volontà del paziente, il medico è obbligato a rispettarla e «in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale»⁶⁰. Infine, la nuova legge chiarisce l'importanza dell'informazione da fornire al paziente, prescrivendo che il tempo di informazione è tempo di cura⁶¹.

Quanto ai requisiti del consenso, per essere validamente prestato dev'essere innanzitutto libero e consapevole; inoltre, dev'essere attuale: può essere revocato in ogni momento fino al momento immediatamente precedente l'esecuzione della prestazione. Relativamente ai requisiti formali, la legge conferma il principio della libertà di forma, disponendo, però, l'obbligo di documentare il consenso nelle forme idonee e di inserire detta manifestazione di volontà nel fascicolo sanitario elettronico⁶². Con riguardo al consenso o al rifiuto di trattamenti futuri da inserire nelle D.A.T., considerata l'ampiezza delle possibilità date all'individuo per esprimere le proprie volontà devono ritenersi ammissibili l'apposizione di condizione e termine⁶³. È inammissibile la ratifica del consenso invalidamente prestato o la ritrattazione, a prestazione eseguita, del consenso validamente dichiarato⁶⁴; infine, è esclusa la

di innesti eutanasi, Torino, 2019.

⁵⁹ Si ricordi brevemente che a seguito dei casi Englaro e Welby si accese il dibattito circa la possibilità di qualificare come cure dette terapie. Vi fu, infatti, chi sostenne che acqua e cibo non potessero inquadrarsi nella categoria dei trattamenti sanitari: si veda il documento del Comitato nazionale di bioetica *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, approvato nella seduta del 30.09.2005, paragrafi 4 e 5. La legge in esame, partendo dal presupposto che trattasi di somministrazione mediante dispositivi medici e su prescrizione medica, li qualifica come trattamenti sanitari.

⁶⁰ Art. 1, comma 6.

⁶¹ Questa norma si inserisce perfettamente nel solco della giurisprudenza che riconosce un danno *in re ipsa* al paziente che lamenti di non essere stato adeguatamente informato prima del trattamento sanitario, anche se quest'ultimo ha avuto esito fausto, oppure di non essere stato tempestivamente informato di essere un malato terminale, nonostante detto ritardo non abbia in alcun modo influito nel trattamento terapeutico. Si vedano Cass., 15 maggio 2018, n. 11749, in *Nuova giur. Civ.*, p. 1644 ss.; Cass., 15 aprile 2019, n. 10424, in *Giur. It.*, 6/2020, p. 1348 ss. Il medico che non ottemperi all'obbligo di informare adeguatamente il paziente compie, secondo la nuova legge, un inadempimento contrattuale.

⁶² Sulla forma del consenso, che viene generalmente recepito in forma scritta oppure tramite registrazione della volontà del paziente, si veda G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. e dir.*, 8-9/2018, p. 803 ss. L'A. rileva come siano invece previsti dei requisiti formali per il recepimento delle D.A.T.; egli conclude che trattasi di requisiti previsti *ad probationem* e non *ad substantiam*.

⁶³ Riguardo alla dottrina tradizionale, L. LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, cit., p. 59, che ammette la possibilità di inserire tali elementi accidentali con riferimento al consenso ex art. 50 c.p. Tuttavia, se ne può dedurre l'estensibilità al consenso informato del paziente. Si pensi all'esempio di colui che, dovendo sottoporsi ad un'operazione sotto anestesia relativa ad un carcinoma di cui è ignota la portata della metastasi, dia consenso condizionato alla non amputazione degli arti, preferendo in tal caso morire, piuttosto che vivere con delle menomazioni. Si può piuttosto discutere dell'opportunità di estendere tali categorie negoziali alla figura del consenso informato. Si legga sul punto I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1/2019, pp. 52-53. Relativamente al termine, si ricordi, infine, che in ogni caso le D.A.T. sono uno strumento che il legislatore concepisce come valido *rebus sic stantibus*; ad esempio, la scoperta di nuove terapie integra una delle ipotesi nelle quali è possibile disattendere le disposizioni.

⁶⁴ Sul punto si ritengono ancora valide le considerazioni svolte dalla dottrina tradizionale per il consenso ex art. 50 c.p.; si veda L. LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, cit., p. 59. L'estensibilità della regola al consenso informato del paziente si basa sul fatto che, essendo quest'ultimo, allo stesso modo del consenso ex art. 50 c.p., condizione di legittimità dell'attività, si dovrebbe altrimenti considerare ammissibile il mutamento del fatto lecito in criminoso o la rivalutazione di un illecito in base ad una dichiarazione privata, ciò che è contrario alla cogenza del diritto penale. Diverso

configurabilità del consenso presupposto⁶⁵.

Un punto ancora controverso della disciplina del consenso informato riguarda la capacità che si richiede al soggetto: prima della legge 219/17, dottrina unanime⁶⁶ riconosceva sufficiente la capacità naturale. La nuova legge sembra confermare questa impostazione solo in parte, disponendo, all'articolo 3, che per minori e interdetti sia il tutore ad esprimere il consenso, ma tenendo conto della volontà dell'incapace, in particolare nel caso del minore. L'ordinamento, anche a livello internazionale, si muove verso una tutela sempre maggiore della libertà di autodeterminazione dei soggetti incapaci⁶⁷. Per quanto riguarda, in particolare, i minori, è interessante notare come la giurisprudenza italiana ed europea⁶⁸ sia orientata verso una valutazione caso per caso delle capacità del soggetto, giungendo anche ad esiti sorprendenti⁶⁹.

4. Limiti alla validità del consenso dell'avente diritto: la querelle sulla disponibilità del proprio corpo

Come si è visto, il diritto di autodeterminazione è un diritto di libertà; come tale, il suo esercizio necessita di un bilanciamento e incontra dei limiti ogni qualvolta si scontri con interessi parimenti costituzionalmente tutelati. È chiaro che il consenso informato e l'autodeterminazione non possano valere come *passé-partout* per ottenere qualsivoglia prestazione medica: il diritto alla prestazione sanitaria è innanzitutto delimitato dal bilanciamento tra diritti costituzionali compiuto dal legislatore⁷⁰; tra questi, un peculiare rilievo ricopre la libertà di coscienza del medico. Quest'ultimo, inoltre, opera secondo le regole deontologiche della sua professione e non può essere tenuto ad effettuare trattamenti che, pur

discorso è quello relativo alla possibilità del soggetto di rinunciare alle azioni civili per il risarcimento degli eventuali danni.

⁶⁵ Pacificamente ammesso per il consenso ex art. 50 c.p., è invece escluso per il consenso informato del paziente. Più volte la Suprema Corte ha ribadito che il consenso dato a un primo intervento non vale a legittimare un successivo intervento della cui necessità il sanitario si renda conto solo una volta iniziato l'intervento chirurgico consentito. Detto ulteriore intervento potrà legittimamente eseguirsi, in assenza di consenso, solo nell'ipotesi dello stato di necessità. Si veda, tra le altre, Cass. pen., ss. uu. 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Corriere del Merito*, 2009, 3, p. 303 ss.

⁶⁶ Così, tra gli altri, D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 267; L. LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, cit., p. 59; V. SELLAROLI, *Autodeterminazione, libertà di cura, libertà di coscienza e consenso informato* in *Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia*, 2005, II, p. 147 ss.

⁶⁷ In tal senso G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., p. 67 cita le leggi 194/1978 sull'I.V.G., 685/1975 sulla riabilitazione dei tossicodipendenti e D.M. 18/03/1998 sul consenso alla sottoposizione a terapie per la sperimentazione di farmaci. Si veda anche art. 33, l. 833/1978. A livello internazionale, ampia e articolata tutela è data dagli articoli 6, 7 e 9 della Convenzione di Oviedo.

⁶⁸ Si veda ad esempio il caso citato da V. SELLAROLI, *Autodeterminazione, libertà di cura, libertà di coscienza e consenso informato*, cit., p. 153, ossia la sentenza del tribunale costituzionale spagnolo 154/2002 che assolve i genitori dall'accusa di omicidio colposo del figlio, morto a seguito del rifiuto di emotrasfusione per motivi religiosi; l'assoluzione si fondava sul riconoscimento dell'autodeterminazione del figlio, sebbene tredicenne.

⁶⁹ Il riferimento è al caso noto come "Ketha", citato da S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 285, deciso da Trib. Min. Brescia, decr. 22 maggio 1999. Il Tribunale per i minorenni, di fronte alla richiesta dei genitori e della stessa bambina di sospendere la chemioterapia a favore della cura Di Bella, dispose una consulenza tecnica che rilevò la capacità di intendere e della minore nonostante avesse soli dieci anni, concludendo, pertanto, per l'accoglimento dell'istanza.

⁷⁰ Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455, in *Foro It.*, 1992, I, p. 287 ss.

richiesti dal paziente, violino dette regole⁷¹.

Si pone, dunque, la questione dei limiti di efficacia del consenso validamente prestato e, conseguentemente, dei limiti che il legislatore può porre ai trattamenti sanitari.

Nel caso in cui gli interessi costituzionali in conflitto siano imputabili a due differenti centri di interesse, come nelle ipotesi dell'I.V.G. e della P.M.A., al legislatore spetterà bilanciare detti diritti con un certo margine di discrezionalità, eventualmente comprimendo l'autodeterminazione del paziente per tutelare un altro diritto fondamentale.

Quid iuris se entrambi gli interessi fanno capo allo stesso soggetto?

È punibile, ad esempio, il chirurgo plastico che, su richiesta del paziente, operi in modo da fargli assumere tratti animali? O ancora, è legittimo vietare l'amputazione di un arto richiesta per scopi non sanitari? Assumendo che tali condotte siano illegittime e punibili, qual è l'interesse che si vuole tutelare e che si contrappone all'autodeterminazione del paziente?

La questione è classicamente legata all'articolo 5 c.c. ed è stata per lungo tempo risolta individuando nel principio di indisponibilità del proprio corpo il limite all'efficacia del consenso informato.

L'articolo 5 c.c. vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che comportino una «diminuzione permanente della integrità fisica»⁷² o che siano «altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Pare che l'art. 5 c.c. fu inserito nel codice del 1942 per colmare una lacuna normativa, culminata in un celebre episodio giunto fino in Cassazione⁷³: nella metà degli anni Trenta, i giudici di merito e di legittimità furono impossibilitati a sanzionare la cessione, dietro compenso, di un testicolo da parte di un giovane studente ad un anziano ricco signore, stante l'assenza di divieti.

Ci si è in seguito interrogati sull'ambito di applicabilità di questo articolo: è solo la dottrina recente a circoscriverlo all'attività di disposizione negoziale del proprio corpo a scopo lucrativo⁷⁴. La dottrina classica vi leggeva un'implicita condanna delle lesioni del corpo umano in sé considerate, anche col consenso del leso, secondo un'ottica di indisponibilità non solo della propria vita, ma del corpo umano in genere⁷⁵. L'interesse tutelato dalla norma, nata in un contesto storico in cui già era lecita la

⁷¹ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, cit. Si anticipa che, sebbene i limiti del consenso informato si siano, di recente, spinti parecchio oltre i limiti originariamente delineati dall'ordinamento, è tutt'ora precluso al paziente ottenere prestazioni contrarie alla legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali (art. 1, comma 7, l. 219/2017). Detta norma si riferirebbe all'impossibilità di ottenere cure non scientificamente testate o di prolungare la somministrazione di terapie in caso di malattia cronica o paziente in fase terminale. In tal senso P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., p. 250.

⁷² Per tale si intende quella che altera l'organismo in modo irreparabile e non ripristinabile; si veda P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., p. 25.

⁷³ Cass 31 gennaio 1934, inedita, citata da S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 219 ss.; sul caso in oggetto si veda anche P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., p. 25 ss.

⁷⁴ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., p. 145 sottolinea come tale interpretazione sia conforme all'articolo 32 Cost.; si veda anche V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica*, Padova, 2009, p. 42 ss.; P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., p. 31: l'A. afferma che l'attuale funzione dell'art. 5 è evitare che il corpo umano divenga oggetto di diritti altrui con atti negoziali a effetti obbligatori.

⁷⁵ Le posizioni della dottrina classica sono elencate esaustivamente in S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, cit., p. 161ss, che cita, tra gli altri U.G. Nannini e P. D'Addino Serravalle.

diminuzione permanente cagionata da attività medico-chirurgica, sembra risiedere, più che nell'integrità fisica, nella contrarietà al buoncostume e all'ordine pubblico. Pertanto, secondo l'interpretazione tradizionale, l'indisponibilità ex art. 5 c.c. era circoscritta ai casi di atti dispositivi in *malam partem*: si impediva, cioè, la disposizione del proprio corpo al di fuori di contesti curativi. Ma curativi secondo quali parametri?

Il Codice civile italiano è figlio del periodo fascista, che concepiva l'uomo come lavoratore e la donna come madre; tale contesto non poteva che svalutare l'autodeterminazione dell'individuo per tutelare l'assolvimento di queste finalità⁷⁶. Nella dottrina tradizionale, che ancora riconduceva l'attività medica al consenso ex articolo 50 c.p., si individuava proprio nell'articolo 5 c.c. il limite alla disponibilità del proprio corpo, affermando l'illegittimità anche della stessa attività medica ove fosse svolta al di fuori di scopi curativi⁷⁷.

In ogni caso, in assenza dell'articolo 5 c.c., un limite al consenso del paziente si sarebbe comunque potuto desumere dalla teoria dell'indisponibilità dei diritti⁷⁸: in epoca fascista il bene vita era pacificamente ritenuto indisponibile⁷⁹.

Quest'ottica, che frustra l'autodeterminazione dell'individuo sul proprio corpo a favore di un interesse collettivo-statale, finisce per sottrarre alla disponibilità del singolo proprio i suoi diritti più personali⁸⁰, secondo una concezione di stato-paternalista che persegue il benessere del soggetto inteso come categoria e non come individuo, il quale ultimo viene, anzi, strumentalizzato nell'interesse di un benessere statale che può confliggere col proprio.

Nel 1858, John Stuart Mill, considerato tra i maggiori esponenti della filosofia liberale, scriveva che «il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell'opinione altrui, è opportuno o perfino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo, ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso si comporti diversamente»⁸¹.

La giurisprudenza italiana si avvicinerà a questa linea di pensiero solo a partire dagli anni Ottanta. È

⁷⁶ In questo senso V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica*, cit., p. 43.

⁷⁷ Si veda sempre S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, cit., p. 166.

⁷⁸ Secondo la quale il consenso ex art. 50 c.p. non potrebbe avere ad oggetto diritti indisponibili.

⁷⁹ Basti pensare all'articolo 579 c.p., che punisce l'omicidio del consenziente con la reclusione da sei a quindici anni; è invece assente una sanzione del tentato suicidio. Le ultime tracce di una simile sanzione si rinvengono nel Codice preunitario del Regno di Sardegna del 1839; tale scomparsa sarebbe indice del superamento del legame tra tutela della vita e sacralità della stessa, non, invece, della valorizzazione dell'autodeterminazione del singolo; in tal senso S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Trattato di biodiritto*, cit. p. 189 ss.

⁸⁰ Definiti diritti "inseparabili dal soggetto", piuttosto che indisponibili, inalienabili, ecc. (categorie che mal si attagliano a beni come la vita) da S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 215 ss.

⁸¹ J. STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 2009, p. 28

esemplificativa in tal senso la legge 164/1982 sul transessualismo, che sancisce la liceità dell'intervento del cambio di sesso in nome del perseguimento di un equilibrio tra soma e psiche che consenta il raggiungimento del benessere psicofisico⁸². Rilevante è, inoltre, la sentenza della Suprema Corte del 1997⁸³ che per la prima volta distingue il consenso al trattamento sanitario dalla fattispecie ex art. 50 c.p., svincolandolo dai limiti propri di quest'ultimo e dunque dall'art. 5 c.c.

Ma per superare del tutto la teoria connessa alla disposizione in esame ed affermare la disponibilità, non solo del corpo parzialmente inteso, ma della stessa vita, bisognerà attendere la giurisprudenza del caso Englaro del 2007. In tale occasione la Corte di Cassazione afferma che «deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa [...] (si) ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva»⁸⁴.

Detta impostazione si è sviluppata negli anni sempre per mezzo della giurisprudenza⁸⁵ e mai del legislatore, fino all'intervento della legge 219/2017. Questa legge impone, nero su bianco, per la prima volta, il rispetto della volontà del paziente tenuto in vita da presidi sanitari che desideri morire, obbligando il medico o a rispettare il rifiuto delle cure espresso *ab initio*, o a provvedere al distacco dei macchinari, nell'ipotesi di interruzione delle cure già avviate, in ogni caso successivamente somministrando al malato i sedativi per evitare una morte dolorosa⁸⁶.

Di più, nel 2019, mediante l'utilizzo di una tecnica processuale senza precedenti, la Corte costituzionale, con un intervento manipolativo dell'art. 580 c.p., ha sostanzialmente delineato una procedura per effettuare il suicidio assistito, depenalizzando l'aiuto al suicidio nell'ipotesi in cui il soggetto, capace, sia affetto da una malattia incurabile che sia fonte di sofferenze fisiche o psicologiche

⁸² Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, cit., punto 3.

⁸³ Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, cit.

⁸⁴ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., punto 6.1 della decisione; inciso tra parentesi aggiunto.

⁸⁵ Giocano un ruolo importante le iniziative dell'Associazione Luca Coscioni. Precede di pochi mesi la Cassazione del caso Englaro la sentenza, resa nel caso Welby, Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 1, 1, p. 65 ss. Detta sentenza, anticipando di una decina d'anni la legge, afferma che il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, è espressione di un diritto costituzionale e conseguentemente il medico ha l'obbligo di garantire il rispetto di tale volontà. Ancora, nel 2008 il decreto App. Milano, 25 giugno 2008, in *Corriere del Merito*, 2008, 10, p. 1031 ss., pone fine alla vicenda Englaro, autorizzando, conformemente al principio di diritto reso dalla Suprema Corte, l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale per Eluana Englaro, in stato vegetativo da ormai 15 anni. Tra le sentenze che proseguono la linea della non imputabilità del medico per l'esecuzione del rifiuto di cure del paziente, si veda Cass. pen., 23 gennaio 2008, n. 16375, in *leggiditaliaprofessionale.it*; e il più recente decreto Trib. Cagliari, 16 luglio 2016, inedito, sul caso Piludu che, anticipando la linea della legge 219/2017 e facendo tesoro della giurisprudenza sul caso Welby, autorizza il distacco del respiratore, qualificato come rifiuto di trattamento sanitario espresso dal paziente affetto da SLA. Per la giurisprudenza più recente si rimanda al paragrafo 8 della Sezione 4. Contestualmente la giurisprudenza considerò reato, per il medico, procedere al trattamento senza recepire il consenso del paziente *compos sui* (si veda *supra*, nota 45). Contrariamente a questa tendenza si segnala l'avvio, nel 2009, dell'*iter* parlamentare per l'approvazione di una legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento che riaffermava integralmente il principio dell'indisponibilità della vita.

⁸⁶ Si tratta della cosiddetta eutanasia passiva, tale definita, tra gli altri, da R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, cit., p. 691 e I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, cit., p. 62 ss.

per lui intollerabili e che sia tenuto in vita da trattamenti sanitari⁸⁷. Sembrerebbe, dunque, che il nostro ordinamento si stia avvicinando al pensiero di Mill: il diritto-paternalista cede il passo alla tutela del benessere del singolo, abbandonando presunti interessi superiori, che, se trovavano spazio nella dittatura fascista, non sono ammissibili nell'attuale democrazia pluralista.

Il benessere del singolo, soggettivamente inteso, viene messo in primo piano anche nel caso in cui ciò urti la coscienza sociale. Con questo non si vuole negare l'importanza di individuare dei limiti etici al diritto; tuttavia, l'ago di tali limiti non è più retto da considerazioni etero-imposte, ma pende, ormai, verso il consenso del soggetto, in un'ottica secondo la quale è immorale tutto ciò che impone una violazione della libertà del singolo senza alcuna giustificazione se non quella dell'etica altrui.

In conclusione, si può evidenziare come la recente giurisprudenza ponga in crisi la stessa teoria dei diritti assoluti, che riconduce a questa categoria una serie di caratteristiche e, in particolare, l'indisponibilità del diritto da parte dello stesso titolare.

⁸⁷ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Fam. e Dir.*, 2020, 3, p. 242 ss., con nota di DOGLIOTTI, MORRONE, PITTARO. In questa occasione la Consulta, evitando di ricorrere al meccanismo dell'inammissibilità con monito al legislatore e della successiva sentenza di accoglimento, ha sospeso il giudizio *a quo* e fissato nuova udienza all'anno seguente, sollecitando il Parlamento a legiferare sulla materia. Poiché tale invito non è stato seguito, la Corte ha introdotto un vero e proprio procedimento, specificando che andranno esenti da responsabilità coloro che agevolino il proposito suicidiario dell'individuo alle condizioni sopra enunciate, «sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente». Occorre sottolineare che la Corte, però, non ha introdotto tale procedura per tutelare un presunto diritto a morire, che viene, anzi, fermamente negato. Ciò in accordo con la giurisprudenza della Corte E.D.U.; il riferimento è alla sentenza del 29 aprile 2002 nel caso *Pretty vs Uk*, la quale costituisce, ad oggi, il principale arresto internazionale in materia, che ha affermato l'impossibilità di interpretare l'art. 2 CEDU sul diritto alla vita nel senso di attribuire anche un diritto a morire, «né esso può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita».

SEZIONE SECONDA: AUTODETERMINAZIONE PROCREATIVA

SEZIONE SECONDA: Autodeterminazione procreativa – 1. La libertà di procreazione – 2. I diritti antagonisti alla libertà procreativa: in particolare, i diritti del nato – 3. Dal diritto alla procreazione cosciente e responsabile al diritto di procreare – 4. Procreazione artificiale: è un diritto? - 5. Divieto di maternità surrogata – 6. Diritto ad avere un figlio sano – 7. Profili risarcitori del diritto alla procreazione cosciente e responsabile: il danno da nascita indesiderata.

Come si è detto nell'introduzione della sezione precedente, l'intervento abortivo è prima di tutto un trattamento sanitario; essendo inerente all'impedimento della generazione di un figlio, tuttavia, è chiaramente coinvolta anche la libertà di autodeterminazione procreativa, che si intreccia con la libertà di autodeterminazione della paziente. Si analizzeranno di seguito i più recenti approdi della giurisprudenza e della dottrina in tema di procreazione, dimostrando che l'evoluzione della coscienza sociale porta a una tutela sempre maggiore delle istanze individualistiche, nell'ottica del perseguimento del miglior stato di sanità possibile -in senso fisico, mentale e sociale- dell'individuo.

1. La libertà di procreazione

La procreazione naturale, ossia senza l'ausilio delle tecnologie moderne, è ovviamente un atto libero. Ma vi è di più: lo Stato non può interferire nelle scelte procreative dell'individuo, inducendolo a procreare o a non procreare.

Su queste basi si fonda la libertà di procreazione, o libertà di autodeterminarsi in ambito procreativo. Necessariamente si tratta di un diritto di libertà, inteso come diritto del soggetto alla non interferenza dello Stato e dei consociati nell'esercizio delle proprie scelte personali⁸⁸; pertanto, si afferma che la libertà, a struttura "negativa", è tutelata più debolmente rispetto al diritto "positivo"⁸⁹, poiché la prima si realizza con un'astensione, laddove l'altro implica una collaborazione attiva dello Stato⁹⁰.

⁸⁸ Come noto, il diritto di libertà è un diritto individuale, assoluto e soprattutto, ciò che ne costituisce la peculiarità, a struttura negativa. Si veda, tra gli altri, A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010 p. 462ss.

⁸⁹ Sulla distinzione tra libertà di procreare e diritto di procreare si veda F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020, p. 47 ss.; G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, pubblicato su biodiritto.org tra i papers selezionati in seguito alla call "Le Corti e l'inizio della Vita", 2012; G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in F. GIUFFRÈ- I. NICOTRA (a cura di) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2013, p. 131 ss; T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, *Ibidem*, p. 640; A. D'ALOIA – P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, cit., p. 1341 ss.

⁹⁰ Altra differenza della libertà rispetto al diritto risiederebbe nell'indeterminatezza dei suoi limiti: mentre nel diritto è già avvenuto il bilanciamento del legislatore con gli interessi contrastanti, il concreto esercizio dei diritti di libertà dovrebbe essere disciplinato specificamente dal legislatore, per la tutela dei corrispondenti diritti delle altre persone, determinando la sfera di azione dei vari soggetti e garantendo lo svolgimento della libertà di tutti. Si vedano a proposito le sentenze Corte

La prima sentenza rilevante in tema di libertà di procreazione è la declaratoria di incostituzionalità delle norme che ponevano l'assenza di prole come condizione per l'arruolamento o la carriera in certi corpi armati⁹¹; la Consulta fonda la decisione sulla violazione degli articoli 2, 30, 31⁹², riferendosi ad un "diritto di procreare".

È evidente che la sentenza si riferisca a un diritto di libertà. Infatti, la Consulta elimina una restrizione, laddove il diritto, specificamente il diritto sociale, legittima la pretesa a che lo Stato si attivi per mettere a disposizione mezzi e risorse per l'esercizio di una posizione giuridica⁹³.

Alla libertà di procreazione va riservato il merito di escludere lo Stato e i consociati dall'interferenza nelle scelte dei singoli e dei *partners* concernenti il processo procreativo⁹⁴: ed è appunto tale funzione che esplica nella sentenza costituzionale 332 del 2000, impedendo che le leggi che regolano alcuni corpi armati possano esercitare un'influenza indiretta sulla libertà dell'individuo di determinarsi sull'inizio della procreazione.

Pertanto, chiunque, anche omosessuali e singoli, possono, in linea di principio e salvo il bilanciamento coi diritti antagonisti che può effettuare il legislatore, procreare grazie a tale diritto di libertà. Quest'ultimo, infatti, legittima ogni attività inerente alla procreazione, fintanto che non intervenga un divieto o che non vi sia un divieto a livello costituzionale⁹⁵.

È significativo che la Corte non invochi l'articolo 32 cost. nella decisione in esame: trattandosi di autodeterminazione sull'avvio del processo procreativo naturale, non è coinvolto alcun processo incidente sulla salute. Il diritto alla salute è invece coinvolto nella procreazione artificiale; si potrebbe, però, obiettare che la scelta procreativa coinvolge sempre, seppur indirettamente, la salute, almeno dal lato psichico. Ad avviso della scrivente, sarebbe altresì stato più consono citare l'art. 13 invece dell'art. 30 Cost., fondandosi la libertà procreativa anche sul diritto all'autodeterminazione.

Bisogna però riconoscere che, come in seguito di approfondirò, la teoria della libertà di procreazione si evolve con l'evolvere della coscienza sociale e della scienza. Pertanto, sebbene la Corte nel 2000 ritenne di fondare la libertà di procreazione, o libertà di determinarsi in ambito procreativo, sui soli articoli 2, 30 e 31 Cost., è bene tener presente che, ad oggi, è più corretto collocarne il fondamento negli

cost., 25 marzo 1976, n. 57, e Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 2, entrambe in *giuricost.org*.

⁹¹ Corte cost., 12 luglio 2000, n. 332, in *Giur. Costit.*, 2000, p. 2455: il caso del giudice *a quo* riguardava la Guardia di Finanza, ma la declaratoria di incostituzionalità si è estesa ad altre disposizioni dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica.

⁹² La violazione dell'articolo 3 cost. non rileva ai presenti fini perché riguardante la discriminazione rispetto alla normativa regolatrice dei "sottufficiali, ai graduati ed ai militari di truppa appartenenti all'Arma dei carabinieri e al Corpo della Guardia di finanza già in servizio".

⁹³ Così A. B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002, p. 133; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., p. 311.

⁹⁴ Pertanto, non si può imporre a un individuo, direttamente o indirettamente, di determinarsi alla procreazione, cosa che, invece, indirettamente, avveniva nella legislazione fascista, con l'imposta sul celibato di cui al R.D.L. 19 dicembre 1926, n. 2132; né gli si può imporre di determinarsi in senso contrario.

⁹⁵ È in base a questi principi che, prima della pubblicazione della legge 40/2004, le pratiche di fecondazione assistita erano liberamente effettuate sul territorio nazionale, salvo venir eventualmente bloccate dal bilanciamento sfavorevole effettuato dal giudice chiamato a vagliare la legittimità del caso concreto.

articoli 2, 13, 31 e 32 Cost⁹⁶. L'autodeterminazione dell'individuo gioca, infatti, un ruolo fondamentale nel riconoscimento di questa libertà.

Occorre ora precisare l'ambito di operatività della libertà procreativa.

Si è spesso parlato di questa libertà differenziando un profilo positivo, ossia la libertà di avviare un processo procreativo, da un profilo negativo, che si concretizzerebbe nella scelta di non procreare o di interrompere una gravidanza in corso⁹⁷.

Questa impostazione rischia di confondere le idee sulla problematica dell'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive relative alla procreazione⁹⁸.

Specificamente, la procreazione rileverebbe sotto due aspetti: in primo luogo come diritto di libertà, garantendo all'individuo la possibilità di autodeterminarsi sulla procreazione, con conseguente obbligo di astensione dello Stato da interferenze sull'*an* e sul *quando* procreare.

In secondo luogo, come diritto sociale, strettamente legato alla tutela della salute⁹⁹, che garantisce, tra gli altri, il diritto all'aborto e il diritto alla procreazione assistita.

Per usare le parole di Bifulco, «le tecniche mediche non possono [...], almeno per ora, sottrarre il processo procreativo al corpo materno, che rimane, quindi, il punto di riferimento di ogni diritto alla procreazione»¹⁰⁰. Il diritto alla procreazione artificiale (così come quello all'aborto) è pertanto, di fatto, il diritto a una prestazione sanitaria che coinvolge prima di tutto la donna: da ciò l'inscindibile legame con l'art. 32 Cost.

In virtù di quanto esposto possiamo dunque affermare che la libertà di procreazione si manifesta in un momento preventivo rispetto alla procreazione stessa, come libertà di scegliere se e quando procreare naturalmente¹⁰¹. Successivamente, ossia dopo il concepimento, il tema della procreazione si impone come diritto (sociale) all'aborto; in caso di incapacità di procreare naturalmente rileva invece il problema

⁹⁶ Si veda l'evoluzione della giurisprudenza cui si fa riferimento nel paragrafo 4 della presente sezione, dalla quale si evince che la Corte costituzionale sempre più spesso ha rinvenuto il fondamento del diritto alla procreazione artificiale della libertà di autodeterminazione e nella tutela della salute psicofisica.

⁹⁷ In quest'ultimo senso si veda F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in G. SCIANCALEPORE – P. STANZIONE, *Procreazione assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 87. Bisogna, però, puntualizzare che l'aborto non può fondarsi solamente sull'autodeterminazione procreativa. La libertà di procreazione può avere un ruolo nel riconoscimento, in capo alla donna, della possibilità di interrompere il processo procreativo solo nei primi 90 giorni, essendo l'aborto successivamente subordinato a una lesione del diritto alla salute. La questione si approfondirà nel capitolo 4 del presente lavoro.

⁹⁸ Non è questa la sede per approfondire l'annoso dibattito relativo alle caratteristiche dei diritti di libertà. Si rimanda per tutti, in particolare relativamente alla critica della configurabilità dei profili di libertà positiva e negativa, ad A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Giornale di storia costituzionale*, 17/2009, p. 11 ss.

⁹⁹ Per approfondire il rapporto tra procreazione e diritti sociali si veda M. P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1/2018. L'A. riconduce la PMA e l'aborto all'ambito dell'art. 32 Cost. Sul diritto alla procreazione artificiale come diritto sociale si veda F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., p. 64.

¹⁰⁰ R. BIFULCO, *Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, IV, *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, 2020, p. 51.

¹⁰¹ Così anche F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, 4/2019, seppur senza la premessa che fa la scrivente.

del diritto (sociale) all'accesso alla procreazione assistita¹⁰².

Il diritto di procreare è un diritto di cui si è iniziato a discorrere di recente: in passato la procreazione era pensabile solo come fatto naturale, per cui non avrebbe avuto senso discutere sulla necessità di una tutela statale volta a fornire i mezzi per attuare questo diritto. È per questo motivo che il discorso sul diritto di procreare ha senso e si innesta solamente sulla procreazione artificiale¹⁰³; parlare di diritto alla procreazione, cioè, significa parlare di diritto alla procreazione assistita. La procreazione naturale, senza l'ausilio delle tecnologie moderne, è ovviamente un atto libero.

Occorre ora indagare la possibilità di apporre limiti alla libertà procreativa.

Come illustrato, la libertà garantisce, potrebbe dirsi, una base generalizzata di liceità: è una garanzia, cioè, di poter decidere liberamente se procreare o no, con obbligo dello Stato di astenersi dall'interferire nelle scelte del singolo, e una garanzia di poter fare, nel silenzio della legge, tutto ciò che non è esplicitamente vietato a livello costituzionale. È in virtù di questo che prima della pubblicazione della legge 40/2004 era possibile accedere ai centri di PMA, che operavano come qualsiasi clinica privata: non essendosi ancora affermato il diritto a procreare artificialmente come diritto sociale, la prestazione era fruibile su richiesta e dietro pagamento¹⁰⁴.

Il legislatore può intervenire sulla libertà o sul diritto di procreare, comprimendoli e delineando dei limiti all'accesso alle prestazioni procreative: questo, però, solo in funzione della tutela di diversi interessi di pari rango costituzionale. Occorre dunque individuare tali interessi, diversificando tra procreazione artificiale e procreazione naturale.

Nel caso della procreazione naturale non vi sono terzi che interferiscono nel processo avviato dalla coppia: l'atto della copula è ovviamente libero, come libera è la scelta dell'uso del profilattico, diffuso da tantissimo tempo; dal 1976 è stata immessa in commercio in Italia la pillola contraccettiva¹⁰⁵ e nel 1978

¹⁰² La procreazione come diritto sociale rileva, in realtà, anche prima del concepimento, come diritto ad ottenere gli anticoncezionali, diritto all'informazione in tema di prevenzione presso i consultori, etc., ma principalmente e onde evitare confusioni in un tema assai complesso, ci si riferirà a questa bipartizione. In questo senso la procreazione naturale e la procreazione artificiale, pur afferendo allo stesso tema, originano due situazioni giuridiche diverse. La prima si concretizza come libertà di autodeterminarsi alla procreazione e trova tutela soprattutto con l'astensione statale, benché come si è detto la legge 194/78 abbia introdotto dei diritti di prestazione anche in questo ambito. La seconda, sebbene legata pur sempre alla libertà procreativa come espressione di sviluppo della personalità ex art. 2 Cost., si estrinseca nelle forme del diritto sociale; della pretesa, cioè, a che lo Stato garantisca la PMA a tutti gli individui, salvo limitazioni dettate dalla tutela degli interessi antagonisti. Non è certamente possibile dare atto in questa sede del conflitto, che sembra ormai superato, tra diritti di libertà e diritti sociali, un dibattito che si è sviluppato sia in ambito costituzionale sia nella filosofia del diritto. Si veda tra gli altri A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enc. Giur.*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1989, p. 10 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, (voce) in *Ibidem*, p. 30 ss.; E. DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2004, p. 733 ss.

¹⁰³ Per usare le parole di Chiara Tripodina, «La procreazione diviene oggetto di rivendicazione in termini di diritto nel momento in cui esce dalla sfera degli accadimenti naturali per divenire oggetto di artificio, e dunque di scelta: quando la tecnica rende possibile il concepimento di un figlio laddove la natura non lo permetterebbe, li nasce la rivendicazione del diritto a procreare artificialmente»; si veda C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Biolaw journal*, 2/2014, p. 67.

¹⁰⁴ Un regime, in pratica, di libero mercato: era possibile rivolgersi privatamente ai centri di PMA per ottenere la prestazione a pagamento, senza alcun coinvolgimento dello Stato né possibilità di accesso per i meno abbienti (si ricordi che attualmente, invece, la PMA è nei LEA).

¹⁰⁵ Con decreto del Ministero della Sanità dell'Ottobre 1976 sono state abrogate le norme che impedivano la registrazione

è stata legalizzata la sterilizzazione volontaria per ambo i sessi¹⁰⁶. L'unico interesse antagonista sarebbe pertanto legato al nascituro prima e al nato poi. In nome di tali interessi si potrebbero teoricamente porre delle limitazioni alla libertà di procreazione, impedendo di procreare, ad esempio, a soggetti tossicodipendenti in condizioni sanitarie ed economiche precarie. Tuttavia, la sacralità della libertà personale ex art. 13 Cost. impedisce ogni concreta configurabilità di detti limiti. La tutela del benessere e dell'equilibrato sviluppo del nato non potrà che attuarsi dopo la nascita, con i meccanismi della legge sull'adozione.

Nel caso della procreazione artificiale, invece, è necessaria una struttura, dei mezzi, nonché la cooperazione di terzi qualificati con determinate conoscenze medico-specialistiche. Gli interessi che vengono in considerazione, oltre a quelli del concepito e del nato, sono anche quello alla tutela della coscienza del medico, quello dello Stato alla destinazione delle proprie risorse, nonché, in caso di fecondazione eterologa, l'interesse del nato all'identità personale e alla conoscenza delle proprie origini. Si noti, infine, che l'interesse del nato a un equilibrato e sano sviluppo personale si può perseguire in questo caso preventivamente, impedendo l'accesso alla PMA a coloro che non possono garantire il benessere del figlio.

Chiaramente, in un ambito con molteplici implicazioni, anche etiche, il legislatore può intervenire, regolamentando in concreto il diritto alla PMA, con ampio margine di discrezionalità per contemperare tutti gli interessi; resta ferma, però, la necessità di giustificare i limiti alla libertà procreativa e al diritto di procreare con la tutela di altri valori costituzionali di pari rango e l'impossibilità di introdurre limiti arbitrari e discriminatori.

2. I diritti antagonisti alla libertà procreativa: in particolare, i diritti del nato

I diritti antagonisti alla libertà procreativa, che ne possono giustificare una limitazione, sono legati alla coscienza del medico coinvolto nella P.M.A., alla tutela dell'embrione e alla tutela del nato. Dei primi due ci si occuperà in seguito, mentre è opportuno sin d'ora approfondire i diritti del figlio, giacché costituiscono il principale argomento addotto dalla recente giurisprudenza per limitare la titolarità del diritto alla procreazione.

I diritti che il nato vanta nei confronti del genitore si evincono da diverse norme del nostro ordinamento¹⁰⁷ e possono riassumersi nel diritto al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, all'assistenza morale, alla protezione e custodia, all'ascolto, e nel diritto di crescere nella propria famiglia. I suddetti diritti vengono qualificati come veri e propri diritti della personalità del minore¹⁰⁸.

di farmaci ad indicazione contraccettiva.

¹⁰⁶ Si veda Cass., 18 giugno 1987, n. 7425, in *leggiditaliaprofessionale.it*, che fonda la liceità della vasectomia sull'abrogazione dell'art. 552 c.p. ad opera della legge 194/1978.

¹⁰⁷ Il riferimento è all'art. 30 Cost., agli artt. 147 e 315-bis del c.c. e alla l. 62/1983 sull'adozione.

¹⁰⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, II-1, Milano, 2017, p. 363.

Il diritto al mantenimento e il diritto all'istruzione si concretizzano in una pretesa prevalentemente economica¹⁰⁹. Il diritto all'istruzione, in particolare, si concretizza nell'obbligo del genitore di sostenere le spese e formalizzare le scelte per conto del figlio, assecondando la sua volontà, in linea con la capacità raggiunta. È un obbligo che si estende, se così vuole il figlio, anche oltre l'istruzione obbligatoria, e deve essere coordinato con le capacità economiche della famiglia. Il diritto al mantenimento ha una portata ampia, che, come noto, è ben maggiore dell'obbligo alimentare, il quale ultimo comporta l'assicurazione di vitto e alloggio al beneficiario. Nel mantenimento sono ricomprese le spese abitative, scolastiche, sanitarie, sociali e ogni altra spesa che si riveli in concreto rispondente all'interesse del minore e consona al tenore di vita familiare. È un obbligo che cessa solamente quando il figlio, anche se già maggiorenne, raggiunge l'indipendenza economica, concetto, questo, parecchio dibattuto e perlopiù inteso come conseguimento di una posizione lavorativa confacente alle proprie aspettative e alla propria capacità di studio e professionale¹¹⁰.

Trattandosi di un diritto a contenuto patrimoniale, il nostro ordinamento garantisce la sua esecuzione sotto vari aspetti: tra i più incisivi, la distrazione diretta dell'assegno dallo stipendio del genitore e i classici metodi di pignoramento.

Il diritto all'assistenza morale è stato definito come diritto all'amore, ossia a ricevere un'amorevole cura¹¹¹. Nel diritto all'assistenza morale rientra anche il diritto del minore ad essere assecondato nelle proprie inclinazioni e a sviluppare la propria personalità in un ambiente familiare idoneo. Ad esempio, è diritto del minore, una volta raggiunta una capacità adeguata, decidere che studi intraprendere, nonché quali convinzioni etiche, religiose e politiche coltivare.

I diritti all'educazione e alla protezione e il diritto all'ascolto, sono parimenti a contenuto non patrimoniale, e potrebbero dirsi ricompresi nel diritto all'assistenza morale¹¹².

Il diritto all'ascolto, sebbene risulti formulato nel codice sotto un profilo processuale, è stato inteso

¹⁰⁹ Ciò sebbene detti diritti non abbiano carattere patrimoniale, secondo quanto rileva C.M. BIANCA, *Ibidem*, p. 364.

¹¹⁰ Il concetto di autosufficienza economica è in concreto di difficile definizione, giacché spesso non rileva solo il *quantum* dello stipendio, quanto la natura della posizione lavorativa. A titolo esemplificativo, l'indipendenza si è considerata raggiunta per il medico specializzando, ma non per il dottorando di ricerca, oppure per l'avvocato che non abbia stabili guadagni. Indicativamente, la soglia minima di guadagno idoneo si aggira sui € 700-800. A seguito del raggiungimento dell'indipendenza economica, stante l'appurata capacità lavorativa, l'obbligo di mantenimento cessa definitivamente e, anche se il figlio perde il lavoro in futuro, non rivive. Di recente la Cassazione (Cass., ord., 14 agosto 2020, n. 17183, in *cassazione.net*) ha effettuato un vero e proprio *revirement*, affermando che è il figlio maggiorenne a dover dimostrare l'assenza di colpa nel non aver raggiunto l'indipendenza economica. Si è detto, infatti, che il principio di autoresponsabilità, che trova sempre maggior spazio nelle aule giudiziarie in tema di diritto di famiglia, comporta che, oltre la maggiore età, il figlio debba assumersi la responsabilità di aver voluto intraprendere una carriera con poche probabilità di sbocchi lavorativi, piuttosto che pretendere che dette conseguenze ricadano sui genitori. Quanto esposto comporta che, raggiunta la maggiore età e decorso un apprezzabile lasso di tempo per la ricerca di un lavoro comunque idoneo al conseguimento dell'autosufficienza, il figlio perda il diritto all'assegno nonostante non reperisca un'occupazione idonea alla propria preparazione professionale.

¹¹¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, cit. p. 367 ss. Per approfondire la tematica della rilevanza giuridica dei sentimenti e dell'amore come fatto produttivo di effetti giuridici si veda P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 73 ss.

¹¹² Ritieni che educazione e istruzione, unitamente al mantenimento, siano parte di un generale dovere di cura A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2007, pp. 591 e 611.

anche come diritto del minore ad essere ascoltato dal genitore, il quale deve tenere in conto il suo parere in tutte le questioni che lo riguardano¹¹³.

Il diritto all'educazione riguarda il dovere dei genitori di crescere il minore in modo da consentirgli di acquisire una piena maturità morale e sociale. Nel farlo, i genitori hanno la facoltà di trasmettere al figlio le proprie convinzioni etiche, morali, religiose e politiche, secondo un indirizzo affidato alla loro discrezionalità, ma il più possibile conforme alle inclinazioni del figlio¹¹⁴. Non sono ammesse interferenze statali, dirette o indirette, tanto che neppure il giudice potrebbe intervenire in caso di contrasto tra genitori sull'educazione dei figli, salvo il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Il dovere di protezione si deduce dall'impianto generale delle norme familiari, non essendo previsto testualmente. Si concretizza in una serie di comportamenti volti a preservare il minore da pericoli potenziali o attuali; a titolo esemplificativo, il genitore può controllare la corrispondenza del figlio, le sue frequentazioni, le sue abitudini, vietandogli di fare determinate cose, sempre in rapporto al suo stato di capacità e autonomia¹¹⁵.

In verità, questi diritti non patrimoniali sono debolmente tutelati nel nostro ordinamento. La violazione del dovere di educazione può concretizzarsi nella responsabilità ex art. 2048 c.c., che porta il genitore a rispondere per fatti illeciti commessi dal minore, salvo che provi di aver impartito al figlio un'educazione adeguata e averlo adeguatamente sorvegliato¹¹⁶.

Per quanto riguarda, più in generale, l'assistenza morale, la recente giurisprudenza ha chiarito che la sanzione di cui agli artt. 709-ter e 614-bis c.p.c. non può essere applicata al genitore che si rifiuta di vedere il figlio, essendo l'esercizio del diritto di visita rimesso all'autodeterminazione del genitore e del figlio stesso¹¹⁷. Il risarcimento del danno non patrimoniale sarà invece possibile nel caso in cui la violazione del diritto all'assistenza morale sia così grave da essersi tradotta nella violazione di un diritto

¹¹³ In tal senso D. ACHILLE, *Il diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 62.

¹¹⁴ In tal senso G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, I, Torino, 2007, p. 311.

¹¹⁵ In tal senso M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm. Schlesinger, artt. 143-148*, Milano, 2012, p. 309 ss.. Di recente, in giurisprudenza, Trib. Parma, 5 agosto 2020, in *studiocataldi.it*, ha confermato il potere-dovere dei genitori di controllare l'uso del cellulare da parte dei figli, in particolare dei *social network* e delle *app* di messaggistica, anche in età adolescenziale.

¹¹⁶ Tra le altre, Cass., 20 marzo 2012, n. 4395, in *Danno e Resp.*, 2012, 12, p. 1218, con nota di DIMATTIA; per approfondimenti si veda G. DE CRISTOFARO, *La responsabilità dei genitori per i danni cagionati a terzi dal minore*, in G. COLLURA – L. LENTI – M. MANTOVANI (a cura di), in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2012, p. 1501 ss.

¹¹⁷ Cass., ord., 06 marzo 2020, n. 6471, in *Fam. e Dir.*, 2020, 8-9, p. 792, con nota di VULLO, la quale ha altresì rimarcato che l'applicabilità della sanzione pecuniaria con funzione di coercizione indiretta comporterebbe una criticabile monetizzazione del diritto di visita. Nel senso della sostanziale incoercibilità del dovere di assistenza morale S. PATTI, *Riflessioni conclusive*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p.1211 ss. In senso contrario P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, cit., pp. 85 ss., il quale sottolinea che una lettura di tale diritto coordinata con le norme internazionali ne evidenzia anche una dimensione condivisa con gli stessi genitori, che si concretizza, cioè, in un diritto della famiglia a poter coltivare le proprie relazioni senza interferenze di terzi, pubblici o privati. In tal senso, ad esempio, sarebbero risarcibili i danni da morte del congiunto.

costituzionalmente rilevante e aver prodotto così un danno ex art. 2059 c.c.¹¹⁸.

Il disinteresse del genitore nei confronti del figlio potrà essere sanzionato anche ex artt. 330 e 333 c.c. nei casi più gravi¹¹⁹. Ove detto disinteresse si concretizzi in un vero e proprio stato di abbandono, si ricorrerà alla dichiarazione di adottabilità; si tratta, ovviamente, di casi estremi, in considerazione della preminenza del diritto del minore di crescere nella propria famiglia d'origine¹²⁰.

Un riflesso dell'importanza del dovere di assistenza morale è il requisito dell'“idoneità e capacità affettiva” di educare, istruire e mantenere il minore richiesto dall'art. 6 della legge sull'adozione. Anche nei confronti di coloro che si sostituiscono ai genitori biologici, il minore vanta quindi il diritto a una cura amorevole. Poiché l'adozione è volta a fornire una famiglia al minore e dunque si incentra sul suo interesse e non sull'autodeterminazione procreativa dell'adulto, l'indicazione in esame assume particolare importanza, indirizzando l'interprete verso quale sia il miglior interesse del minore in tema di ambiente familiare, ossia, per riprendere un'espressione della Corte costituzionale, quale sia “il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato”¹²¹.

Vale la pena sottolineare, in conclusione, che non è un diritto del figlio sancito dal nostro ordinamento quello di nascere in una famiglia con due genitori, né, tantomeno, due genitori di sesso opposto.

Molto spesso, tale diritto viene confuso col diritto alla bigenitorialità¹²². Sebbene il nome possa rimandare al diritto del minore di avere due genitori, lo stesso ha in realtà un contenuto ben diverso. Già affermatosi, con la riforma del 2006¹²³, a seguito della consacrazione della priorità dell'affidamento condiviso su quello esclusivo, il cosiddetto diritto alla bigenitorialità viene formalmente inserito nel nostro Codice solo con la riforma del 2013¹²⁴ e trova espressione nel diritto del figlio «di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori» di cui all'art. 337-ter c.c. Quest'ultima disposizione è collocata nel Capo II del Titolo IX, relativo all'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito della separazione della coppia. È dunque un diritto strettamente collegato all'affidamento e al

¹¹⁸ È il caso del cosiddetto danno da privazione parentale, un tipo di danno endofamiliare che la Cassazione ha riconosciuto nel caso in cui un genitore si rifiuti di riconoscere il figlio e lo abbandoni completamente. Si veda Cass., 22 luglio 2014, n. 16657, in *Foro It.*, 2015, 6, 1, p. 2149. Si veda anche Trib. Milano, 13 marzo 2017, in *Fam. e Dir.*, 2018, 4, p. 397, con nota di SCALERA, che trattava un caso in cui il figlio, sebbene riconosciuto, fosse stato del tutto abbandonato dal padre e, da ultimo, Cass., ord., 10 giugno 2020, n. 11097, in *cassazione.net*, che approfondisce la natura permanente dell'illecito in oggetto e la decorrenza della prescrizione.

¹¹⁹ È invece da escludere che possano emergere profili di responsabilità ex art. 572 c.p., considerato che la giurisprudenza (da ultimo, Cass. pen., 15 gennaio 2020, n. 8145, in *cassazione.net*) richiede, ai fini della configurabilità della fattispecie, la sussistenza di una convivenza tra reo e persona offesa, la quale è per definizione incompatibile con la situazione di abbandono genitore-figlio di cui si tratta.

¹²⁰ Diritto definito fondamentale da C.M. Bianca, op. cit., p. 369. Si ricordi che la dichiarazione di adottabilità si giustifica solo nel caso in cui l'abbandono riguardi non solo i genitori, ma anche i parenti del minore fino al quarto grado.

¹²¹ Espressione ripresa dalla celebre sentenza 221 del 2019, di cui si dirà approfonditamente in seguito.

¹²² Sul diritto alla bigenitorialità A. MORACE PINELLI, *Provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell'unione di fatto*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 693 ss. e A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., pp. 651 ss.

¹²³ Il riferimento è alla legge 8 febbraio 2006, n. 54

¹²⁴ Dlgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

diritto di visita e che trova sede e finalità a seguito della rottura della coppia. Il legislatore, cioè, nel disciplinare la sorte del dovere di assistenza morale a seguito dell'allontanamento di un genitore, fissa i principi della condivisione della responsabilità genitoriale e della garanzia di accesso del figlio anche al genitore non collocatario. In considerazione di quanto sopra, non stupisce che sia incoercibile nei rapporti genitore-figlio, ma solamente nei rapporti tra genitori. In altre parole, è possibile sanzionare il genitore che impedisca l'attuazione del diritto di bigenitorialità, impedendo al minore di intrattenere rapporti con l'altro genitore, ma non è sanzionabile, se non nei termini sopra analizzati, il genitore che si rifiuti di vedere il figlio, o il minore che rifiuti di vedere il genitore¹²⁵.

Né può dirsi che un diritto a nascere in una famiglia con due genitori si evinca dall'art. 6 della legge sull'adozione, in quanto l'adozione è invece consentita anche ai single, nei casi dei minori disabili e nelle ipotesi di cui alla lettera *a* e *d* dell'articolo 44¹²⁶.

3. Dal diritto alla procreazione cosciente e responsabile al diritto di procreare

La legge 194/1978 ha introdotto, all'articolo 1, il diritto alla procreazione cosciente e responsabile. L'analisi della portata di questo diritto richiede una contestualizzazione temporale: siamo in un periodo in cui la procreazione assistita non è ancora diffusa in Italia ed è appena in fase sperimentale in Europa¹²⁷. La dottrina non si è ancora addentrata nella tematica del diritto alla procreazione¹²⁸; anche in giurisprudenza raramente emerge la problematica¹²⁹. Il diritto in esame, quindi, viene introdotto solo per legittimare l'aborto: non si lega né alla procreazione assistita, né al diritto di avere un figlio generalmente inteso, né tanto meno all'omogenitorialità, un tema che tarderà ancora parecchi anni ad emergere.

Pertanto, il suo ambito va circoscritto in forza di quanto sopra, sicché si può definire, sommariamente, come il diritto a che lo Stato si attivi per fornire gli strumenti informativi, farmaceutici e sanitari atti a garantire che il processo procreativo segua il suo corso nel senso quanto più possibile

¹²⁵ Si veda Cass., ord., 06 marzo 2020, n. 6471, cit.

¹²⁶ Si tratterebbe, pertanto, di un diritto discriminatorio, in quanto non spetterebbe a tutti i minori, ma solo a quelli non diversamente abili. Sebbene la *ratio* sia quella di incentivare le adozioni dei minori con anomalie, è innegabile che, tanto più per questi ultimi, sussiste la necessità della massima attenzione nella cura e assistenza del minore: ciò fa desumere che il legislatore non fissa una presunzione di inidoneità genitoriale verso il single.

¹²⁷ Come noto, nel luglio 1978 nasce nel Regno Unito la prima bambina concepita da una pratica di fecondazione assistita. In Italia la prima nascita da P.M.A. avverrà solo più tardi, nel 1983. La fecondazione assistita era precedentemente praticata solo in modo sporadico e nella forma della fecondazione in vivo, ossia dell'iniezione di seme nell'utero della donna. In tema si veda il primo rilevante contributo di A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. It.*, 1957, I, p. 218 ss.

¹²⁸ Il diritto alla procreazione ha iniziato ad essere oggetto delle discussioni dottrinali dagli anni novanta: tra i primi autori, si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione e procreazione medicalmente assistita: spunti di riflessione per un diritto mite e dialogico*, in *Minori giustizia*, 1992, p. 186 ss.; F. PASTORE, *Diritto a procreare: rilievo costituzionale e limiti. La procreazione medicalmente assistita tra bio-etica e regolamentazione giuridica*, in *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*, n. 2, 1996, pp. 83-110.

¹²⁹ Primo precedente di cui si ha notizia risulta Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. It.*, 1992, I, 2, p. 72 ss., con nota di DOGLIOTTI: nel dichiarare la nullità di un contratto di maternità surrogata commerciale, il Tribunale afferma che non è riscontrabile in Costituzione un vero e proprio diritto alla procreazione.

conforme alla volontà della coppia o del singolo. È importante sottolineare come questo diritto riguardi ogni fase del processo procreativo: nella fase preventiva, quando la gravidanza non è ancora in corso, si concretizza nel diritto di ottenere i mezzi per favorire o prevenire il concepimento; una volta iniziata la gravidanza, si concretizza nel diritto ad interromperla, se il concepimento non era o non è più conforme alla volontà della gestante o della coppia. Solo successivamente si invocherà per fondare anche il diritto di accedere alla P.M.A., sebbene detto profilo verrà poi limitato con la pubblicazione della legge 40/2004.

La giurisprudenza si è espressa sul fondamento del diritto alla procreazione cosciente e responsabile solo anni più tardi, rinvenendolo quando nella libertà di autodeterminazione, quando nella tutela della salute o della maternità¹³⁰. È ragionevole ritenere, considerata la varietà di situazioni che tutela¹³¹, che tale diritto sia fondato sulla somma della libertà di procreazione (artt. 2, 30, 31 Cost.) e della libertà di autodeterminazione terapeutica (artt. 2, 13, 32 cost.) poiché tale autodeterminazione si risolverebbe nella decisione di favorire, prevenire o interrompere un processo naturale, quello della gravidanza, intrinsecamente legato alle condizioni di salute.

Di diritto alla procreazione cosciente e responsabile non aveva senso parlare sino alla metà degli anni Settanta, stante l'impostazione del Codice penale Rocco, che, per tutelare l'interesse demografico dello Stato, favoriva indiscriminatamente la procreazione, prescindendo dal fatto che fosse voluta o meno. Il primo passo verso il suo riconoscimento avviene con la legge 29 luglio 1975, n. 405, istitutiva dei consultori familiari, che enuncia tra le sue finalità¹³² l'assistenza psicologica per la preparazione alla paternità e maternità responsabile e la divulgazione delle informazioni atte a promuovere o prevenire la gravidanza: il lato informativo del diritto è già tutelato prima ancora che esso venga sancito. Ma c'è di più: se ne tutela, in parte, anche il lato preventivo. La legge sui consultori autorizza il personale a fornire i mezzi necessari per la realizzazione delle scelte di coppia o del singolo sulla procreazione responsabile, consigliando i farmaci appositi¹³³. L'articolo 8 della legge in esame dispone l'abrogazione di ogni norma contraria; tuttavia, bisognerà attendere il Decreto del Ministero della Salute dell'ottobre 1976 per abrogare le norme che impedivano la registrazione di farmaci ad indicazione contraccettiva, mentre per abrogare le norme sull'illiceità della procurata impotenza alla procreazione e dell'istigazione a pratiche

¹³⁰ Si veda Trib. Genova, 7 aprile 2006, che fonda la tutela della maternità responsabile nell'art. 30, comma 2, Cost.; Trib. Firenze, ord., 17 dicembre 2010, che avalla l'impostazione del ricorrente secondo cui il diritto alla procreazione responsabile si basa sulla tutela della salute e dell'autodeterminazione, entrambe in *leggiditaliaprofessionale.it*, e Trib. Milano, 10 marzo 14, in *Danno e Resp.*, 2015, 6, p. 615, con nota di SARDELLA, che ne rinviene il fondamento negli artt. 2 e 13 Cost., quindi nella libertà di autodeterminazione.

¹³¹ Varietà di situazioni che comporta l'impossibilità di dare delle indicazioni precise, anche perché il discorso andrebbe differenziato per la donna e per l'uomo; solo sulla libertà di procreazione si fonda, ad esempio, il diritto, di ottenere gli aiuti statali per la crescita dei figli; il diritto all'aborto si fonda, invece, anche sulla tutela della salute e sull'autodeterminazione. Spesso il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è stato identificato con il diritto all'aborto; in tal senso Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Giur. It.*, 2013, 4, p. 796 con nota di CARUSI, CRICENTI.

¹³² Articolo 1 l. 405/1975

¹³³ Articolo 1, lettere b) e d) l. 405/1975

contro la procreazione, bisognerà attendere la l. n. 194/1978¹³⁴.

Il dibattito sul diritto alla procreazione si amplifica esponenzialmente e si sposta su un altro piano solo all'indomani della legge 40/2004, che promuove, al passo con i progressi scientifici, l'inizio del processo procreativo, legittimando coloro che, sterili o infertili, non riescono ad avere figli, a rivolgersi a strutture, pubbliche o private, che forniscano loro l'assistenza necessaria per divenire genitore.

È evidente che la legge 40/2004 si pone su un piano completamente diverso rispetto alla legge 194/1978, tant'è che la prima non fa alcun cenno a un eventuale collegamento tra il diritto di accesso alle tecniche e il diritto ex art 1, l. 194/1978.

Allora perché quando si parla di diritto alla PMA si invoca il diritto alla procreazione cosciente e responsabile? La risposta risiede nel fatto che quest'ultimo diritto altro non fa che attuare, per la prima volta, la tutela del diritto alla procreazione come diritto sociale (lo stesso obiettivo, cioè, del diritto alla PMA, sebbene sotto un altro aspetto). Si tutela, specificamente, la procreazione sotto il profilo dell'informazione e dell'assistenza sociale.

La procreazione, dapprima considerata solo come diritto di libertà, autodeterminazione del singolo sul se procreare e garanzia di astensione statale da interferenze, trova, pertanto, nel diritto in esame, il riflesso di tutela sociale: nascono, come diritti di prestazione, il diritto alla fruibilità degli anticoncezionali, degli incentivi economici e lavoristici di maternità e paternità e il diritto all'aborto come prestazione sanitaria pubblica e garantita dal SSN.

Sicuramente il diritto di cui alla l. 40/2004 si fonda parimenti sulla libertà di procreazione e sulla libertà di autodeterminazione, stante il rilievo dato al consenso informato, che appare tra i principi della stessa legge¹³⁵, e l'importanza che si conferisce alla volontà di procreare.

Concludendo, il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, proprio per la sua ampiezza, secondo parte della dottrina non includerebbe il bilanciamento necessario per legittimare, in sé, una specifica prestazione, tanto che si qualificerebbe come diritto di libertà¹³⁶. Secondo la scrivente, questa impostazione è condivisibile: si tratta di una libertà costituzionalmente fondata, che legittima, in assenza di divieti, ogni prestazione connessa e non vietata dalla Costituzione, e che, in caso di intervento del legislatore, dev'essere bilanciata esclusivamente con diritti costituzionali di pari rango. Nel quadro attuale del nostro ordinamento legittima, sola o unitamente ad altri valori costituzionali, varie prestazioni, come l'accesso agli anticoncezionali, alla pillola del giorno dopo, all'aborto, alla P.M.A.

¹³⁴ Si veda Cass., 18 giugno 1987, n. 7425, cit. che fonda la liceità della vasectomia sull'abrogazione dell'art. 552 c.p. ad opera della legge 194/1978; si veda anche App. Roma, 14 novembre 2006 (entrambe in *leggiditaliaprofessionale.it*) che considera che la mancata riuscita di un intervento di vasectomia configuri una lesione del diritto di libertà dei coniugi di autodeterminarsi rispetto alla loro vita e una compromissione del diritto alla procreazione responsabile.

¹³⁵ Art. 4, secondo comma lett. b) della legge n° 40

¹³⁶ Nel senso dell'assenza di bilanciamento, pur senza parlare di diritto di libertà, si veda F. CARINGELLA – R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto civile, vol. I, Famiglia e successioni*, Milano, 2007, p. 483; Si spinge fino a considerarlo un diritto di libertà -se pur in commento ad alcune sentenze- A. FERRARIO, *Danno da nascita indesiderata*, Milano, 2011, p. 169ss

Il dibattito, ad oggi, incalza sul diritto a procreare, inteso come diritto a beneficiare di tutte le tecniche rese disponibili dal progresso scientifico per favorire la procreazione. Specificamente, ci si interroga sull'esistenza, nell'impianto costituzionale del nostro ordinamento, di principi fondamentali che impongano l'estensione dei limiti attualmente delineati dalla legge 40/2004 alla procreazione assistita, sulla base dell'esistenza di un fondamentale diritto alla procreazione costituzionalmente sussistente ma non ancora riconosciuto dal legislatore.

Gli interrogativi sono tanti: chi è titolare di questo diritto, la coppia o il singolo? Si tratta di un diritto del paziente, giacché presuppone l'infertilità o sterilità, o di un diritto della persona?

4. Procreazione artificiale: è un diritto?

La legge 40/2004 viene pubblicata quando vi è un dibattito già vivo sul diritto di procreare.

Alla fine degli anni Novanta, la Consulta afferma che la procreazione cosciente e responsabile è un principio di rilievo costituzionale¹³⁷. In quel periodo, nell'assenza di una normativa organica, sono la dottrina e i Tribunali a interrogarsi sulla sussistenza di un diritto a procreare artificialmente, sulla liceità ed i limiti della procreazione assistita e della maternità surrogata¹³⁸.

In particolare, spiccano due pronunce. Nella prima, il Tribunale di Roma¹³⁹, nell'affermare la liceità del contratto di maternità surrogata solidale, costruisce una vera e propria teoria del diritto alla procreazione, inteso come diritto della persona, dunque del singolo, fondato sull'art. 1 della l. 194/78 e inteso come diritto a ricorrere a tutti i mezzi che il progresso scientifico offre per soddisfare il desiderio di genitorialità. Il fondamento giusnaturalistico del diritto a procreare sembra risiedere nell'"autorealizzazione individuale"; pertanto, il fondamento costituzionale si colloca negli artt. 2 e 13 Cost., tant'è che si afferma che il diritto al figlio «trova fondamento in quello più ampio,

¹³⁷ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. It.*, 1997, I, p. 348, con nota di RUOTOLO. In tale arresto la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità del referendum sulla legge 194/1978 che avrebbe comportato l'abrogazione dell'art. 1, afferma che la stessa è una legge a contenuto costituzionalmente vincolato.

¹³⁸ Ritiene che il diritto di procreare si configuri solo come diritto del paziente alla cura della sterilità e infertilità M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?* in *Nuova Giur. Civ.*, 3, 2000, p. 211 ss. Tale posizione è condivisa più di recente da A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, pp. 99-100. L'A. sostiene che il diritto alla procreazione si concretizzi nel diritto di utilizzare le più aggiornate tecniche mediche quando la via naturale per procreare è preclusa per problemi di salute. In senso analogo, all'indomani della pubblicazione della legge 40, da F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 412 ss., laddove sostiene che il diritto a procreare possa assumere solo una dimensione di coppia, non invece del singolo. Tra le posizioni più recenti si veda anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017, pp. 712 e 739; l'A. ritiene che il diritto alla procreazione sia riconosciuto solo come cura per la coppia come formazione ex art. 2 Cost., ma solo se eterosessuale. Non viene riconosciuto ai singoli e alle coppie omosessuali. Singolare ed esplicita la posizione di Bianca, secondo il quale «il diritto alla procreazione non solo esiste, ma deve essere riconosciuto come diritto essenziale della persona, perché è una cosa chiara che l'essere umano ha un bisogno fondamentale di continuare, attraverso i figli, la propria persona [...] Un'espressa norma a riguardo può anche non esserci»; Si veda C. M. BIANCA, *Il diritto alla procreazione*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, cit., p.102. Merita menzione anche F. CASSONE, *Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità. Uno sguardo alle norme*, in *Minorigiustizia*, n. 2-2008, p. 60 ss, la quale nega la configurabilità di un diritto a procreare nel nostro ordinamento e sostiene che gli innumerevoli limiti all'accesso alla P.M.A. inseriti nella legge 40 ne siano la prova.

¹³⁹ Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. e Dir.*, 2000, 3, p. 151 ss., con nota di DOGLIOTTI, CASSANO.

costituzionalmente garantito e protetto, di manifestazione e svolgimento della personalità».

Di avviso completamente diverso l'altra sentenza, che anticiperà la concezione successivamente abbracciata dalla legge 40/2004. Il Tribunale di Bologna¹⁴⁰, sebbene premetta che il diritto di procreare si configuri come diritto fondamentale dell'individuo (e non della coppia), conclude affermando che lo stesso dev'essere bilanciato coi diritti del nascituro, in particolare quello alla bigenitorialità¹⁴¹, e che pertanto l'accesso alla fecondazione assistita dev'essere riservato alle coppie eterosessuali coniugate o stabilmente conviventi.

La legge 40/2004 riconosce un diritto a usufruire delle tecniche di procreazione assistita, sia pubblicamente e gratuitamente -ovvero pagando solo il ticket o nulla per coloro che beneficiano dell'esenzione - sia privatamente, con assunzione delle spese a carico del richiedente¹⁴². La *ratio* di tale legge, secondo quanto professato dallo stesso articolo 1, è risolvere i problemi di sterilità o infertilità; una finalità secondaria si ravvisa nella tutela di tutti i soggetti coinvolti, compresi i medici, ma soprattutto il concepito.

Differentemente dall'interruzione di gravidanza, non si registrano rilevanti dibattiti dottrinali sulla qualificazione della fattispecie come diritto soggettivo. Non si può accogliere la posizione di chi nega che si sia di fronte a un diritto poiché la prestazione si qualificherebbe come *extrema ratio*, accessibile solo da coloro che non possono procreare naturalmente¹⁴³. Infatti, sono molti i diritti circoscritti e subordinati a dei presupposti: ad esempio, il diritto a percepire una somma a titolo di pensione di vecchiaia matura col raggiungimento di una certa età, assieme ad altre condizioni; tuttavia, non può dubitarsi che ci si trovi di fronte a un diritto.

Per quanto riguarda il suo fondamento, secondo la maggior parte della dottrina esso costituisce esercizio del diritto, costituzionalmente garantito, di procreare, ovvero della libertà o autodeterminazione in materia di procreazione¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Trib. Bologna, 9 maggio 2000, in *Fam. e Dir.*, 2000, 5, p. 487, con nota di CASSANO.

¹⁴¹ Con ciò facendo un utilizzo improprio del diritto alla bigenitorialità, già oggetto di analisi nel paragrafo 2.

¹⁴² La P.M.A. è stata inserita tra i LEA nel gennaio 2017, con la pubblicazione del DPCM che ha aggiornato l'elenco in oggetto. Già nel 2014 la conferenza dei presidenti delle Regioni approvò un atto di indirizzo che prevedeva l'inserimento della P.M.A. eterologa nei LEA, il quale ha tuttavia avuto attuazione differente nelle varie Regioni. Per approfondimenti si veda F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, 1/2017, p. 18 ss. Per la disomogenea attuazione a livello regionale del diritto alla PMA eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 2014 si veda M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 254 ss. L'A. sottolinea che per le Regioni sottoposte a piani di rientro dai deficit sanitari non è possibile erogare prestazioni non espressamente previste nei LEA.

¹⁴³ E. FALLETTI, *La filiazione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Macerata, 2007, p. 75; A. BUCCELLI, *Procreazione assistita e famiglia*, in A. BUCCELLI (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze, 2005, p. 142.

¹⁴⁴ F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in G. SCIANCALEPORE – P. STANZIONE, *Procreazione assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 95; il fondamento sarebbe nello specifico l'art. 2 Cost., poiché il diritto di procreare rappresenterebbe una modalità di sviluppo della persona umana; in senso analogo, riconosce il fondamento nell'autodeterminazione dell'individuo A. D'ALOIA – P. TORRETTA, *Procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1350 ss., che aggiunge che tale interesse va bilanciato, tra gli altri, con quello al "concetto di famiglia". Singolare la posizione del Casini, che individua il valore che legittimava la praticabilità della P.M.A. prima della l. n. 40, nel principio di libertà e di autonomia contrattuale, in C. CASINI – M. CASINI – M. L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40: norme in materia di procreazione medicalmente assistita: commentario*,

È però opportuno interrogarsi, stante la limitata titolarità del diritto, riservata solo a chi è affetto da problemi di sterilità o infertilità, se si fondi anche o piuttosto sulla tutela del diritto alla salute.

Contro questa tesi si può rilevare come la P.M.A. spesso consista in un processo esso stesso rischioso per la salute, in particolare della donna¹⁴⁵, ma che la stessa volontariamente inizia nella speranza di dare alla luce un figlio. Altresì ci si interroga sulla possibilità di qualificare le tecniche di procreazione artificiale come “cura”, stante la permanenza dell'incapacità di procreare¹⁴⁶, giacché con la P.M.A. non si ristabilisce la funzionalità del corpo umano, ma si genera una nuova vita, ciò che sarebbe atipico rispetto a ogni nozione di cura, anche latamente intesa.

Se la salute fosse il bene posto alla base della legge 40/2004, inoltre, l'impianto della legge, tutt'ora attuale, che esclude l'accesso alle tecniche a donne single o coppie formate da due donne, sebbene sterili o infertili, sarebbe di dubbia costituzionalità¹⁴⁷.

Quanto alla giurisprudenza, all'indomani della pubblicazione della legge la Corte costituzionale ha sancito il suo carattere di legge costituzionalmente necessaria, diretta a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona¹⁴⁸. Pochi anni dopo, a livello internazionale la Corte E.D.U. riconoscerà la violazione dell'art. 8 della Convenzione nel divieto assoluto, previsto dalla legge inglese, di accesso alla P.M.A. per un ergastolano e la moglie¹⁴⁹.

Fondamentale per comprendere la *ratio* della legge e per indagare l'esistenza di un generale diritto di procreare è la sentenza della Corte costituzionale che elimina l'obbligo di impianto contemporaneo di tre embrioni per ciclo di P.M.A.¹⁵⁰. La Corte afferma che la «finalità della legge è quella di individuare un giusto bilanciamento tra la tutela dell'embrione e quella dell'esigenza di procreazione», quest'ultima da intendersi come «diritto alla buona riuscita delle tecniche di P.M.A. e in definitiva nel diritto alla genitorialità, che, nei limiti consentiti da l.40/2004, prevale sulla tutela dell'embrione». La Corte sembra

Torino, 2004, p. 14. Individua il fondamento nel diritto alla salute, nella dimensione psichica e sociale e nel diritto allo sviluppo della propria personalità A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 40.

¹⁴⁵ Ci si riferisce ai casi di P.M.A. dove la donna deve affrontare dei cicli di stimolazione ovarica, ossia veri e propri bombardamenti ormonali, per favorire l'annidamento dell'embrione in utero; non sono dannosi invece alcuni casi che riguardano la sterilità dell'uomo, dove il processo consiste nel semplice prelievo di liquido seminale e nella sua successiva "fertilizzazione".

¹⁴⁶ Si veda la Relazione parlamentare 26/03/2002 della Commissione affari sociali: «E' comunque falsa la autorappresentazione delle tecniche di P.M.A. come "cura della sterilità": in realtà, esse non mirano a risanare il corpo sterile, che rimane tale». Secondo P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007 p. 156, tale impostazione non può essere accolta, stante la presenza di cure, come quelle al diabetico, che debbono perdurare nel tempo e non eliminano *in nuce* il problema alla base del diabete.

¹⁴⁷ Sulla critica all'impianto originario della legge, che escludeva anche l'eterologa, si veda S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, p. 240. Si ricordi che la costituzionalità della legge, come pure dell'esclusione dell'accesso alle tecniche per le donne sterili o infertili non eterosessuali, è stata confermata più volte dalla Corte costituzionale nel 2019, con le sentenze che si analizzeranno in seguito.

¹⁴⁸ Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. It.*, 2005, p. 2017, con nota di SCIATTA

¹⁴⁹ Corte europea diritti dell'uomo, 4 dicembre 2007, n. 44362, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, 2, p. 188. La Corte afferma, infatti, che il divieto assoluto va oltre ogni ragionevole equilibrio tra gli interessi pubblici (in particolare quello di deterrente e serietà della pena) e privati, in una materia definita "di vitale importanza" per i ricorrenti, così esorbitando dal margine di apprezzamento statale. Si noti che entrambi i coniugi erano fertili e l'ostacolo era costituito dalla condizione di ergastolano del marito.

¹⁵⁰ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 8-9, p. 684, con nota di FANTETTI

quindi propendere verso una nozione di diritto alla procreazione come diritto della persona; non una semplice cura, ma un diritto fondamentale che può essere limitato solo da diritti di pari rango e per ragionevoli esigenze. Tesi, quest'ultima, che verrà invece contraddetta dalla successiva giurisprudenza di merito¹⁵¹.

Altro fondamentale tassello è costituito dalla declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa¹⁵². La sentenza, seppur si prefissi un intento meritevole, è in realtà poco chiara: sembra, in un primo momento, negare l'esistenza di un diritto a procreare, laddove afferma che la volontà di formare una famiglia con figli è semplicemente «favorevolmente considerata dall'ordinamento». Tuttavia, vi si legge anche che la scelta della coppia di diventare genitori costituisce espressione della fondamentale libertà di autodeterminarsi nella sfera privata e familiare e che le limitazioni di detta libertà devono essere giustificate dalla tutela di interessi di pari rango¹⁵³. Con ciò la Corte sembra oscillare sulla qualifica del diritto alla procreazione assistita, che da un lato sembra una semplice scelta favorita, dall'altro un vero e proprio diritto, fondato sulla libertà di autodeterminazione¹⁵⁴ e che sovrasta, in sede di bilanciamento, altri diritti parimenti importanti, come il diritto alle origini e all'identità del nato¹⁵⁵. Sebbene la Corte non parli mai di diritto alla genitorialità, ma di libertà di autodeterminazione, di fatto costruisce un vero e proprio diritto, poiché provvede al bilanciamento tra le varie libertà coinvolte. Altresì, la Corte afferma che la tecnica di P.M.A. incide anche sul diritto alla salute psicofisica e che, come sancito dall'atto costitutivo dell'OMS, il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano. Il diritto alla salute passa però, evidentemente, in secondo piano rispetto al vero bene tutelato dalla legge 40/2004, ossia l'autodeterminazione in senso procreativo, tant'è che quest'ultima, almeno in senso attivo, secondo la posizione assunta dalla Corte, si riferisce solo alla coppia, mentre la titolarità del diritto alla salute appartiene a ogni individuo.

¹⁵¹ Si veda Trib. Milano, 23 novembre 2009, in *Nuova Giur. Civ.* n. 7-8/2010, 1, p. 774, con nota di LIBERALI, secondo cui il divieto di eterologa nel nostro ordinamento sarebbe giustificabile dall'insussistenza di una norma che affermi l'esistenza di un diritto insopprimibile a procreare. Detta sentenza è stata invero superata dal successivo arresto del medesimo Trib. Milano, 3 aprile 2013, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 10, 912, con nota di RAPISARDA, che, nel rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità sul divieto di eterologa, ha affermato che la scelta della coppia di avere figli costituisce un diritto fondamentale.

¹⁵² Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro It.*, 2014, 9, 1, p. 2324. La sentenza è stata preceduta da Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H.e altri c. Austria, in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, 3, 1, p. 224, la quale aveva invece affermato che le restrizioni poste dall'Austria all'accesso alla P.M.A. eterologa non contrastassero con l'art. 8, con ciò affermando l'ampio margine di discrezionalità degli Stati sul tema.

¹⁵³ Con la sentenza 221/2019, della quale si dirà in seguito, la Corte costituzionale specificherà che nel riferirsi a "tale coppia", si rivolgeva solo alle coppie eterosessuali individuate dall'art. 5 della l. 40/2004.

¹⁵⁴ Lettura che ha dato anche l'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità del divieto di diagnosi preimpianto Trib. Milano, 4 marzo 2015, in *leggiditaliaprofessionale.it*, che sostiene l'esistenza di un diritto alla procreazione e afferma che tra i diritti coinvolti nella legge 40/2004 «vi è il diritto, fondamentale, costituzionalmente garantito e personalissimo, della coppia all'autodeterminazione nelle scelte procreative».

¹⁵⁵ La questione della compressione di questo diritto viene invero risolta con un mero rinvio alla legislazione in tema di adozione e alla sopravvenuta possibilità che il segreto della madre biologica ceda a fronte della richiesta del figlio maggiorenne.

La sentenza, in conclusione, afferma sostanzialmente la sussistenza di un diritto alla genitorialità, seppur limitato alla coppia¹⁵⁶, basato principalmente sull'autodeterminazione procreativa ed in secondo luogo sulla tutela della salute psicofisica. Detto provvedimento ha avviato un ampio dibattito¹⁵⁷ e pareva prodromico ad un ampliamento della titolarità del diritto alla P.M.A.

Tali aspettative son state tradite da una recente sentenza della Corte costituzionale¹⁵⁸, chiamata a decidere sull'opportunità del divieto di accesso alla P.M.A. per coppie formate da due donne per mezzo di due ordinanze di rimessione, una delle quali relativa alla vicenda di una coppia di donne con problemi di sterilità¹⁵⁹. La Corte, premesso che il diritto di procreare si declina principalmente nel diritto di procreare con metodi artificiali, si domanda se tale diritto debba essere garantito a chiunque, oppure se debba limitarsene la titolarità in nome della tutela dei diritti del concepito e del nato. La conclusione alla quale perviene è di ritenere ragionevoli i limiti alla titolarità del diritto, in quanto fondati su due capisaldi: la concezione della P.M.A. come tecnica a finalità terapeutica e la concezione della famiglia *ad instar naturae* come ambiente «più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato»¹⁶⁰.

Tale conclusione, a parere della scrivente, non può condividersi.

Infatti, bisogna ricordare che l'unico limite alla discrezionalità del legislatore consiste nella ragionevolezza delle proprie scelte e quindi nel fatto che queste non siano arbitrarie o discriminatorie. Spetta alla Corte costituzionale censurare queste ultime circostanze. Contestualizzando il discorso, un divieto che limiti l'autodeterminazione procreativa, ossia un diritto fondamentale che, come tale, appartiene necessariamente al singolo, per essere ragionevole deve essere finalizzato alla tutela di un

¹⁵⁶ L'attribuzione del diritto alla PMA alla coppia è stata fortemente criticata dalla dottrina cosiddetta del femminismo della differenza, che enfatizza le asimmetrie tra uomo e donna in ambito procreativo, rilevando come la donna, per natura, dovendo portare avanti la gravidanza debba necessariamente essere considerata in maniera diversa dall'uomo. Per approfondire si veda A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, 2020, p. 130 ss.; S. NICCOLAI, *Liberare la maternità lesbica dal discorso neutro sull'omogenitorialità: un interesse di tutte (e di tutti)*, in AA. VV., *Nel nome della madre. Ripensare le figure della maternità*, Bracciano, 2017, pp. 43-57. Si vedano altresì i riferimenti in nota 162.

¹⁵⁷ Si è sostenuto che la Corte abbia modificato il fondamento della filiazione, dapprima collocato nella verità biologica e successivamente nell'autodeterminazione della coppia, e che il diritto alla genitorialità non possa atteggiarsi nel nostro ordinamento come diritto soggettivo. In tal senso G. GAMBINO, *Desiderare un figlio: linee per una riflessione biogiuridica sul "diritto al figlio" a partire dalla sentenza della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Archivio Giuridico*, CCXXXIV, 3-2014, pp. 375-400. L'A. rileva altresì l'inopportunità, da parte della Corte, di citare, tra i fondamenti della fecondazione eterologa, il diritto alla salute accanto a quello all'autodeterminazione procreativa, qualificandolo come «un passaggio improprio dal diritto alla salute del soggetto, al diritto alla salute della coppia». In senso opposto, la declaratoria di incostituzionalità è stata letta come fondata sul diritto inviolabile della persona a procreare e che questo rientri nel nucleo essenziale del diritto alla salute. Così F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, 1/2017, cit., il quale definisce il diritto a procreare come un vero e proprio diritto soggettivo, che trova fondamento, a livello legislativo, nella legge 40; per di più assumerebbe i caratteri del diritto sociale, fondato anche sul diritto all'uguaglianza e non discriminazione. Le limitazioni alla titolarità si giustificerebbero sulla base della tutela dei diritti del nato.

¹⁵⁸ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corriere Giur.*, 2019, 12, p. 1460, con nota favorevole di RECINTO.

¹⁵⁹ Essendo l'una impossibilitata a sopportare la gravidanza e l'altra a fornire ovuli per la formazione dell'embrione.

¹⁶⁰ Si è evidenziato come l'argomentazione della Corte, dichiaratamente ispirata dalla volontà di perseguire lo schema della famiglia "naturale", voglia promuovere in realtà la famiglia tradizionale imposta dall'ordine sociale: «per natura, ma anche storicamente, la donna sola ha rappresentato un modello di famiglia spontaneo, alternativo a quello basato sul connubio matrimoniale». In tal senso F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., p. 160 ss.

altro diritto fondamentale. Sembra, tuttavia, che la Corte non abbia individuato nessun diritto fondamentale alla base del divieto di accesso alla P.M.A. per coppie di donne.

Scartato l'argomento del diritto di accesso alla P.M.A. come diritto del paziente, giacché, come anticipato, tra le ricorrenti vi era anche una coppia di donne sterili, occorre concentrarsi sul secondo argomento addotto dalla Corte¹⁶¹.

Perché la famiglia *ad instar naturae* dovrebbe essere il luogo più idoneo alla crescita del nato? La Corte non lo dice. Anzi, nell'espone come è pervenuta a tale valutazione la Corte afferma chiaramente di «prescindere dalla capacità [...] della coppia omosessuale [...] di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali». Su quale altro dato, estraneo alla suddetta capacità, possa fondarsi la valutazione del pregiudizio del nato nell'essere accolto da una coppia di donne -il discorso non può infatti estendersi alle coppie omosessuali maschili¹⁶²-, non è dato comprendere. Ed è appunto per tale ragione che il divieto finisce per giustificarsi con una valutazione negativa dell'orientamento sessuale, dunque per essere discriminatorio e irragionevole¹⁶³.

Sembra, peraltro, che con le recenti sentenze 32 e 33 del 2021¹⁶⁴ la Corte costituzionale voglia

¹⁶¹ La vera ragione della decisione della Corte sembra infatti risiedere nella predilezione della famiglia "naturale". Tale divieto, neppure può giustificarsi da ragioni di tutela del diritto del nato all'identità genetica o alle origini, trattandosi di questione già risolta dalla precedente sentenza del 2014. Inoltre, come riafferma la stessa sentenza n. 221/2019 «le esigenze di tutela del nuovo nato apparivano adeguatamente soddisfatte dalla disciplina vigente, in rapporto tanto al "rischio psicologico" correlato al difetto di legame biologico con i genitori (conseguente alla fecondazione eterologa), quanto alla possibile "violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica"».

¹⁶² La ragione risiede naturalmente nel fatto che la donna può partorire, dunque non c'è bisogno di ricorrere alla maternità surrogata e a un terzo soggetto che cooperi alla procreazione, né si pone il problema del distacco del neonato dalla madre. Come evidenziato da autorevole dottrina, infatti, il discorso della procreazione assistita non può prescindere dall'abbandono della retorica antidiscriminatoria tra generi e del riduzionismo terminologico, riconoscendo che la natura, prima ancora che la legge, ha creato le donne in maniera diversa dagli uomini, specificamente con un *quid pluris*, ossia la capacità di "trasformare" l'embrione in persona. Il tema della genitorialità lesbica deve pertanto scindersi dal tema della genitorialità omosessuale maschile, che passa attraverso la maternità surrogata e presenta problematiche differenti. Si veda sul tema E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 137 ss.; F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 1 ss.; S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, p. 1 ss.; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, p. 183 ss.

¹⁶³ Irragionevolezza che si coglie ancor più se si pensi che cinque anni prima la Corte affermava che nel diritto alla P.M.A. è coinvolto il diritto alla salute e che, ribadendo le parole dell'atto costitutivo dell'OMS, «il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano». La stessa Corte non pare molto convinta della propria scelta, che sembra piuttosto dettata dalla ritrosia a introdurre una modifica così grande, che si preferisce lasciare al legislatore. Si legge, infatti, che non sussiste alcun divieto costituzionale al riconoscimento del diritto degli omosessuali ad accogliere e generare figli e che una decisione diversa da quella presa provocherebbe un enorme caos nell'accesso alla P.M.A.

¹⁶⁴ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, entrambe in *cortecostituzionale.it*. I casi all'esame della Corte riflettono pienamente la drammaticità delle conseguenze degli attuali vuoti di tutela. Nel primo caso, si è evidenziato come il nostro ordinamento manchi di strumenti che consentano alla madre intenzionale, in caso di volontà contraria della madre biologica ed ex compagna, di poter far valere i propri diritti genitoriali nei confronti dei figli, anche a fronte di un rapporto già consolidato, sicché le gemelline figlie di una coppia lesbica ormai separata si trovano costrette a rinunciare a un genitore dopo cinque anni (si ricordi che l'adozione ex art. 44 d richiede l'assenso del genitore legale). Nel secondo caso, al minore nato da surrogazione di maternità eseguita in Canada da cittadini italiani sposati in Canada, ormai convivente coi genitori da sei anni, è precluso il riconoscimento di un legame genitoriale "pieno" e immediato nei confronti del padre intenzionale. Entrambe le questioni di legittimità vengono dichiarate inammissibili, invocando l'intervento del legislatore

ripercorrere le tappe del cammino che ha portato alla depenalizzazione del suicidio assistito; il forte monito contenuto nella sentenza n. 32 potrebbe preludere a un *ultimatum* al legislatore. In quest'ultimo provvedimento, a fronte della gravissima violazione dei diritti delle gemelle nate da una coppia omosessuale femminile ormai separata, le quali si trovano, dopo cinque anni, a dover dire addio alla madre intenzionale che non ha alcuno strumento legale per riprendere i rapporti con loro e superare l'ostruzionismo della madre biologica, la Corte dispone che «il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela [...] non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa»¹⁶⁵.

Tuttavia, allo stato, non viene riconosciuto nel nostro ordinamento alcun diritto alla procreazione come diritto della persona, bensì si configura solo un diritto della coppia eterosessuale e del paziente ad accedere alle tecniche di P.M.A., coi limiti da ultimo esposti¹⁶⁶.

5. Divieto di maternità surrogata

Le conclusioni sopra rassegnate, e dunque l'irragionevolezza della preclusione dell'eterologa alle coppie formate da due donne, non possono estendersi al tema della maternità surrogata.

La problematica della maternità surrogata¹⁶⁷ necessita di un approccio differente rispetto al diritto alla procreazione artificiale. La ragione risiede nell'imprescindibile coinvolgimento di un altro essere umano nella pratica procreativa, specificamente la gestante surrogata, alla quale spetta il compito di portare a termine la gravidanza e, dopo il parto, consegnare il bambino ai genitori committenti.

Pertanto, benché la pratica in oggetto si inquadri, *latu sensu*, tra le pratiche di procreazione assistita, coinvolge in realtà diverse problematiche¹⁶⁸: ad esempio, va affrontata diversamente la questione di un

e sottolineando la varietà di soluzioni adottabili dal medesimo per tutelare i diritti dei minori, soluzioni che la Corte, a suo dire, non potrebbe delineare in accoglimento ai ricorsi senza creare discrasie nell'accesso alla PMA.

¹⁶⁵ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit. Si tratta del primo vero monito della Corte, benché la sentenza in esame si riferisca anche a un monito contenuto nella precedente 230/2020, che in realtà era una mera constatazione della necessaria ricerca di soluzioni più idonee alla tutela dei minori rispetto all'adozione speciale. Più blando il monito nella sentenza 33/2021, relativamente al riconoscimento del legame tra il minore nato da maternità surrogata e il genitore intenzionale. La Consulta afferma che «di fronte al ventaglio delle opzioni possibili [...] questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni». È interessante notare, in entrambe le sentenze in esame, il parallelo tra la violazione dei diritti del figlio nato da una pratica procreativa vietata e i diritti del figlio incestuoso: la pur lecita volontà di sanzionare un comportamento finisce per danneggiare irrimediabilmente i minori, in contrasto col principio di uguaglianza nella filiazione.

¹⁶⁶ In tal senso B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 739 ss. e 712 ss.

¹⁶⁷ Sul tema di veda, da ultimo, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 97 ss., che analizza la fattispecie anche da un punto di vista comparatistico. A conclusione della propria analisi (p. 169 ss.) l'A. propone di consentire la surrogazione -gratuita- per coppie eterosessuali nelle quali la donna è completamente sterile, ritenendo possibile una deroga all'applicazione dell'art. 269 c.c. fondata sia sull'accordo di surroga (dal quale la gestante potrebbe sempre recedere) sia sull'intervento dell'autorità giudiziaria, alla quale spetterebbe il compito di costituire lo *status* del minore, mediante un provvedimento previo accertamento della corrispondenza dell'operazione all'interesse concreto del minore. Si veda anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., pp. 25 e 136 ss.; M. P. FAGGIONI, *Maternità surrogata. Parte etica* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. 8, cit., p. 251 ss.

¹⁶⁸ Scrisse Santosuosso che «la maternità surrogata si pone all'interno del fenomeno della procreazione artificiale pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa; l'utilizzo di tali tecniche è "mezzo" per realizzare le diverse ipotesi di

eventuale inserimento nei LEA, considerato che non si tratta di garantire una donazione di gameti, ma una donna che porti avanti la gravidanza per nove mesi. Ancora, solo in questa pratica emerge il rischio del traffico di esseri umani, di sfruttamento e mercificazione del corpo della donna e di lesione della dignità della stessa e del ruolo della maternità.

Occorre premettere, tuttavia, che esistono tre tipi di maternità surrogata: quella relazionale, ove sussiste un legame di parentela o amicizia tra gestante surrogata e genitori committenti e che si concretizza, pertanto, in una prestazione gratuita¹⁶⁹; quella solidale, nella quale la gestante surrogata è mossa da sentimento altruistico e si obbliga dietro il solo rimborso spese; quella commerciale, che costituisce un vero e proprio contratto col quale la gestante si obbliga in cambio di una somma di denaro.

La maternità surrogata di natura commerciale è la più condannata dagli ordinamenti statali, mentre un maggior numero di Stati consente le altre due modalità¹⁷⁰, in particolare quella relazionale, avallata anche dal Rapporto sulla procreazione artificiale umana del Consiglio d'Europa del 1989.

Anche prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004, la maternità surrogata non era vista di buon occhio dai Tribunali, i quali si trovavano a sindacare casi nei quali la coppia richiedente era sempre eterosessuale, con la donna completamente sterile. In assenza di un divieto, si trattava, *in primis*, di qualificare la fattispecie, e in secondo luogo di verificarne la legittimità.

Quanto al primo problema, la giurisprudenza qualificò la surrogazione commerciale come un contratto avente oggetto lo scambio di denaro contro l'obbligo di portare avanti la gravidanza, consegnare il figlio ai genitori e rinunciare ai propri diritti di madre partoriente. Tale contratto venne dichiarato nullo per impossibilità dell'oggetto e illiceità del medesimo, per contrasto con gli articoli 2, 3 e 30 Cost. e col diritto del minore di crescere nella propria famiglia¹⁷¹.

Alcune Corti di merito hanno invece considerato lecito il contratto di surrogazione solidale, autorizzando l'impianto dell'embrione nella madre surrogata, laddove la stessa non si impegni preventivamente a recidere ogni rapporto col minore¹⁷².

A seguito dell'entrata in vigore della legge 40/2004 e del divieto di cui all'art. 12 l'attenzione si è

surrogazione»; vedasi F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, p. 75.

¹⁶⁹ Parla di maternità surrogata relazionale A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., pp. 97 ss. La figura è simile a quella della surrogazione di prossimità sotto il profilo soggettivo, poiché presuppongono entrambe l'esistenza di relazioni interpersonali tra le parti. Tuttavia, la surrogazione di prossimità prevede la possibilità di accordi a titolo oneroso o gratuito. La maternità relazionale è invece intrinsecamente gratuita e senza accordi coercibili.

¹⁷⁰ Tra i pochi Stati che consentono la surrogazione commerciale vi è l'India, la Russia e alcuni Paesi degli USA, nei quali ultimi, però, gli effetti della pratica consistono nell'acquisizione di una genitorialità adottiva, subordinata a un parere positivo del Tribunale che attesti la conformità della pratica all'interesse del minore. In Canada e Regno Unito è invece legale solo la surrogazione solidale o relazionale: è in Canada che la maggior parte delle coppie omosessuali si reca per realizzare il proprio desiderio di omogenitorialità. Per approfondire sulla situazione della surrogazione in Europa e nel mondo si veda A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 115 ss.

¹⁷¹ Trib. Monza, 27 ottobre 1989, cit.

¹⁷² Trib. Roma, ord., 17 febbraio 2000, cit.

spostata sulla sorte degli effetti della pratica effettuata all'estero, in Paesi nei quali è legale¹⁷³.

La principale posizione della Cassazione si è attestata sulla non riconoscibilità della genitorialità dei committenti ove questi non avessero alcun legame biologico col nato¹⁷⁴. La ragione risiede nel precetto dell'articolo 269 c.c. e nel divieto di cui alla legge 40/2004, il quale ultimo è stato considerato espressione di un principio di ordine pubblico internazionale.

D'altronde, anche a livello internazionale, con le sentenze *Menesson e Labbassee contro Francia*¹⁷⁵, relative a casi di surrogazione di maternità con committenti eterosessuali, la Corte E.D.U. aveva escluso che potesse configurarsi una violazione dell'articolo 8 della Convenzione ove, sebbene il provvedimento straniero non fosse riconosciuto, fosse assicurato al minore il legame col genitore biologico e fosse assicurata alla famiglia la possibilità, in concreto, di vivere in maniera analoga alle altre famiglie, senza pericolo di venir separati dalle autorità o essere allontanati dal territorio statale.

La suddetta posizione della Cassazione entrava però in conflitto con quella inizialmente assunta dalla medesima Corte E.D.U.¹⁷⁶ nel celebre caso *Paradiso e Campanelli contro Italia*, concernente una vicenda analoga a quella all'esame della Suprema Corte nel 2014¹⁷⁷, nella quale il minore, privo di legami biologici coi genitori committenti, era stato sottratto a questi ultimi e dato in adozione. La Corte E.D.U. ha dapprima affermato che la dichiarazione di adottabilità è una misura estrema che non può essere adottata mediante automatismi, dovendo, viceversa, necessariamente valutarsi se nel caso concreto questa risponda all'interesse del minore, nel quale è ricompreso anche quello a mantenere una relazione genitoriale, sia essa biologica o meno.

Tuttavia, due anni dopo, la *Grand Chambre*¹⁷⁸ ha ribaltato la prima decisione, affermando che sussiste un margine di apprezzamento degli Stati che consente agli stessi di adottare le politiche più idonee a tutelare i minori e a prevenire i rischi della pratica della surrogazione di maternità, legati anche al traffico di persone.

In conclusione, il quadro delineato dalla CEDU fino al 2017, prevedeva l'obbligo degli Stati di riconoscere solamente il legame di filiazione biologico: ove questo fosse presente, il minore aveva diritto di vivere nella famiglia del genitore biologico in condizioni analoghe alle famiglie normali, pertanto anche insieme al genitore d'intenzione che facesse parte del nucleo familiare. Tuttavia, nei confronti di

¹⁷³ Per un'analisi puntuale della giurisprudenza, anche riguardo i profili penalistici concernenti i reati di alterazione di stato e conseguenti alla violazione dei divieti posti dalla legge 40 e dalla legge sull'adozione, si veda A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., pp. 133 ss.

¹⁷⁴ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 3, p. 235, con nota di BENANTI.

¹⁷⁵ Corte E.D.U., 26 giugno 2014, *Menesson e Labbassee c. Francia*, reperibili nella banca dati ufficiale <https://www.echr.coe.int/>, la prima delle quali è annotata in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 12, p. 11122. L'indirizzo è stato confermato anche dalla sentenza resa per i casi *Foulon c. France*, relativo a un caso di monogenitorialità, e *Bouvet c. France*, relativo a un caso di omogenitorialità; si veda Corte E.D.U., 21 luglio 2016, in <https://hudoc.echr.coe.int/>.

¹⁷⁶ Corte E.D.U., 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in www.giustizia.it.

¹⁷⁷ Nota 174.

¹⁷⁸ Corte E.D.U., Grande Chambre, 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Fam. e Dir.*, 2017, p. 729, con nota di FALLETTI.

quest'ultimo, privo di un legame biologico col minore, lo Stato non aveva alcun obbligo di riconoscere un legame giuridico.

Alla luce di quanto sopra, la giurisprudenza di merito e di legittimità si è interrogata sullo *status* da conferire al figlio rispetto al genitore intenzionale che di fatto esplica le funzioni genitoriali, essendo inserito nel nucleo familiare col genitore biologico; nel farlo è pervenuta a diverse conclusioni¹⁷⁹.

Il punto sulla questione sembra esser stato posto dalle Sezioni Unite, che con una recente sentenza¹⁸⁰ hanno affermato che la trascrizione dell'atto estero che riconosce il rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione del minore nato da maternità surrogata eseguita all'estero è contraria all'ordine pubblico internazionale. Indice di questo è la natura penale del divieto di cui all'articolo 12 della legge 40/2004; inoltre, affermano le Sezioni Unite, la maternità surrogata non può assimilarsi alla fecondazione eterologa, in considerazione del necessario coinvolgimento della gestante surrogata, tanto che solo il divieto di maternità surrogata è presidiato da sanzione penale. Ancora, la sentenza afferma che oggetto di tutela principale del divieto di maternità surrogata sono l'istituto dell'adozione, unico a consentire una genitorialità del tutto slegata dal dato biologico, e la dignità della gestante, in quanto la pratica, riprendendo le parole della Corte costituzionale, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹⁸¹.

Questa impostazione sembra vacillare a seguito del parere preventivo reso dalla Grande Camera¹⁸², chiamata a esprimersi sull'istanza dei coniugi francesi *Menesson*, i quali, a seguito della conclusione della vicenda davanti alla stessa corte E.D.U. nel 2014¹⁸³, chiedevano alle autorità francesi il riconoscimento del legame di filiazione tra minore e madre intenzionale. La Grande Camera, premettendo che il parere non varrà per situazioni che, seppur analoghe, presentino elementi di

¹⁷⁹ Per un approfondimento dettagliato della giurisprudenza in materia, si veda A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., pp. 148 ss. A titolo esemplificativo si cita App. Trento, ord., 23 febbraio 2017, in *Corriere Giur.*, 2017, 7, p. 935, con nota di FERRANDO, che ha riconosciuto la trascrivibilità del provvedimento straniero che riconosceva la genitorialità del padre d'intenzione di un figlio nato a seguito di surrogazione commissionata da una coppia di omosessuali. Detta ordinanza sarà impugnata in Cassazione e successivamente verrà posta all'attenzione delle Sezioni Unite, sfociando nel caso di cui si dirà appresso.

¹⁸⁰ Cass., Sez. Unite, 08 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 4, p. 737, con nota di SALANITRO.

¹⁸¹ Il riferimento è a Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corriere Giur.*, 2018, 4, 446, con nota di FERRANDO. È appena il caso di confermare le critiche riportate mosse da U. Salanitro in commento alla sentenza delle Ss. Uu.; la sentenza, infatti, non approfondisce il perché dette considerazioni, già rese relativamente alla surrogazione commerciale, possano automaticamente estendersi alla surrogazione solidale. Entrambi i punti si pongono infatti sotto una luce differente: la lesione della dignità della gestante che si presta alla surrogazione per denaro non può essere affrontata allo stesso modo del caso in cui la donna si presti alla pratica perché vuole dare un figlio alla sorella, all'amica, o è comunque mossa da spirito di solidarietà. Né può paragonarsi il meccanismo dell'adozione, che presuppone uno stato di abbandono, alla genitorialità del genitore intenzionale, relativa a un minore già inserito nel nucleo familiare con il genitore biologico.

¹⁸² Parere preventivo del 10 aprile 2019 in <https://hudoc.echr.coe.int/> e commentato dal consigliere della Cassazione Conti in *questioneingiustizia.it*.

¹⁸³ Corte E.D.U., 26 giugno 2014, *Menesson e Labassee c. Francia*, cit., nota 175. In tale occasione la Corte E.D.U. concluse per il necessario riconoscimento del legame di filiazione tra minore nato dalla surroga e padre biologico, affermando, solo per il legame biologico, che lo stesso dovesse essere assicurato, pena la violazione dell'art. 8. Non estese tali considerazioni al legame col genitore d'intenzione, pur riconoscendo che la privazione del legame con un genitore pregiudicasse i diritti personali del minore, come quelli ereditari, creando una «grave questione di compatibilità» con gli stessi.

diversità, come il caso della surroga con embrione formato da gameti di entrambi i genitori committenti, ha concluso che gli Stati devono assicurare il riconoscimento del legame genitoriale di fatto sussistente col genitore d'intenzione. In questo, però, gli Stati membri sono liberi riguardo alla scelta del metodo, tanto che, afferma la Grande Camera, non è necessario procedere al riconoscimento dell'atto di nascita estero, ma è altresì possibile ricorrere all'adozione¹⁸⁴.

Dette indicazioni sembrano da ultimo aver ispirato la prima sezione della Cassazione, la quale ha recentemente rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità sull'art. 12, comma 6, l. 40/2004, nella parte in cui prevede l'impossibilità di riconoscere l'atto di nascita estero che costituisce il legame di filiazione tra minore nato da surroga e genitore intenzionale privo di legame biologico¹⁸⁵. Il caso all'esame della Suprema Corte, a differenza dell'ipotesi della Grande Camera, ma analogamente al caso deciso dalle Sezioni Unite, riguarda la surrogazione di maternità effettuata da una coppia omosessuale a titolo gratuito, ossia la cosiddetta surrogazione solidale. Specificamente, il minore era nato da surrogazione di maternità eseguita in Canada da cittadini italiani sposati in Canada, e aveva già convissuto con entrambi per sei anni prima che il nucleo familiare si trasferisse in Italia, dove questi si trovò invece ad avere, giuridicamente, un solo genitore.

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, invocando, però, l'intervento del legislatore per porre fine a questi vuoti di tutela, sottolineando la varietà di soluzioni adottabili per tutelare il minore e la loro «ormai indifferibile individuazione»¹⁸⁶.

In conclusione, si può affermare che la questione della maternità surrogata non può essere assimilata a quella del diritto a procreare artificialmente perché il coinvolgimento della gestante surrogata comporta che, a fondamento della tutela di questa figura, non possa esserci solamente l'autodeterminazione procreativa, e ciò per varie ragioni.

In primis perché la stessa struttura della surrogazione di maternità, che implica la rinuncia della madre surrogata ai diritti sul nato, è contraria all'autodeterminazione a procreare della medesima.

In secondo luogo, perché per la realizzazione del preteso diritto a procreare della coppia committente è necessario un *prius*, ossia la legalità dell'accordo di surroga; ciò significa che la figura in oggetto solo in un secondo momento può dirsi fondata sull'autodeterminazione procreativa, mentre principalmente il fondamento risiede nella libertà di disposizione del proprio corpo e, quindi, nell'autodeterminazione del singolo, nonché nella libertà negoziale.

Un simile contratto (nel caso di surrogazione commerciale), o negozio a titolo gratuito¹⁸⁷, non

¹⁸⁴ I gravi pregiudizi del minore legati all'impossibilità del riconoscimento dell'atto nascita sono esposti in M. DE ANGELIS, *Mater semper certa erat*, in *Rivista famiglia.it*, 2019.

¹⁸⁵ Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corriere Giur.*, 7/2020, p. 902 ss., con nota di SALANITRO.

¹⁸⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.; si rimanda alle considerazioni in nota 164.

¹⁸⁷ Sottolineano la natura negoziale M. DOGLIOTTI, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. e Dir.*, 2/2000, pp. 156 ss., che lo qualifica come un negozio familiare, e M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon*

sarebbe però configurabile nel nostro ordinamento, e non solo per il divieto di cui all'articolo 12 l. 40/2004, bensì per illiceità e impossibilità dell'oggetto. La gestante surrogata, infatti, non può validamente rinunciare, in via preventiva, all'esercizio di diritti che coinvolgono valori fondamentali della persona e che sono quindi indisponibili, come il diritto all'aborto e il legame di maternità col figlio.

Ci si potrebbe chiedere, inoltre, come si possano regolare i profili di responsabilità della gestante surrogata che venga meno ai propri obblighi, abortendo per libera scelta o per motivi di salute o, ancora, decidendo di tenere il bambino¹⁸⁸. Tuttavia, si apprende –forse con sorpresa– che anche la maggior parte degli Stati che consentono la gestazione surrogata non si occupano di questi profili, in quanto alla gestante è permesso pentirsi e tenere il bambino e, sotto questo aspetto, l'accordo non è in alcun modo vincolante¹⁸⁹.

Infine, non si potrebbe parlare di diritto nel senso sopra inteso, ossia di diritto alla procreazione come diritto sociale volto ad ottenere una prestazione da parte dello Stato, giacché vi osta la necessaria e libera collaborazione della madre surrogata. Collaborazione, questa, che rende ipotizzabile l'attuazione della fattispecie solo nell'ottica della logica del dono, la quale, invero, lascia spazio a qualche perplessità¹⁹⁰.

La legalizzazione della maternità surrogata potrebbe trovare ingresso nel nostro ordinamento solo attraverso l'abolizione del divieto dell'art. 12 per l'ipotesi solidale¹⁹¹ o relazionale, senza un contratto o negozio che preveda rinunce preventive ai diritti suesposti, ma passando per la volontà della gestante surrogata, a parto avvenuto, di restare anonima¹⁹². La legge potrebbe allora introdurre la possibilità, per

costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?, cit., pp. 207 ss., che evidenzia l'impossibilità di configurare l'accordo di surrogata come contratto ove manchi l'elemento patrimoniale.

¹⁸⁸ Per scongiurare quest'ultima eventualità e, probabilmente, anche per rendere meno gravoso il distacco della gestante, alcuni paesi (come il Portogallo) vietano che l'ovocita appartenga alla stessa gestante surrogata.

¹⁸⁹ È il caso del Regno Unito, della Russia e soprattutto anche del Canada, lo Stato che conta il maggior aumento di richieste di surrogazione. La ragione di ciò risiede nel fatto che il Canada è uno dei pochi Paesi a consentire l'accesso alla maternità surrogata anche a single e coppie omosessuali. Per un approfondimento sulla disciplina della pratica nei vari Stati, si veda A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., pp. 115 ss.

¹⁹⁰ Non si può fare a meno di notare come rarissime siano le donne che scelgono di abbracciare questa logica del dono relativamente a un trattamento molto meno invasivo della gravidanza: la donazione di ovuli. Ed infatti, in Italia le donne che devono ricorrere alla PMA eterologa devono scontrarsi con grandissime difficoltà nel reperimento di ovuli. Poiché nel nostro ordinamento l'ovodonazione è del tutto gratuita, detti gameti scarseggiano e vengono in gran parte importati dalla Spagna, dove la donatrice riceve una sorta di indennizzo. Sulla difficoltà nel reperimento di ovuli e la procedura di donazione si veda M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 216 ss.; denunciano la connessione tra assenza di ovodonatrici e scarsità delle donne disponibili ad aiutare altre donne in assenza di incentivi economici A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, cit., p. 146 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., p. 250 ss.

¹⁹¹ Invero, anche la surrogata solidale presenta un alto rischio di celare una surrogata commerciale, tramite compensi mascherati da rimborso spese. La problematica è approfondita in A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, cit., p. 146 ss. In maniera condivisibile, l'A. sostiene che solo le donne svantaggiate dal punto di vista socio-economico ricoprirebbero il ruolo di madre surrogata.

¹⁹² Detto accordo sarebbe comunque improduttivo di obbligazioni, sebbene rilevante per il diritto. Così rileva M. DOGLIOTTI, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, cit., p. 156 ss. In tal senso, M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, cit., p. 207 ss. L'A. ritiene che l'accordo sarebbe in ogni caso contrario alla legge, specificamente agli artt. 269, 239 e 248 c.c., nonché contrario all'ordine pubblico e al buon costume, ma che sarebbe possibile raggiungere lo stesso risultato col parto anonimo della madre surrogata e contestuale riconoscimento del padre biologico.

il genitore intenzionale, di effettuare il riconoscimento contestualmente al padre biologico, a seguito del parto anonimo della madre biologica. In ogni caso, al genitore committente resterebbe, dopo il riconoscimento del partner che sia anche il padre biologico del minore, la via dell'adozione ex artt. 44 b o 44 d¹⁹³.

6. Diritto ad avere un figlio sano

Il riconoscimento del diritto della madre e della coppia ad avere un figlio sano è un riflesso del diritto alla procreazione cosciente e responsabile: si tratta, più propriamente, del diritto di decidere se sobbarcarsi le maggiori responsabilità derivanti dalla nascita di un figlio malato. Tale diritto si evince dalla normativa sull'interruzione di gravidanza e dagli interventi effettuati dalla Corte costituzionale sulla legge 40/2004.

Occorre premettere che solo le anomalie cromosomiche e genetiche sono diagnosticabili con un'analisi dell'embrione, mentre altre anomalie, come quelle fisiche, si rilevano con l'ecografia e talvolta sono visibili solo negli ultimi mesi di gestazione. Inoltre, non tutti i test prenatali disponibili sono compresi nei LEA. Con l'aggiornamento dei LEA del 2017¹⁹⁴, è stato introdotto, tra le prestazioni coperte dal SSN, un test combinato nel primo trimestre, o, in difetto, il tritest nel secondo semestre. Le diagnosi prenatali cosiddette invasive -genetiche, citogenetiche e infettivologiche - come l'amniocentesi o la villocentesi, sono pur sempre garantite, ma subordinate alla presenza di determinati fattori di rischio¹⁹⁵.

La legge 194/1978, all'articolo 6, lettera b, prevede la possibilità di interrompere la gravidanza anche dopo il novantesimo giorno e fino al presumibile raggiungimento della vitalità fetale «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».

La norma parla di processi patologici accertati e, come confermato dalla giurisprudenza¹⁹⁶, ciò comporta l'accertamento di una patologia attuale, mentre la gravità -la rilevanza- dell'anomalia può anche essere valutata in termini probabilistici e futuri.

¹⁹³ Quest'ultima opzione sarebbe già possibile nel nostro ordinamento, se non fosse, appunto, per il divieto ex art. 12, comma 6, legge 40/2004. Lo era sicuramente prima dell'entrata in vigore della legge, tant'è che è la via suggerita da Trib. Monza, 27 ottobre 1989, cit. Ad oggi sarebbe molto probabile che siffatta operazione venga riconosciuta come surroga effettuata in frode alla legge. Merita menzione il pensiero di A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 237 ss.; l'A. scongiura una legalizzazione della pratica, giacché il desiderio di genitorialità non può realizzarsi a discapito della dignità umana, che viene lesa dalla strumentalizzazione della gestante e del nato. Tuttavia, per regolamentare i rapporti, auspica una disapplicazione dell'art. 269 c.c. e l'attribuzione della maternità alla madre genetica.

¹⁹⁴ D.P.C.M. 12 gennaio 2017 di aggiornamento dei Livelli Essenziali di Assistenza

¹⁹⁵ Indicazioni a sostegno dei professionisti sanitari redatte dal Ministero della salute il 22 aprile 2020 e pubblicate nel sito *salute.gov.it*. L'amniocentesi era prima accessibile pubblicamente solo alle donne dai 35 anni in su. La volontà del Decreto ministeriale è proprio quella di garantire il più possibile l'accesso ai test prenatali, subordinandolo a un criterio, quello dei rischi rilevati in occasione del test combinato di routine, giudicato più idoneo a scoprire il maggior numero di anomalie fetali.

¹⁹⁶ Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, cit.

Già nell'articolo 4, relativo ai presupposti dell'aborto nei primi novanta giorni, si menziona la possibilità di accedere alla prestazione se la prosecuzione della gravidanza comporta serio pericolo per la salute psicofisica della donna, in relazione a previsioni di anomalie o malformazioni del nascituro.

È questo l'unico caso, tra le ipotesi elencate nell'articolo 4, ripreso nell'articolo 6. Il legislatore ben avrebbe potuto escludere, in quest'ultimo articolo, i riferimenti alle anomalie fetali, in quanto le stesse sono formalmente giustificative dell'aborto solo se generano un grave pericolo per la salute della donna, circostanza, quest'ultima, che rimarrebbe pertanto l'unica da accertare.

In realtà, benché formalmente si richieda un accertamento della turba psichica o del problema fisico conseguente alla scoperta dell'anomalia fetale, è prassi medica rilasciare automaticamente l'autorizzazione all'aborto dopo aver accertato quest'ultima circostanza; la stessa Cassazione ha sviluppato un consolidato orientamento¹⁹⁷ secondo il quale la sola richiesta di accertamenti sul feto costituirebbe una presunzione *iuris tantum* di realizzazione dei presupposti del diritto all'I.V.G. ex art. 6 b, ove si rilevino anomalie fetali.

D'altra parte, talvolta la Suprema Corte ha cercato di equilibrare le istanze di tutela per danno da maternità indesiderata con la necessità di scongiurare il rischio che, da questa giurisprudenza, trapelasse una sorta di benessere all'aborto eugenetico. Così ha sentito il bisogno di ribadire con fermezza che «non esiste nel nostro ordinamento l'aborto eugenetico» e che l'aborto ex art. 6, lett. b, è strettamente subordinato alla constatazione del grave pericolo alla salute psichica della donna derivante dalla conoscenza delle anomalie fetali¹⁹⁸. Di più, ha specificato che la prova delle turbe psichiche può desumersi anche per mezzo di «circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche - emergenti dai dati istruttori raccolti: quali, ad esempio, [...] le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.»¹⁹⁹; a queste, però, si aggiungeva, inevitabilmente, anche «il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro».

Dall'analisi degli esempi sopra esposti appare chiara la labile differenza tra tutela alla salute psichica e tutela della mera autodeterminazione della donna: attività come chiedere le analisi prenatali o esprimere in passato la volontà di abortire ove si scoprono malattie del feto, sembrano potersi avvicinare a un concetto di salute solo nel senso latamente inteso dall'OMS²⁰⁰. D'altra parte, quando, nell'ambito

¹⁹⁷ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Danno e Resp.*, 2002, 11, p. 1148 ss., Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, in *Danno e Resp.*, 2011, 4, p. 382 ss., con nota di SIMONE; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.; da ultimo contraddetto solo da Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 12, p. 1082 ss., che tuttavia riconosce tale presunzione se gli accertamenti siano svolti al dichiarato fine di rilevare eventuali anomalie fetali.

¹⁹⁸ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

¹⁹⁹ Cass., Sez. Unite, 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Fam. e Dir.*, 2016, 4, p. 397.

²⁰⁰ Questa problematica verrà approfondita nel capitolo 4, in sede di analisi della sussistenza di un diritto all'aborto che sia legato all'autodeterminazione della donna o alla tutela della sua salute.

della PMA, a seguito della diagnosi genetica preimpianto la donna decide di scartare gli embrioni con anomalie genetiche non sussiste alcun sindacato sulle ragioni di questa scelta, né la legge dispone degli accertamenti per verificare che questa sia dovuta a problemi psichici attuali o pronosticabili²⁰¹.

Alla luce di quanto rilevato, la scelta di menzionare nell'articolo 6 le anomalie fetali non sembra dettata – o almeno, non solo - dalla circostanza per cui molte anomalie, come si è detto, sono rilevabili solo dopo il terzo mese, ma piuttosto sembra tutelare il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, consentendo ai futuri genitori di informarsi sullo stato di salute del feto e abdicare alle responsabilità derivanti dalle cure del figlio maggiormente bisognoso. In altre parole, si vuole evitare che un soggetto debba forzatamente farsi carico di responsabilità, spesso gravosissime²⁰², delle quali non poteva tenere conto al momento dell'inizio della gravidanza.

Per quanto riguarda la diagnosi genetica preimpianto e il diritto di non procedere all'impianto degli embrioni affetti da malattie genetiche, tale possibilità era originariamente preclusa dalla legge 40/2004; specificamente, l'art. 13, 2° comma, limitando la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione ai soli casi in cui si perseguono «finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche [...] volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso», è stato da più Tribunali ritenuto implicitamente fondante del divieto di diagnosi preimpianto²⁰³. Divieto che ha successivamente trovato formulazione esplicita nelle Linee Guida del 2004, che limitavano le indagini sullo stato di salute dell'embrione a quelle meramente osservazionali, poi annullate dal giudice amministrativo²⁰⁴.

Alle istanze di accedere alla DGPI da parte delle coppie infertili si aggiungevano quelle delle coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche; per queste ultime l'ostacolo era costituito anche dall'impossibilità di accedere alla PMA per insussistenza del principale requisito di accesso alle tecniche, ossia la sterilità o infertilità del soggetto²⁰⁵. Infatti, mentre la diagnosi preimpianto è stata successivamente considerata lecita per le coppie incapaci di procreare²⁰⁶, che pacificamente avevano

²⁰¹ Si vedano i rilievi in nota 210, relativamente all'utilizzo improprio, nella giurisprudenza costituzionale, del rinvio all'art. 6, lett. b, l. 194/1978 nel determinare le ipotesi nelle quali è possibile effettuare la diagnosi preimpianto.

²⁰² Un meccanismo analogo a quello del legislatore spagnolo, che consente la tipologia di aborto in oggetto per evitare al futuro genitore la “*carga insopportabile*”, ossia l'eccessivo carico di oneri e responsabilità che deriverebbero dalla nascita di un figlio disabile. Si veda il capitolo 5, sezione 1 del presente lavoro.

²⁰³ Innanzitutto, Trib. Catania, ord., 3 maggio 2004, in *Fam. e Dir.*, 4/2004, pp. 372 ss., che nega alla donna sia la DGPI sia la possibilità di revocare il consenso all'impianto; successivamente, Trib. Cagliari, ord., 16 luglio 2005, in *amicuscuriae.it*, solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, sfociata nella pluricriticata ordinanza di inammissibilità Corte cost., 9 novembre 2006, n. 369, in *Riv. Giur. Sarda I/2007*, pp. 6 ss., con nota di V. CAREDDA. Si veda anche C. CASINI – M. CASINI – M. L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 204; l'A. nega la possibilità di interpretare l'art. 13 l. 40/2004 nel senso di consentire la DGPI in quanto l'articolo in oggetto deve intendersi come volto a tutelare il singolo embrione, non la generale categoria degli embrioni.

²⁰⁴ Dette linee guida verranno annullate per eccesso di potere da T.A.R. Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Fam. e Dir.*, 2008, pp. 499 ss.

²⁰⁵ Le Linee Guida del 2008 hanno ampliato il novero dei requisiti oggettivi, estendendo la possibilità di usufruire della P.M.A. anche a coloro che, pur fertili, siano portatori di una malattia sessualmente trasmissibile, come HIV, epatite B e epatite C. Rimanevano esclusi i portatori di malattie geneticamente trasmissibili.

²⁰⁶ La giurisprudenza di merito, dal 2007, ha infatti adottato un indirizzo uniforme volto a consentire la DGPI nell'ambito della PMA, fermi i presupposti di accesso alle tecniche. Si veda in particolare Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 2, 1, pp. 249 ss., con nota di PALMERINI; Trib. Firenze, 19 dicembre 2007 in *Fam. e Dir.*, 2008, 5, pp.

accesso alla P.M.A., per le coppie fertili ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili il percorso è stato arduo.

Dopo una serie di arresti della giurisprudenza di merito che hanno fatto da apripista²⁰⁷ e una prima sentenza della Corte costituzionale di inammissibilità della questione²⁰⁸, si è giunti alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto di accesso alla PMA delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche gravi.

Il merito principale di questo approdo spetta alla sentenza della Corte E.D.U. resa nel caso *Costa e Pavan contro Italia*²⁰⁹. La Corte conclude per la sussistenza della violazione dell'art. 8, secondo comma, della CEDU, in quanto il divieto di accesso alla PMA per coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche, benché non discriminatorio, non è necessario alla protezione dei diritti altrui, nella specie del nascituro. Ciò in quanto il divieto di accesso in oggetto finisce per costringere la gestante ad interrompere la gravidanza, pratica ben più lesiva degli stessi interessi del nascituro che la legge 40/2004 vorrebbe tutelare.

Solo nel 2015, finalmente, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità delle norme di cui agli artt. 1, commi 1 e 2 e 4, comma 1, della legge 40/2004 nella misura in cui escludono l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle «coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, lett. b), l. n.194/1978» e accertate in una struttura pubblica²¹⁰.

516 ss. La sentenza del Tribunale di Cagliari argomenta scrupolosamente circa la legittimità della DGPI: basandosi sulla facoltà della coppia di ottenere, ex art. 14, 5° comma, informazioni sullo stato di salute degli embrioni, ha concluso che il divieto in questione non può operare per la coppia richiedente le predette informazioni a scopo non eugenetico, ma conforme alla legge 194/1978; le Linee Guida, inoltre, ponendo un divieto non direttamente rinvenibile nella legge, si considerano illegittime in quanto volte ad aggiungere norme, e non meramente a specificarle. Altresì il Tribunale cagliaritano sostiene sia rinvenibile, nella stessa struttura della legge n° 40, una tutela del consenso informato della coppia, la quale deve orientare un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 13. La sentenza del Tribunale fiorentino si focalizza, invece, principalmente sull'illegittimità delle Linee Guida, che introdurrebbero un divieto *contra legem* che viola il diritto alla procreazione cosciente e responsabile. Per la rassegna giurisprudenziale si veda I. PELLIZZONE, *Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, pp. 124-127. L'A. sottolinea l'ufficialità della prassi di consentire la DGPI alle coppie sterili, tant'è che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza dell'8 maggio 2009, n. 151, che ha dichiarato l'illegittimità del limite dei tre embrioni e consentito la sovrapproduzione embrionaria, l'ha fatto appunto per garantire la produzione di un idoneo numero di embrioni, tale da garantire che, a seguito della selezione embrionaria, rimanesse comunque un numero congruo di embrioni sani da impiantare. Con ciò si è data sostanzialmente per scontata la legittimità della diagnosi preimpianto.

²⁰⁷ Trib. Salerno, ord., 9 gennaio 2010, in *Foro It.*, 2010, 3, 1, pp. 1018 ss., accoglie l'istanza ex art 700 c.p.c. per la prima volta autorizzando l'accesso alla PMA e alla DGPI a una coppia fertile portatrice di malattie genetiche gravi; nello stesso senso, a seguito della pubblicazione della sentenza della Corte E.D.U. e su ricorso dei medesimi ricorrenti Costa e Pavan, Trib. Roma, ord., 26 settembre 2013, in *Foro It.*, 2013, 11, 1, pp. 3112 ss.

²⁰⁸ Corte cost., 9 novembre 2006, n. 369, cit., anche in *Quaderni costituzionali*, 2007, I, p. 154 ss., con nota di A. MORELLI, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*; si veda anche G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Giurcost.org*, su concessione del Forum di quaderni costituzionali, 2009.

²⁰⁹ Corte europea diritti dell'uomo, Sent., 28 agosto 2012, n. 54270, (ricorso n. 54279/10), in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 1, p. 66 ss., con nota di PARDINI, che verrà confermata dalla Grande Camera pochi mesi dopo. La Corte afferma in questa sentenza che la stessa ha precedentemente riconosciuto «il diritto dei ricorrenti al rispetto della decisione di diventare genitori genetici (Dickson c. Regno Unito) [...] ed ha concluso per l'applicazione del suddetto articolo in materia di accesso alle tecniche eterologhe di procreazione artificiale a fini di fecondazione in vitro (S.H. ed altri c. Austria, ricorso n. 57813/00, § 82, CEDU 2011)»

²¹⁰ Corte cost., 05 giugno 2015, n. 96, in *Corriere Giur.*, 2016, 2, pp. 186 ss., con nota di IANNICELLI, la quale riferisce anche sui profili comparatistici della DGPI. La Consulta, nel dichiarare fondata la questione, riconosce l'irragionevolezza del

Pochi mesi dopo, la medesima Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 13, commi 3, lett. b) e 4²¹¹, nella parte in cui prevede il reato di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche legittimanti l'aborto ai sensi dell'art. 6, lett. b), l. n. 194/1978.

Si è pertanto passati dall'illegittimità della diagnosi genetica preimpianto a un vero e proprio diritto ad ottenere detta diagnosi²¹² e rifiutare l'impianto degli embrioni malati; diritto accessibile a tutti coloro che ne hanno interesse²¹³, ossia non più solo a sterili e infertili, ma anche e soprattutto ai portatori di malattie gravi, sessualmente o geneticamente trasmissibili e rispondente alla logica di garantire il diritto alla procreazione cosciente e responsabile.

7. Profili risarcitori del diritto alla procreazione cosciente e responsabile: il danno da nascita indesiderata

Il danno da nascita indesiderata si configura come conseguenza della violazione, da parte dei medici tenuti da doveri contrattuali, del diritto alla procreazione cosciente e responsabile. La distinzione tra procreazione cosciente e procreazione responsabile è importante per la determinazione dei danni, che variano ove si assuma la violazione dell'uno, dell'altro o di entrambi i profili del diritto.

Con "procreazione cosciente" si intende la consapevolezza che dall'atto riproduttivo possano derivare dei precisi doveri, e quindi «l'impulso a percepire e farsi carico di tutta quella serie di obbligazioni»²¹⁴. La procreazione cosciente concerne, dunque, un ambito preventivo: tutela il diritto

divieto di accesso alla P.M.A. per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche gravi, in quanto, in violazione degli artt. 3 e 32 Cost., si impedisce a queste coppie di beneficiare di un metodo scientifico che agevolerebbe un fine, quello di procreare un figlio sano (benché questa formula sia utilizzata solo dal giudice rimettente), già raggiungibile con l'aborto, ma in maniera più lesiva della salute psicofisica. Il tutto senza un valido interesse antagonista da tutelare. Per l'analisi dei profili critici del rinvio all'art. 6 lett. b, l. 194/1978 si veda I. PELLIZZONE, *Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., pp. 130-135. L'A. sottolinea l'impropria formulazione di detto rinvio, in quanto deve correttamente intendersi limitato alle sole patologie del nascituro e non al fatto che le stesse generino una patologia attuale e grave nella gestante.

²¹¹ Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Dir. Pen. e Processo*, 2016, 1, pp. 62 ss., con nota critica di VALLINI. L'A. sottolinea l'assenza di una previsione testuale dei reati oggetto della dichiarazione di incostituzionalità (tant'è che il vero e proprio divieto emerse solo con le Linee Guida del 2004), tanto più qualificabili come ipotesi di aggravanti. Inoltre, rileva che la sentenza in commento sottintende che, prima della sua pubblicazione, nel concetto di "selezione eugenetica" potesse ricomprendersi la selezione embrionaria per scopi già tutelati con la legge 194/1978. In senso critico anche I. PELLIZZONE, *Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 139 ss., che rileva come la Corte abbia ripreso integralmente la precedente sentenza 96/2015 per fondare la dichiarazione di incostituzionalità, sebbene quest'ultima riguardasse una coppia fertile e portatrice di malattie genetiche mentre il caso *a quo* all'esame della Consulta riguardava il rinvio a giudizio di un medico che aveva effettuato la DGPI per una coppia sterile.

²¹² Sebbene la DGPI non rientri ancora nei LEA, come rileva M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 264.

²¹³ Attenta dottrina rileva che non è escluso un futuro intervento della Consulta, volto a includere tra le coppie legittimate alla PMA e alla DGPI anche le coppie che presentino fertili forti fattori di rischio per determinate malattie non geneticamente trasmissibili. Si veda I. PELLIZZONE, *Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 146.

²¹⁴ G. GALLI – V. ITALIA - F. REALMONTE - M. T. SPINA – C. E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria di gravidanza: (commento alla legge 22 maggio 1978, n.194 : norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, 1978, pp. 15 ss.

all'informazione sugli incentivi economici e sociali per la famiglia, sulla contraccezione e il corretto recepimento del consenso informato negli interventi che riguardino la procreazione (sterilizzazione, aborto, procreazione assistita). Si scorge in questo profilo del diritto una volontà del legislatore di scongiurare per quanto possibile il rischio che si renda necessaria una successiva interruzione di gravidanza.

Il profilo della procreazione cosciente, con l'affinamento delle tecniche scientifiche di diagnostica, rileva anche in un ambito successivo al concepimento: ciò mediante la diagnosi prenatale e la diagnosi preimpianto. La procreazione cosciente riguarda, infatti, non solo la consapevolezza di determinarsi ad un *facere* che, con probabilità o certezza, genererà un figlio, ma anche il carico delle obbligazioni del genitore. Un figlio affetto da anomalie o malformazioni sicuramente aggrava questo carico, in senso fisico, psichico ed economico. È pertanto diritto del genitore conoscere con anticipo lo stato di salute del nascituro, così da potersi preparare, psicologicamente e non solo, alla genitorialità nel migliore dei modi, oppure rinunciare alla genitorialità stessa nei casi consentiti dalla legge.

La “procreazione responsabile” concerne concretamente il carico delle responsabilità derivanti dalla nascita: innanzitutto le responsabilità verso lo Stato, tra le quali si inquadra anche il dovere di portare a termine la gravidanza dopo i 90 giorni, salvi i casi della legge 194/1978. Si inquadrano in questo contesto anche le responsabilità educative ed economiche verso il futuro figlio: in tal senso trova fondamento non la mera informazione sugli aiuti o i metodi preventivi della genitorialità, bensì il vero e proprio il diritto agli stessi, ad esempio ai contributi statali e regionali per aiutare le famiglie in difficoltà, nonché le garanzie a tutela della maternità e paternità nel lavoro²¹⁵. Il diritto in esame si considera, inoltre, fondante della possibilità di interrompere la gravidanza e di sollevarsi dalle responsabilità suddette, oppure di partorire nell'anonimato.

Si parla di danno da procreazione²¹⁶ (o danno da nascita indesiderata o da lesione del diritto all'I.V.G.) per intendere varie fattispecie, che è possibile inquadrare in tre categorie:

- il danno causato da inadempimento del medico per omessa diagnosi di anomalie del nascituro, che si concretizza nella responsabilità contrattuale per violazione dei doveri insiti nel contratto di assistenza della gestante -che ha effetti protettivi verso il nascituro e verso il padre-

²¹⁵ Non si può accogliere l'impostazione assunta in merito da parte della dottrina, che finisce per far coincidere la procreazione cosciente e la procreazione responsabile, considerandole entrambe fondanti del diritto all'informazione. Si veda G. GALLI – V. ITALIA - F. REALMONTE - M. T. SPINA – C. E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 40. Ciò emerge in particolare dalla stessa argomentazione *a contrario* dell'A, che afferma che per procreazione irresponsabile si intenda quella inconsapevole dei doveri derivanti. Consapevolezza e coscienza sono invero sinonimi; definire la procreazione responsabile come quella che non è irresponsabile e quindi non è inconsapevole, equivale a far coincidere le nozioni di procreazione responsabile e procreazione cosciente. Per approfondire si veda M. R. SPALLAROSSA, *La procreazione responsabile*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1373 ss.

²¹⁶Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giur. It.*, 2003, p. 884, con nota di PONCIBÓ, specifica che tale responsabilità riguarda i danni patrimoniali e non.

- il danno causato in conseguenza del fallito intervento di sterilizzazione volontaria, ossia la gravidanza indesiderata o l'aborto;
- il danno derivato al figlio per l'essergli stata trasmessa una malattia dal fatto stesso della nascita, da parte dei genitori o per negligenze dei sanitari²¹⁷.

La prima fattispecie è in assoluto quella più diffusa ed è al centro di un dibattito ormai da oltre due decenni. La giurisprudenza non ha dubbi nell'inquadrare quello in esame come un danno contrattuale; è incerta, invece, l'identificazione del bene leso dall'illecito, che talvolta sembra essere la salute²¹⁸, oltre il diritto all'aborto²¹⁹ o il diritto all'autodeterminazione della donna²²⁰, il diritto all'informazione²²¹, o infine il diritto alla procreazione cosciente e responsabile²²². Tuttavia, a ben vedere, il diritto alla procreazione cosciente e responsabile comprende, in un profilo o nell'altro, tutti i diritti sopra enunciati²²³. O meglio, l'oggetto della lesione è da ravvisarsi infatti o nel diritto alla procreazione cosciente, o nel diritto alla procreazione responsabile, o in entrambi, a seconda del nesso di causalità che si riscontri nella violazione di detti profili, secondo il principio della causalità adeguata.

Specificamente, si avrà lesione del diritto alla:

- procreazione cosciente, ove, pur non volendo in ogni caso interrompere la gravidanza, o avendola viceversa interrotta, si lamenti la violazione del diritto a una preparazione, anche psicologica, per affrontare la gravidanza e le responsabilità che ne derivino. Il danno sarà solamente quello non patrimoniale per la “sorpresa” della nascita inaspettata, ossia per la violazione della libertà di autodeterminazione procreativa e del diritto al consenso informato²²⁴. In questo senso si potrà parlare

²¹⁷ Per approfondire P. RESCIGNO, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006, p. 31 ss.

²¹⁸ Ipotesi circoscritta alla sentenza Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1994, p. 1029, con nota di GORGONI, subito scartata dalla giurisprudenza successiva.

²¹⁹ Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. It.*, 1999, con nota di PIZZETTI; Cass., 24 marzo 1999, n. 2793, in *Danno e Resp.*, 1999, 10, p. 1033, con nota di DE MATTEIS; Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, in *Danno e Resp.*, 2011, 4, n. 382, con nota di SIMONE; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

²²⁰ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Giur. It.*, 2011, 1, p. 76 ss.; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., che afferma: «interrogandosi poi, in ordine al tipo di danno determinato dalla lesione del diritto alla autodeterminazione della donna, con la conseguente nascita indesiderata», ma parla anche di diritto ad abortire.; Cass., 27 novembre 2015, n. 24220, in *Danno e resp.*, 2017, p. 64 ss.

²²¹ Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, cit., e la singolare impostazione di Cass. pen., 18 aprile 1997, n. 3599, in *Giur. It.*, 1998, p. 2152, ove si preferì agire in sede penale, condannando il convenuto per omissione di atti d'ufficio ex 328 c.p.

²²² Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit., e Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

²²³ Identifica la causa del risarcimento nella lesione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile anche G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., pp. 212 ss.

²²⁴ In tal senso, Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, cit., e Cass., 24 marzo 1999, n. 2793, cit., dove si legge che «il solo inadempimento del dovere di esatta informazione da parte del sanitario potrà dar luogo, nel concorso degli altri elementi necessari, al risarcimento del danno eventuale conseguente a detta causale, ma non al risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto all'interruzione della gravidanza». Da ultimo, si veda Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, cit., che scinde il profilo del danno da omessa informazione da quello della nascita indesiderata, enunciando che «il primo bersaglio dell'inadempimento del medico è il diritto dei genitori di essere informati, al fine, indipendentemente dall'eventuale maturazione delle condizioni che abilitano la donna a chiedere l'interruzione della gravidanza, di prepararsi psicologicamente e, se del caso, anche materialmente, all'arrivo di un figlio menomato». Conclude la Corte ritenendo, nel caso in esame, l'inscindibile lesione del diritto all'informazione sullo stato del feto, dalla lesione del diritto alla procreazione responsabile, puntualizzando che «da richiesta dei corrispondenti pregiudizi deve ritenersi consustanzialmente insita nella domanda di risarcimento dei danni derivati dalla nascita».

di lesione del diritto alla procreazione cosciente in conseguenza della nascita di un bambino con anomalie che i genitori avrebbero comunque tenuto, oppure della gravidanza indesiderata sorta a seguito di inadempimento dell'aborto o della sterilizzazione che è stata successivamente interrotta²²⁵.

- procreazione cosciente e responsabile, sia nel caso in cui l'inadempimento dell'intervento di sterilizzazione volontaria o aborto abbia determinato una gravidanza indesiderata poi portata a termine, sia nel caso in cui l'assenza di anomalie fosse determinante per l'accettazione della gravidanza e delle responsabilità derivanti dalla nascita. In questa seconda ipotesi, il danno risarcibile sarà, pertanto, sia il danno non patrimoniale da lesione all'autodeterminazione procreativa, sia quello patrimoniale per il mantenimento del figlio²²⁶.

- infine, è difficile immaginare una lesione del solo diritto alla procreazione responsabile; diritto a sollevarsi, cioè, dalla responsabilità di una gravidanza coscientemente iniziata, confidando sulla possibilità, per la madre, di non essere nominata nell'atto di nascita. Si potrebbe ipotizzare una lesione di tale profilo nell'ambito della maternità surrogata, ove la donna che in buona fede abbia partorito il figlio per i committenti, decida poi di tenerlo a seguito del recesso dei suddetti. Una violazione di questo diritto potrebbe, inoltre, prospettarsi alla luce dell'articolo 9, secondo comma, della legge 40/2004, che impedisce alla donna di non essere menzionata nell'atto di nascita. Nonostante l'improbabilità del rifiuto di un figlio dopo il penoso *iter* di fecondazione assistita, si pensi al caso in cui la donna, per circostanze sopravvenute²²⁷, si trovi impossibilitata a mantenere il figlio. Ancora, si potrebbe ipotizzare una lesione del diritto in esame ove i genitori si determinino a procreare facendo affidamento su degli specifici incentivi statali che vengano poi indebitamente revocati oppure non corrisposti. Il risarcimento si risolverebbe in questi casi nei soli danni patrimoniali per il mantenimento del figlio.

L'analisi dei profili risarcitori termina con la problematica della legittimazione attiva del nato all'azione di danno (che eserciteranno quindi i genitori per suo conto) contro la struttura sanitaria pubblica o il dipendente privato che non abbia rilevato la malformazione fetale. Il danno che si assume

²²⁵ Per approfondimenti mi sia consentito rinviare a S. FLORE, *Il danno da aborto indesiderato*, in *Riv. Giur. sarda*, 1/2021, p. 1 ss., in nota a Trib. Cagliari, 1 giugno 2017, n. 1742.

²²⁶ Si veda Cass., 10 maggio 2002, n. 6734, in *leggiditaliaprofessionale.it*, dove si legge: «La possibilità, per la madre, di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza, assume dunque rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale», e conclude accordando il risarcimento dei danni sia patrimoniali di tipo emergente - costo delle cure- e lucro cessante -diminuzione dell'attività professionale, sia non patrimoniali, per danni alla vita di relazione e assenza di preparazione alla nascita. Si veda anche Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., che parla di danno "da rovesciamento forzato dell'agenda", nello stesso senso A. LIBERATI, *La liquidazione del danno esistenziale: responsabilità del medico, mobbing, perdita di animali domestici, interruzione di gravidanza, perdita di congiunto, immissioni*, Padova, 2004, p. 180, che identifica tale danno nella lesione delle attività realizzatrici della persona umana, sconvolgimento delle abitudini e modificazione della destinazione del reddito.

²²⁷ Un siffatto tipo di danno sembrerebbe dover preliminarmente implicare la dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 9, comma 2, legge 40/2004 e dovrebbe essere risarcito dallo Stato. Un esempio potrebbe essere quello della donna che durante la gravidanza post-PMA diventi vedova e perda l'unica fonte di sostentamento economico, e debba inoltre assistere il padre gravemente ammalato. La procreazione in tal caso è senz'altro cosciente, ma il diritto di venir meno a queste responsabilità (anche a tutela della vita del bambino, per evitare che l'unica "soluzione" si ravvisi nell'aborto) non può esser negato su base arbitraria alla donna che effettua la P.M.A.

patito consisterebbe allora nella stessa nascita o, meglio, nella sofferenza per la deformità²²⁸.

È utile iniziare la disamina citando il primo caso che, pur presentando struttura completamente diversa rispetto a quella dapprima enunciata, aprì il dibattito sulla legittimazione attiva del figlio al risarcimento del danno da procreazione: si tratta della singolare sentenza del 1950 del Tribunale di Piacenza, che riconobbe responsabili in solido verso la figlia i genitori malati di sifilide i quali, pur consapevoli di tale malattia, decisero di procreare²²⁹. La configurabilità della fattispecie di danno appena descritta è attualmente unanimemente negata dai giuristi, considerata la lesione della libertà di procreare che celerebbe una simile condanna²³⁰; merita segnalare, però, come già in quel contesto poté originarsi, tra le critiche della dottrina, una delle argomentazioni poi utilizzate decenni dopo dalla Suprema Corte, ossia che al tempo della lesione mancherebbe il soggetto passivo del danno ingiusto²³¹, e correlativamente mancherebbe il titolare del diritto a nascere sani.

Per quanto riguarda il problema quale si pone nei termini del dibattito attuale, ossia se debba essere negata o concessa una legittimazione attiva dei genitori in rappresentanza del neonato per i danni da trasmissione di malattia, sono tre le sentenze chiave della Cassazione.

La prima, del 2004²³², sostiene che tale legittimazione debba essere negata: il fondamento della legittimazione in questione sarebbe proprio la risarcibilità del danno da violazione del diritto a nascere sani; ma questo può essere inteso solo nel senso di punire le lesioni prenatali causate al nato dall'inadempimento del medico²³³, non nel senso di non far nascere i malati. Infatti, l'evento di danno causato dalla condotta inadempiente del medico non sarebbe la vita menomata, stante l'imprescindibilità della malattia che comunque non è addebitabile all'inadempimento del sanitario, bensì la vita non voluta, che sottintenderebbe un correlativo diritto a non nascere se non sani che invece non è configurabile. Infatti, prosegue la Corte, questo diritto non avrebbe titolare se non dopo la sua violazione, e sarebbe opponibile, da parte del nato, anche alla madre che non voglia coscientemente abortire; infine, non vi sarebbe un danno risarcibile, stante l'inqualificabilità della vita menomata come danno rispetto alla non-vita.

²²⁸ Nel senso dell'opportunità dell'aborto per gli handicap totalmente invalidanti, si veda E. DENNINGER, *Interruzione di gravidanza e eutanasia precoce: osservazioni etico-giuridiche*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di Bioetica*, Roma, 1993, p. 348 ss. che cita in esempio il caso di anencefalia.

²²⁹ Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, p. 987 ss.

²³⁰ Il processo si estinse con un appello che non trattò nemmeno il merito: App. Bologna, 7 giugno 1951, inedita, negò infatti la legittimazione processuale della madre per conflitto d'interessi. Si veda M. SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Milano, 2008, p. 535. La motivazione della condanna risiedeva nella norma, ancora in vigore, contenuta nell'articolo 554 c.p. che sanzionava il contagio di sifilide e blenorragia.

²³¹ È l'argomentazione esposta da P. RESCIGNO, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006, pp. 60-61.

²³² Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giur. It.*, 2005, p. 2068, con nota di DIGREGORIO

²³³ Fattispecie la cui risarcibilità è, invece, unanimemente riconosciuta. Si veda tra le altre Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Corriere Giur.*, 2010, 3, p. 365, con nota di LISERRE, che ritiene legittimati i genitori ad agire per conto del neonato nell'azione di danno alla salute a lui cagionato per l'averli convenuti, non informando la donna degli effetti teratogeni del farmaco, indirettamente causato le deformità che al feto erano derivate dall'assunzione dei farmaci suddetti.

Con la seconda sentenza rilevante sul tema, la Cassazione, nel 2012²³⁴, ha effettuato un vero e proprio *revirement*, estendendo la portata del danno contrattuale da assistenza della gestante, oltre che al padre²³⁵, anche ai fratelli e allo stesso neonato, secondo la tesi del contratto ad effetti protettivi. Nel caso *de quo* la donna aveva chiaramente e costantemente dichiarato che i controlli prenatali erano volti a rilevare malformazioni, l'assenza delle quali era condizione necessaria per la prosecuzione della gravidanza. Il medico, tuttavia, omise alcuni controlli e successivamente il neonato si rivelò affetto da trisomia 21.

Nella sentenza si legge che l'inadempimento dell'effettuazione di tutte le diagnosi necessarie è considerato lesivo del diritto di autodeterminazione della donna. Tale violazione, secondo il principio di causalità adeguata²³⁶, provocherebbe, a giudizio della Corte, un danno non patrimoniale innanzitutto ai fratelli e alle sorelle del neonato, per la perdita di attenzioni da parte dei genitori²³⁷. In secondo luogo, la Corte riconosce un danno allo stesso neonato, premettendo che «il nostro ordinamento, [...] tutela [...] il diritto del concepito a nascere sano» e che la vita malata è un danno in sé, a prescindere dall'assenza di una diminuzione rispetto ad un'ipotetica condizione di salute.

Proprio perché è nell'omissione del medico e nella lesione della libertà procreativa della gestante che si individua il fondamento del risarcimento, si esclude ogni pretesa del figlio nei confronti della stessa. Infine, afferma la Corte, il nascituro, che in utero era oggetto di tutela, si erge a soggetto di diritto con la nascita e può reclamare il danno secondo il meccanismo della propagazione intersoggettiva dell'illecito, così legittimando l'esercizio dell'azione risarcitoria per conto del neonato.

Vale la pena notare che la sentenza in esame, nel riconoscere la legittimazione ad agire dei genitori per conto del figlio, omette di indagare un profilo: l'opportunità di legittimare i primi ad agire per il secondo sulla base della propria personalissima coscienza, etica e sensibilità. La domanda è dunque questa: è legittimo che i genitori agiscano per conto del figlio, invocando un suo preteso danno dalla nascita, pur menomata? Non potrebbe, invece, ipotizzarsi che, trattandosi di un concetto di danno strettamente legato alla personale coscienza, debba essere rimessa al figlio solo e a lui solo²³⁸, una volta divenuto maggiorenne, la facoltà di esercitare o no una simile azione, potendo anche rinunciarvi o ritenere insussistente il danno²³⁹, in nome della sacralità della vita?

L'impostazione accolta nel 2012, pur mossa dal meritevole intento di alleviare le sofferenze del

²³⁴ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

²³⁵ Come già era pacificamente fissato sin da Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, cit.

²³⁶ Di dubbia pertinenza il paragone che la Corte fa tra la fattispecie in esame e l'illegittimità del contagio da malattie sessuali: «così come accade ad esempio in caso di contagio da trasfusione, ove la causa “biologica” della malattia è certamente il virus HIV o HCV, ma nessuno dubita che la responsabilità vada imputata, [...] a quel soggetto (pubblico o privato) che, con la sua colpevole omissione, abbia provocato, reso possibile o non impedito il contagio».

²³⁷ Nel determinare il danno, la Corte prescinde da quello, che pure accenna, che subirebbero i figli ove morissero i genitori, dovendo occuparsi del fratello malato.

²³⁸ Si noti, ad esempio, che l'obiezione di coscienza, come manifestazione personalissima dell'interiorità dell'individuo, non è sollevabile dal genitore per conto del figlio.

²³⁹ In particolare, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. trattava del danno per la sindrome di Down, che presenta comunque un'ottima condizione di socializzazione rispetto ad altre anomalie genetiche.

malato mediante una riparazione economica, non si ritiene condivisibile. Innanzitutto, risulta inappropriato il paragone che fa la sentenza in esame con la fattispecie del danno direttamente causato al neonato dai farmaci teratogeni incautamente prescritti dal medico²⁴⁰: in quest'ultima ipotesi un danno alla salute è senz'altro configurabile e la causa è senza dubbio la negligenza del personale medico. Viceversa, nel caso in esame, il danno non è duplice (al nascituro e alla gestante) ma è unicamente quello patito dalla gestante per lesione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile; infatti, la malattia, sia genetica, ereditaria oppure derivante da una mutazione casuale, è comunque congenita e non è imputabile all'inadempimento del medico. Il ristoro economico del danno spettante ai genitori, consistente anche nel mantenimento del figlio disabile, ben può considerarsi idoneo a raggiungere il meritevole scopo prima enunciato.

In questo senso, da ultimo, si è pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite²⁴¹, escludendo la legittimazione attiva del nato sia sulla base dell'insussistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto a nascere sani, sia sottolineando l'impossibilità che la nascita menomata si configuri come danno-conseguenza della condotta del medico.

²⁴⁰ Si veda punto 7.4 della motivazione, che equipara l'ipotesi a quella di Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

²⁴¹ Cass., Sez. Unite, 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

SEZIONE TERZA:

TUTELA DELLA VITA PRENATALE

SEZIONE TERZA: Tutela della vita prenatale: 1. La posizione giuridica del nascituro nell'ordinamento italiano – 2. (segue) la tutela civilistica e nel diritto internazionale – 3. Diagnosi preimpianto – 4. Diritto a conoscere le proprie origini – 5. Embrioni sovrannumerari – 6. Vitalità del feto – 7. Diritto a non nascere se non sano e profili risarcitori.

Dall'esame degli approdi della dottrina e giurisprudenza in materia si evince che il nascituro è oggetto di una tutela progressiva che si differenzia in quattro periodi: la prima fase riguarda quella in cui l'embrione in vitro non è ancora stato impiantato; segue il periodo che va dall'annidamento fino ai novanta giorni; successivamente, dal novantunesimo giorno fino al probabile raggiungimento della possibilità di sopravvivenza autonoma; infine, l'ultimo periodo della gravidanza, in cui il feto è vitale. A queste fasi corrispondono diritti e garanzie diverse, accomunate dal fatto di non essere mai equiparabili a quelle proprie del nato, e quindi neppure della gestante, se non fino al momento immediatamente prossimo al parto, specificamente del travaglio, quando l'uccisione del feto concretizza un vero e proprio omicidio. Individuare gli eventuali diritti dell'embrione e i relativi meccanismi di tutela servirà per comprendere meglio gli speculari diritti della donna, capaci di entrare in conflitto con i primi.

1. La posizione giuridica del nascituro nell'ordinamento italiano: la normativa e la giurisprudenza costituzionale

Per esaminare la posizione giuridica del nascituro nel nostro ordinamento è necessario analizzare sia la normativa (penale, civile e le leggi speciali), sia la giurisprudenza, mancando un testo di riferimento. Si può anticipare che la Cassazione, pronunciandosi in tema di risarcibilità del danno verificatosi durante la gestazione, ha ormai chiarito il rapporto tra l'art. 1 c.c. e la tutela del concepito: quest'ultima non implica il riconoscimento della capacità giuridica in capo al nascituro, che si qualifica come oggetto di tutela²⁴².

Da molti decenni l'inizio della vita è oggetto di un vivo dibattito, intensificatosi, in particolare, ai tempi della discussione della legge sull'aborto e ulteriormente alimentato a seguito della regolamentazione della PMA. Per approfondire il tema in maniera proficua sono necessarie delle brevi premesse tecniche.

²⁴² Per approfondimenti si veda M. FOGLIA, *La lesione dell'interesse a non nascere del concepito*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 3, p. 436 ss.

Il processo procreativo²⁴³ inizia con la fusione delle membrane dello spermatozoo e dell'ovulo (o ovocita) della donna: da quel momento si parla di ovocita fecondato o ootide; circa ventiquattro ore dopo i nuclei dei due gameti si fondono e si ottiene una sola cellula, lo zigote, con un nucleo contenente il DNA del futuro individuo. Lo zigote inizia poi a dividersi e al termine della prima mitosi si formano due cellule, i blastomeri; da quel momento si individuano delle diverse fasi di sviluppo a seconda del numero di cellule che compongono l'organismo e della sua complessità funzionale: morula, blastocisti e via dicendo, fino alla formazione di un organismo più complesso, circa otto settimane dopo il concepimento, cui si dà il nome di feto²⁴⁴. In questo *iter* particolare importanza riveste la fase dell'impianto o annidamento dell'embrione nella parete uterina, che segna il momento in cui la gravidanza può essere rilevata e l'embrione inizia a trarre il nutrimento necessario per la sua sopravvivenza. Questa fase si colloca tra il sesto e il quattordicesimo giorno dopo la formazione dello zigote²⁴⁵. Prima dell'annidamento nell'endometrio, infatti, l'embrione si muove all'interno dell'utero e vi è un'alta probabilità, circa il 60/70%²⁴⁶, che non prosegua il suo sviluppo e venga scartato in maniera del tutto naturale. È per questo che alcuni collocano l'inizio della gravidanza dopo l'annidamento²⁴⁷.

Il termine “embrione” non corrisponde scientificamente a nessuno degli stadi evolutivi di cui sopra; in campo prettamente scientifico non c'è unanimità di pensiero²⁴⁸. Si tratta di una definizione convenzionale, perlopiù legata ad implicazioni di tipo legislativo non trascurabili; non è azzardato affermare che spesso se ne fa l'uso più congeniale alla propria tesi. Nel presente lavoro si utilizzerà il termine di embrione per intendere l'organismo fin dalle primissime tappe della sua formazione, ossia dalla prima cellula, lo zigote, in accordo con l'impostazione accolta dalla legge 40/2004²⁴⁹.

Tanto premesso, a fronte di un *continuum* biologico entro il quale è impossibile distinguere delle tappe in maniera univoca, diventa fondamentale analizzare anche le concezioni morali o convenzionali

²⁴³ Sul decorso del processo procreativo si veda S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio vita*, cit., p. 49 ss.

²⁴⁴ Sulla descrizione del processo di formazione dell'embrione si veda A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 42 e 57; C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, cit., p. 1285 ss. Una spiegazione semplice ed efficace si trova anche nell'articolo del biologo E. BONCINELLI, *Embrioni: non esiste l'ora x*, pubblicato nel *Corriere della sera* del 26 gennaio 2005. Si parla convenzionalmente di feto dal sessantesimo giorno dal concepimento, quando termina l'organogenesi, eccetto per gli organi sessuali che si formano successivamente.

²⁴⁵ Si veda C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1291.

²⁴⁶ C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, *Ibidem*, p. 1291.

²⁴⁷ Si rimanda alle considerazioni di cui al paragrafo 1 del capitolo 1.

²⁴⁸ C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, cit., p. 1281ss, a titolo esemplificativo, si riportano due posizioni contrastanti: secondo alcuni studiosi si può parlare di embrione dalla formazione dei blastomeri; secondo altri, dall'inizio dell'annidamento. Il significato è particolarmente importante: si pensi che la formulazione dell'art. 13 della legge 40/2004, sul divieto di utilizzo per la ricerca, riguarda appunto l'organismo definito embrione.

²⁴⁹ Tale interpretazione sembra essere quella maggioritaria, come riporta M. ZANCHETTI, *Interruzione della gravidanza: profili penalistici*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1689 ss. Una tesi minoritaria colloca la formazione dell'embrione già dal momento di fusione delle membrane dell'uovo e dello spermatozoo. Nella pratica, essendo la formazione della cellula unica dello zigote immediatamente successiva alla fusione delle due membrane, la distinzione ha rilevanza solo ai fini della crioconservazione (ossia, eventualmente, per consentire la crioconservazione del solo ootide, che ancora non ha un nucleo unico).

sull'inizio della vita, dalle quali qualsiasi giurista che si approccia alla materia dell'inizio vita viene inevitabilmente influenzato²⁵⁰.

Le teorie sull'inizio della vita possono raggrupparsi in due aree di pensiero: chi (*in primis* la Chiesa Cattolica, ma non solo) sostiene che la vita inizi con l'incontro dei due gameti²⁵¹, dunque ancor prima dell'anfimissi e della formazione della cellula zigote con un nucleo e il DNA del futuro individuo, e chi sposta tale momento a una fase successiva, individuata secondo diversi criteri, distinguendo la duplice figura dell'embrione e del preembrione²⁵².

La vita intrauterina è sempre stata fortemente tutelata dall'ordinamento italiano, prevedendo anche la reclusione in caso di aborto. In assenza di una anche parziale legalizzazione dell'aborto fino agli anni Settanta, le prime norme di riferimento per analizzare lo statuto giuridico dell'embrione sono necessariamente di natura penale.

Il primo Codice penale che si applicò dopo l'Unità d'Italia²⁵³ è il codice Zanardelli del 1889, che condannava anche l'aborto di donna consenziente e l'aborto autoprocurato, entrambi puniti con la reclusione. Curiosa è l'attenuante prevista dall'articolo 385: le pene sono diminuite da un terzo a due terzi ove i reati siano compiuti per salvare l'onore proprio, della propria moglie o di una parente²⁵⁴. La disapprovazione verso questo crimine si rinnova nel Codice Rocco del 1930: i reati abortivi sono contenuti non più nel Titolo sui delitti contro la persona, ma nel Titolo sui delitti contro l'integrità e la

²⁵⁰ Sul tema si veda l'interessante analisi di S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 20 ss., sull'influenza della morale nelle decisioni dei Tribunali in tema di inizio vita.

²⁵¹ Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede, *Dichiarazione sull'aborto procurato*, 1978 in *vatican.va*: riconduce tale momento alla fecondazione dell'ovulo, prima ancora che si formi la cellula -zigote- avente un nucleo diploide che costituirà la base genetica del nuovo individuo. Per la dottrina giuridica, si veda C. CASINI – M. CASINI – M. L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40: norme in materia di procreazione medicalmente assistita: commentario*, cit., p. 26; M. G. PETRUCCI, *Fecondazione artificiale, famiglia e tutela del nascituro*, cit., p. 66, G. GALLI – V. ITALIA - F. REALMONTE - M. T. SPINA – C. E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria di gravidanza: (commento alla legge 22 maggio 1978, n.194: norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, cit., p. 15 ss. Colloca l'inizio della vita al momento della fecondazione anche A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 58. Anche il CNB sostiene che l'embrione è una vita umana fin dall'inizio del concepimento. Si veda *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, parere del 18 novembre 2005.

²⁵² È innanzitutto l'OMS ad abbracciare questa tesi, individuando l'inizio della gravidanza nell'impianto dell'embrione nella parete uterina, che termina circa due settimane dopo la formazione dello zigote. Il Rapporto Warnock del 1978 colloca l'inizio della vita al sedicesimo giorno dal concepimento, in corrispondenza della formazione del sistema nervoso. C'è chi invece sposta la tutela ad un momento precedente a questi, ma comunque successivo all'attivazione dell'oocita, ossia la fusione dei nuclei e la creazione dello zigote: è l'impostazione adottata ad esempio dalla legislazione svizzera, che consente pertanto la crioconservazione dell'oocita attivato (che chiama "impregnato") ma non dell'embrione (considerato tale solo dalla formazione dello zigote). Si veda in proposito, E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita: L. 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, II, p. 466 ss.

Infine, c'è chi individua quale discrimine per l'inizio della vita il momento della comparsa di capacità cerebrali, specularmente alla ormai consolidata tesi che colloca la fine della vita al momento della morte cerebrale. Espone questa posizione, pur senza abbracciarla, M. G. PETRUCCI, *Fecondazione artificiale, famiglia e tutela del nascituro*, cit., p. 63.

²⁵³ Nel 1865 fu esteso il Codice penale del Regno di Sardegna del 1859, ma non venne applicato in tutto lo Stato. Si veda G. S. PENE VIDARI, *Lineamenti di storia giuridica*, Torino, 2013, p. 337.

²⁵⁴ Si vedano gli articoli 381 -auto-procurato- e 381, 382 e 385. Per approfondimenti si veda anche A. CAZZOLA, *Aborto e fecondità – Gli effetti di breve periodo indotti dall'aborto legale sulle nascite in Italia*, Milano, 1995, p.14 ss. Vi si potrebbero trarre degli spunti sull'interesse tutelato dalla stessa norma, data l'evidente svalutazione della sacralità della vita ove possa derivare un'onta da un figlio adulterino. Si rimanda per ogni approfondimento al capitolo 2 del presente lavoro, relativo alla storia dell'aborto.

sanità della stirpe²⁵⁵: il bene protetto dalla norma, come dichiarato negli stessi lavori preparatori, diventa l'interesse demografico dello Stato²⁵⁶. Si introduce l'aggravante per chi esercita una professione sanitaria, mentre le pene rimangono quasi identiche; permane anche l'attenuante della causa d'onore e ne viene implementato l'effetto riduttivo minimo della sanzione, che passa da un terzo alla metà.

Dall'analisi delle norme emerge che la vita è protetta e considerata tale sin dal suo inizio, sebbene non sia equiparata alla vita umana del soggetto già nato, giacché si prevedono pene *ad hoc*, senza estendere quelle dell'omicidio. L'aborto è sanzionato in ogni sua forma e l'unica circostanza che può renderlo meno riprovevole è la salvaguardia dell'onore. Nonostante la morte del feto non sia equiparata all'omicidio, tra la vita della donna e quella del feto sembra configurarsi una vera e propria equivalenza: la salute della prima non potrà prevalere sulla vita del secondo, a meno che si ravvisi la scriminante ex art. 54 c.p., potendosi sacrificare la vita del nascituro solo in caso di pericolo attuale per lo stesso bene -ossia la vita- della gestante. Sotto questo aspetto, le due vite sembrano pertanto totalmente equiparate: il Codice Rocco, secondo una concezione morale ispirata al fascismo e all'importanza del numero della popolazione, considera che la salute della gestante valga meno della vita del feto e che la prima debba portare a termine la gravidanza anche a costo di subire lesioni alla propria salute psicofisica.

Dal punto di vista civilistico, il Codice del 1942 conferma l'impostazione del Codice del 1865, considerando rilevante per il diritto solo il soggetto che sia nato vivo e vitale. Solo con l'introduzione della Carta costituzionale e grazie alla giurisprudenza della Consulta e al portato del diritto internazionale si farà strada una diversa e maggiore attenzione verso la tutela del nascituro in sede civile²⁵⁷. La tutela del concepito, pertanto, era prevalentemente di tipo penale.

Si dovranno attendere ben quarantacinque anni dalla pubblicazione Codice Rocco affinché la tutela della salute della donna fosse considerata prevalente rispetto a quella del nascituro e se ne imponesse il rispetto anche in casi diversi da quelli limite enucleabili dalla norma sullo stato di necessità; occorreranno ben quarantotto anni affinché l'autodeterminazione e la salute della gestante potessero contare qualcosa per il legislatore.

La sentenza di riferimento che delinea il rapporto tra tutela della salute della donna e vita del nascituro è tutt'oggi la storica sentenza 27/1975 della Corte costituzionale, che stabilisce dei principi cardine, già esaminati ma che giova ribadire²⁵⁸:

- il concepito non è persona, ma «persona deve ancora diventare»
- il rapporto gestante-nascituro non può qualificarsi come il rapporto tra due vite equivalenti; sulla vita del nascituro prevale non solo la vita, ma anche la salute della donna, che è già persona;

²⁵⁵ Titolo X, (interamente abrogato dalla l.194/1978) artt. 545-555.

²⁵⁶ Si veda anche Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, cit.

²⁵⁷ Il riferimento è a quella corrente che sosterrà che il nascituro, benché essendo privo di personalità giuridica non possa essere titolare di diritti, sia comunque titolare dei diritti fondamentali, specificamente del diritto alla vita.

²⁵⁸ Si rinvia al paragrafo 5 del capitolo 2

- il nascituro, sebbene non sia ancora persona, non può qualificarsi come un oggetto, essendo la sua salvaguardia tutelata dagli artt. 31 e 2 Cost., il quale ultimo «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito».

La Consulta sembra contraddirsi quando afferma che il nascituro non è persona, ma tuttavia è uomo e gode dei relativi diritti fondamentali. La chiave di lettura va individuata, a parere di chi scrive, nel fatto che la Corte non afferma mai che il nascituro ha dei diritti, ma che gli articoli 31 e 2 Cost. fondano costituzionalmente la tutela della sua situazione giuridica.

Larga parte della dottrina ha cercato di sanare la discrasia differenziando i significati attribuibili a “uomo”, “categoria degli esseri umani”, “individuo”, “soggetto” o “essere umano”, distinguendoli da “persona” o “persona giuridica”²⁵⁹. Queste speculazioni terminologiche trascurano, però, il dato fondamentale che ha spinto la stessa Corte a differenziare tra “persona” e chi “persona deve ancora diventare”, circostanza che non può che risiedere nel fatto che l’embrione manca dell'autonomia fisiologica propria invece agli altri esseri umani, e non può dirsi autonomo un essere la cui sopravvivenza sia legata alla permanenza all’interno del corpo di un altro -la madre-²⁶⁰.

Il senso da attribuire alle parole della Corte, nel modo più conforme alle intenzioni della stessa, sembrerebbe di ritenere che il concepito non sia uomo né persona, ma un progetto di essere umano che non può certamente considerarsi come un oggetto o mero materiale biologico, essendo, invece, meritevole di una propria peculiare tutela in quanto tale, la quale ultima ha copertura costituzionale e si fonda specificamente negli articoli 31 e 2 Cost., giustificando la sanzione anche penale. È tuttavia sicuramente infelice la scelta di collocare il concepito tra i soggetti beneficiari dei diritti ex art. 2 Cost., tra i quali si annoverano il diritto alla libertà personale, al nome, al decoro, all'onore; sarebbe stato più opportuno circoscrivere tale richiamo al diritto alla vita, e al più alla salute e alla dignità. In questo senso si muove la sentenza n. 35/1997²⁶¹, la quale afferma a chiare lettere «il diritto del concepito alla vita». Questa pronuncia è stata letta da alcuni autori come una sorta di regressione rispetto alle posizioni precedentemente assunte dalla Consulta²⁶².

Si può rilevare che l’evoluzione giurisprudenziale ha continuato a muoversi sui principi della sentenza del 1975, delineando però più precisamente la posizione giuridica del concepito. Non solo

²⁵⁹ Si rimanda alla nota 292 nel paragrafo 5, capitolo 2.

²⁶⁰ Sulla singolarità del rapporto tra gestante e embrione si veda P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, cit., p. 102 ss.; Singolare la tesi di L. LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione e le vite diversamente importanti*, cit., p. 362 ss., che sostiene l'assimilabilità del rapporto nascituro-donna a quella dell'anziano la cui vita si svolga «a spese di altre».

²⁶¹ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. It.*, 1997, I, p. 348 ss.

²⁶² In tal senso B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 577 ss.; si veda anche M. D'AMICO, *Le problematiche relative alla PMA*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, cit., p. 36, secondo la quale già con sentenza 162/1981 la Corte sembrerebbe porre sullo stesso piano la tutela del nascituro e della salute della donna.

genericamente oggetto di tutela costituzionalmente fondata ex artt. 2 e 31 Cost., ma titolare, in particolare, del diritto alla vita. Si mantiene così l'impostazione di una tutela del concepito in quanto tale, che non viene assimilato all'uomo ma gode di una peculiare posizione ad esso propria e che si estrinseca nel godimento di alcuni e specifici diritti fondamentali.

Passando ora all'analisi delle leggi speciali, la legge 194/1978 conferma l'impostazione enunciata dalla Corte: secondo l'ordinamento italiano il nascituro è una quasi-persona, alla quale viene apprestata una tutela progressiva. Infatti, fermo l'assunto della Consulta secondo cui il concepito "persona deve ancora diventare", man mano che il suo sviluppo si avvicina alla meta la tutela si intensifica, fino ad equipararsi quasi a quella di una vita nata e autonoma allorché il feto diviene potenzialmente vitale e dunque capace di sopravvivere al di fuori dell'utero della gestante, al pari di qualsiasi soggetto.

Specificamente, nonostante la lettera della legge disponga il contrario, nei primi 90 giorni la prestazione abortiva non è realmente legata alla tutela della salute della donna, ma è sostanzialmente liberalizzata, nel senso che la donna può autodeterminarsi all'esecuzione dell'intervento²⁶³; successivamente la tutela si intensifica e l'interruzione della gravidanza è possibile solo in presenza dei presupposti dell'aborto terapeutico. Il concepito è sempre quasi-persona, ma essendo più prossimo al termine dello sviluppo, il margine di autodeterminazione della gestante si riduce e coincide coi limiti dell'autodeterminazione del malato, cui è concesso anche di rifiutare le cure²⁶⁴. Quando, infine, il feto ha raggiunto la maturità presumibilmente necessaria a consentire il suo sviluppo extrauterino, la tutela è quasi analoga a quella della vita già nata: la vita del feto si può mettere in pericolo solo se parimenti in pericolo è la vita della donna. Vi è però una precisazione: mentre un parto indotto anticipatamente mette in pericolo immediato la vita del nascituro, per la donna il pericolo di vita non dev'essere necessariamente immediato. L'equiparazione non è quindi perfetta.

L'altra importante legge che riguarda la tutela della vita prenatale è la n. 40/2004, che prevede la possibilità di creare embrioni *in vitro* per consentire alle coppie sterili o infertili di avere un figlio. In maniera condivisibile la legge 40/2004 enuncia il diritto alla salute dell'embrione²⁶⁵, mostrando di aver recepito i principi della giurisprudenza sul danno da procreazione, che riconoscono al nato, *iure proprio*, il danno alla salute per le anomalie sorte a seguito all'assunzione, da parte della gestante, di farmaci teratogeni su prescrizione del medico²⁶⁶.

La legge 40/2004 sembra però voler sovvertire la concezione dell'embrione come quasi-persona che si afferma dal 1975. Non solo il legislatore compie, all'art. 1, un azzardo terminologico, considerando

²⁶³ Aspetto che si approfondirà nel capitolo 4. Si vedano Cass. pen., 30 gennaio 1998, n. 2866 e Cass. civ. Sez. Unite Sent., 15 febbraio 2021, n. 3780, entrambe in *leggiditaliaprofessionale.it*.

²⁶⁴ Sembra fare eccezione a questa logica l'aborto ex art. 6 lett. b in caso di anomalie fetali, secondo i rilievi già accennati nella sezione precedente e che si approfondiranno nel capitolo 4.

²⁶⁵ Art. 13, legge 40/2004.

²⁶⁶ Per approfondimenti si rinvia all'ultimo paragrafo della sezione precedente.

l'embrione alla pari di “tutti i soggetti coinvolti”, ma dall’insieme delle norme emergeva la volontà di pregiudicare la tutela della salute della donna per garantire la massima salvaguardia dell’embrione²⁶⁷.

Si potrebbe pensare ad un intervenuto cambiamento dei valori sociali che avesse giustificato questo cambio di rotta; tali dubbi vengono però dissipati dalla successiva giurisprudenza costituzionale. Nel 2005, chiamata a pronunciarsi sull’ammissibilità del referendum sulla legge 40/2004 e in particolare sull’art. 1, la Corte ha affermato che l’inciso sulla presunta soggettività dell’embrione ha contenuto meramente enunciativo e sarebbe pertanto abrogabile²⁶⁸. Nel 2009 la Corte conferma inoltre l’impostazione adottata con la sentenza 27/1975: il limite arbitrario dei tre embrioni e il loro contemporaneo trasferimento senza riguardo alle condizioni di salute della donna non possono essere tollerati in un ordinamento che sancisce la prevalenza della salute della donna²⁶⁹.

Infine, nel 2015 la Corte costituzionale esplicitamente estende la tutela del concepito già delineata nel 1975 all’embrione non impiantato²⁷⁰, ritenendo applicabile la sentenza 27/1975 allo stesso e specificando come già la sentenza del 2009 avesse fatto applicazione dei principi della medesima pronuncia. Si afferma chiaramente «l’esigenza di tutelare la dignità dell’embrione», che, a prescindere dal «più o meno ampio riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente ridicibile a mero materiale biologico»²⁷¹.

2. (segue) la tutela civilistica e nel diritto internazionale

Dalla normativa e dalla giurisprudenza costituzionale emerge che la tutela dell’embrione trova fondamento costituzionale principalmente nell’art. 2 Cost. e si focalizza in particolare nel diritto alla vita

²⁶⁷ La legge imponeva che ad ogni ciclo di PMA si creassero solo tre embrioni e che tutti e tre dovessero essere impiantati. Si pregiudicava così il diritto alla salute della donna, la quale era costretta a ripetere i cicli di stimolazione ovarica ove nessuno dei tre embrioni si annidasse nell’utero oppure a sopportare una gravidanza gemellare o plurigemellare o un aborto selettivo ove si annidassero più di un embrione. Si ledeva altresì il suo diritto all’autodeterminazione, per l’impossibilità di assumere un consenso completamente informato, data l’illiceità della diagnosi preimpianto che sembrava leggersi all’art. 13, secondo comma. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 185, riporta il risultato di uno studio che quantificò la necessità di triplicare i cicli di stimolazione ovarica per ottenere le stesse percentuali di successo delle tecniche di PMA effettuate prima dell’entrata in vigore della legge.

²⁶⁸ Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 48, in *Foro It.*, 2005, 1, p. 627 ss. In questo articolo si leggerebbe la volontà del legislatore di conferire dignità di persona umana all’embrione, ciò che sarebbe costituzionalmente possibile ma non necessario. In questo senso B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 60.

²⁶⁹ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.

²⁷⁰ Pertanto, il diritto alla vita e una tutela costituzionalmente fondata sugli artt. 2 e 31 Cost. Si noti come anche la stessa legge 40/2004, all’art. 1, equipara l’embrione non impiantato al concepito.

²⁷¹ Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Fam. e Dir.*, 2009, 8-9, p. 761 ss., con nota di DOGLIOTTI. La sentenza viene analizzata approfonditamente anche in C. NARDOCCI, *Il «nuovo» status dell’embrione nell’impianto sistematico della legge n. 40 del 2004. Una lettura alla luce delle sentenze nn. 96 e 229 del 2015*, in M. D’AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, cit., p. 99 ss. L’A. interpreta le citate parole della Corte come una chiara presa di posizione in favore del riconoscimento della soggettività giuridica dell’embrione. Specificamente, secondo l’A. la Corte vorrebbe assegnare all’embrione uno status giuridico bilanciabile con quello degli altri soggetti.

-quindi all'impianto nel caso di embrione *in vitro* e alla prosecuzione della gravidanza in caso di procreazione naturale-, nel diritto alla salute e nella tutela della dignità²⁷².

Ma possiamo giuridicamente affermare che il nascituro è titolare di questi diritti?

Lo scoglio principale che si incontra nel voler sostenere la titolarità di diritti, seppur solamente quelli fondamentali, in capo al nascituro, è l'articolo 1 c.c.

Secondo la dottrina classica i diritti previsti a favore del concepito nel Codice civile²⁷³, subordinati alla nascita, sono sottoposti a condizione sospensiva, la quale, quando si avvera, fa retroagire gli effetti al momento del concepimento. Il concepito, pertanto, potrebbe solo essere titolare di un'aspettativa²⁷⁴. Inoltre, i diritti patrimoniali previsti per il nascituro nel Codice civile costituirebbero un'eccezione al principio espresso dall'art. 1 c.c. e formerebbero, quindi, un elenco tassativo. Alla possibilità di riconoscere il risarcimento del danno al concepito osterebbe il fatto che il danno dovrebbe necessariamente verificarsi in un momento in cui il soggetto già esiste, ha capacità giuridica e può essere titolare di situazioni giuridiche attive e passive²⁷⁵.

Questa impostazione è stata superata dalla giurisprudenza e dottrina successive, concordi nel ritenere meritevole di tutela la posizione del concepito e riconoscendo, dopo la nascita, la risarcibilità dei danni subiti durante la gestazione²⁷⁶.

In particolare, la Suprema Corte ha approfondito le problematiche del risarcimento per morte del genitore dovuta a fatto illecito del terzo e del danno da procreazione, declinato, in particolare, come danno subito dal nato per essergli stata trasmessa una malattia a causa di un comportamento attivo o omissivo dei sanitari, verificatosi durante la gravidanza²⁷⁷.

La giurisprudenza della Cassazione in tema di danno da procreazione ha confermato l'attualità dell'impostazione dell'embrione quale quasi-persona e della sua tutela progressiva.

²⁷² Per una panoramica delle possibili modalità di tutela giuridica dell'embrione e delle scelte effettuate nei vari Stati si veda S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio vita*, cit., p. 73 ss.

²⁷³ Per un'analisi approfondita della tutela del nascituro nel Codice civile si veda A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 79 ss.

²⁷⁴ Secondo altre tesi si configurerebbero come una fattispecie a formazione progressiva. Altri, ancora, ritengono si tratti di diritti sottoposti a condizione risolutiva che manifestano effetti immediati, come il diritto di amministrare i beni in capo ai futuri genitori. Per approfondimenti sugli autori che sostengono le varie tesi si rinvia a CIAN-TRABUCCHI, *Comm. breve al c.c.*, sub art. 1, Padova-Milano, 2020.

²⁷⁵ Per approfondimenti sul dibattito relativo alla possibilità di riconoscere in capo al nato il danno da perdita del genitore per fatto illecito del terzo verificatosi prima della nascita si veda A. CRUSCO, *Essere o non essere soggetto di diritto: il dilemma da superare per la tutela del concepito?*, in *Danno e Resp.*, 2014, 8-9, p. 837 ss. L'A. sottolinea come la tesi contraria alla risarcibilità del danno in capo al nascituro fosse legata anche alla presunta natura sanzionatoria del risarcimento.

²⁷⁶ Si registrano, invece, posizioni discordanti sulla natura da attribuire al concepito per fondare detta tutela; mentre la Cassazione ha ormai consolidato la teoria del concepito come "oggetto di tutela", superando così la diatriba sulla sua natura di persona, in dottrina si registrano ancora posizioni discordanti. Si veda C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 628, che qualifica il concepito come «soggetto umano dotato di capacità provvisoria, destinata a divenire definitiva con la nascita».

²⁷⁷ Per il danno da procreazione si rimanda all'ultimo paragrafo della sezione precedente. Riguardo il risarcimento per la morte del genitore avvenuta in conseguenza del fatto illecito del terzo si veda, tra le altre, Cass., 10 marzo 2014, n. 5509, in *Danno e Resp.*, 2014, 8-9, p. 837 ss., con nota di CRUSCO. Attenta giurisprudenza (Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, in *Resp. civ.*, 2012, 4, p. 276 ss.) ha sottolineato che non è necessario postulare la capacità giuridica del concepito per riconoscere i danni da perdita parentale per fatto illecito del terzo; trattasi, infatti, di danni patiti dopo la nascita.

Sebbene, inizialmente, abbia abbracciato la tesi della distinzione tra “soggettività di diritto” e “capacità giuridica”, qualificando il nascituro come soggetto giuridico titolare di alcuni diritti²⁷⁸ e spingendosi sino ad attribuirgli il diritto fondamentale all'onore e alla reputazione, nel 2012 ha rettificato l'impostazione adottata²⁷⁹. La Corte ha infatti rilevato l'inutilità di attribuire la qualifica di soggetto di diritto all'embrione, sovvertendo l'articolo 1 c.c. al solo fine di garantire la tutela del diritto alla vita del concepito. Si tratterebbe di mere speculazioni terminologiche, poiché tale tutela ben può essere garantita senza violare la lettera del Codice civile e senza imputare all'embrione, prima ancora che al feto, i diritti all'onore, alla reputazione e altri diritti fondamentali evidentemente poco consoni alla fattispecie. Viceversa, è opportuno, secondo la Suprema Corte, limitare la qualificazione giuridica dell'embrione ad «oggetto di tutela progressiva».

Questa impostazione è stata confermata dalle Sezioni Unite della Cassazione civile nel 2015: «l'astratta riconoscibilità della titolarità di un diritto (oltre che della legittimazione attiva) del figlio [...] non trova un ostacolo insormontabile nell'antiorità del fatto illecito alla nascita, giacché si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica ai sensi dell'art. 1 c.c. [...] alla tutela del nascituro si può pervenire [...] senza postularne la soggettività - che è una tecnica di imputazione di diritti ed obblighi - bensì considerandolo oggetto di tutela »²⁸⁰. La stessa teoria risulta ribadita in successive sentenze e può dirsi attualmente consolidata²⁸¹.

Si noti che la posizione assunta dalla Cassazione sembra collidere, in parte, con quella della Consulta, la quale, come si è visto, ha affermato in alcune occasioni che il nascituro è vero e proprio titolare di diritti fondamentali. Su queste posizioni, che non sembrano convincenti, sembra si attesti tutt'ora parte della dottrina²⁸².

Merita sottolineare, infine, che considerare il nascituro come oggetto di tutela privo di capacità giuridica e garantirgli una tutela costituzionale progressiva, non lede i principi affermati nel diritto internazionale²⁸³ ed è legittimo anche nel contesto giuridico dell'UE²⁸⁴.

²⁷⁸ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Corriere Giur.*, 2010, 3, p. 365 ss., argomenta sulla fondatezza della possibilità di differenziare tra capacità giuridica e soggettività giuridica del concepito richiamando la distinzione della situazione giuridica degli enti riconosciuti e non.

²⁷⁹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. In particolare, si veda punto 6.2 delle motivazioni in diritto.

²⁸⁰ SS.UU., Cass., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

²⁸¹ Si veda da ultimo Cass., 8 luglio 2020, n. 14258, in *Corriere Giur.*, 2020, 8-9, p. 1143 ss.

²⁸² Si veda S. STEFANELLI, *Indagine preimpianto e autodeterminazione bilanciata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 3, p. 667 ss.; l'A. sostiene che secondo l'opinione preferibile il concepito sia soggetto giuridico la cui sfera giuridica può riguardare i diritti fondamentali dell'individuo, a prescindere dalla capacità giuridica. Conclude, però, che l'attribuzione di diritti è irrilevante, dovendo il nascituro qualificarsi come oggetto di tutela.

²⁸³ Per una completa ricognizione delle fonti internazionali sulla tutela della vita prenatale, tra le quali la più importante risulta il Preambolo della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989, nel quale si afferma la volontà di tutelare il minore “sia prima che dopo la nascita”, si veda A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 3 ss. Si veda anche P. D'ADDINO SERRAVALLE, *La tutela dell'embrione nei documenti internazionali europei e dell'UNESCO*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, cit., p. 43 ss.

²⁸⁴ Nessuna indicazione specifica a tutela dell'embrione può infatti cogliersi nei Trattati o nella Carta di Nizza. Non bisogna, inoltre, strumentalizzare il contenuto delle Direttive operanti in ambito economico, che definiscono l'embrione solamente per finalità circoscritte. Si veda in proposito il caso di Trib. Spoleto, ord., 3 gennaio 2012, in *Dejure.it*, che

In particolare, la giurisprudenza della Corte E.D.U. ha più volte affermato che, considerata l'assenza di un consenso generalizzato sull'inizio della vita, il nascituro non può ricomprendersi tra i soggetti titolari dei diritti della CEDU, neppure del diritto alla vita ex art. 2²⁸⁵. In particolare, chiamata a pronunciarsi nel 2004 sul caso *Vo contro Francia*²⁸⁶, relativo a un aborto provocato da un errore del medico, la Corte ha negato che l'embrione potesse rientrare tra le "persone" protette dall'art. 2, primo comma, della Convenzione, in quanto soggetto i cui diritti sono implicitamente limitati dalla salvaguardia dei diritti della madre.

In conclusione, la protezione della vita prenatale, nell'ordinamento italiano attuale, assume i tratti di una tutela personalizzata, diversa da quella garantita alla persona nata²⁸⁷, che si concretizza, a livello costituzionale, nel riconoscimento di una tutela fondata nell'art. 2 Cost. che garantisce la protezione della vita, della salute e della dignità del concepito e dell'embrione non impiantato e, a livello civilistico, nella previsione di diritti patrimoniali condizionati alla nascita. Si specifica che il nascituro non è titolare

solleva questione di legittimità costituzionale (respinta da Corte cost., 19 luglio 2021, n. 196, in *Fam. e Dir.*, 2012, 10, p. 939 ss.) dell'art. 4 l. 194/78 perché contrastante con la direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, che contiene, fra l'altro, la definizione di «embrione umano», includendovi anche cellule diverse da quelle creati dall'incontro dei due gameti. Sull'argomento si veda anche M. CASINI, *La corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. "teoria del preembrione"*, in *Dir. famiglia* 2012, I, p. 38 ss. L'A. fonda la propria tesi, annunciata nel titolo del contributo, sulla sentenza CGUE *Brüstle vs. Greenpeace e V.*, del 18 ottobre 2011, escludente la brevettabilità di un processo ove comporti la distruzione di embrioni. Come rileva A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, in *Quaderni costituzionali* 2/2012, p. 438 ss., in quest'ultima sentenza, la CGUE adotta una definizione estremamente ampia di embrione, tuttavia implicitamente ammettendo la brevettabilità o la possibilità di distruggere embrioni per determinati scopi di ricerca, sostanzialmente compromettendo in questi casi la dignità umana che assumeva, in premessa, appartenere all'embrione. La giurisprudenza *Brüstle* è stata superata dalla successiva *International Stem Cell Corporation vs. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* del 18 dicembre 2014, entrambe in *eur-lex.europa.eu*, dove la CGUE, in sede pregiudiziale, ha affermato che ai fini dell'applicazione della direttiva 98/44/CE l'embrione è tale se ha la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano.

²⁸⁵ Si veda *Paton vs. UK*, Corte E.D.U., 13 maggio 1980, in *ecbr.coe.int*. Il ricorrente, partner di una donna che aveva abortito, sosteneva che il concepito avesse diritto alla vita. La Corte respinge il ricorso, affermando che la vita del feto «è intimamente connessa con quella della gestante e non può essere considerata separatamente dalla stessa», pertanto l'art. 2 non può tutelare la vita del feto, in quanto viceversa questa si porrebbe al di sopra della tutela della gestante. Si veda anche *RH c. Norvegia*, 19 maggio 1992 e *Boso c. Italia*, 5 settembre 2002, caso del tutto analogo a quello del 1980, nel quale la Corte E.D.U. conclude che il feto non è tra le persone tutelate ex art. 2 CEDU. Tutte in *ecbr.coe.int*. Per approfondire si veda anche D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, cit., p. 1253 ss. Si veda, infine, *Evans vs. UK*, 7 marzo 2006, confermata dalla Grande Camera il 10 aprile 2007, su *ecbr.coe.int* e commentata anche in A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 58; la Corte afferma che non viola l'art. 2 la legge inglese che consente all'uomo la revoca al consenso prestato alla PMA dopo la formazione dell'embrione, non essendoci uniformità di vedute sull'inizio della vita e non potendosi affermare, pertanto, che l'embrione goda di un autonomo diritto alla vita.

²⁸⁶ *Vo c. France*, Corte E.D.U. 8 luglio 2004, in *hudoc.ecbr.coe.int*, con la quale la Corte stabilisce che i Paesi aderenti godono di ampia discrezionalità nel delineare la tutela giuridica della vita prenatale e il momento di inizio di tale tutela. In particolare, nelle opinioni di alcuni dei giudici si legge che riconoscere l'embrione come una vita umana fin dal concepimento non equivale necessariamente a riconoscergli le stesse tutele del già nato, senza che tuttavia ciò implichi che la vita del nascituro sia priva di protezione, potendosi prevedere delle tutele *ad hoc*. Vedasi anche 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, p. 212 ss. Si veda anche *Znamenskaya c/ Russia*, Corte E.D.U., 2 giugno 2005, ricorso n° 77785/01, in *hudoc.ecbr.coe.int*, dove la Corte riconosce in favore del nato-morto le sole tutele giuridiche del rispetto del legame di filiazione e del nome, senza che ciò implicasse l'attribuzione della capacità giuridica. In questa occasione la Corte specifica che il nato-morto non acquisisce alcun diritto autonomo rispetto alla madre, neppure quello fondamentale al rispetto della vita privata e familiare.

²⁸⁷ In questo senso anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative.*, cit., p. 582, che afferma che l'embrione merita tutela in quanto tale, non in quanto persona.

dei diritti alla vita, alla salute e alla salvaguardia della dignità, ma che è l'ordinamento a tutelare questi per suo conto, configurandosi il nascituro, secondo la condivisibile impostazione della Cassazione e nonostante la terminologia utilizzata dalla Consulta, come oggetto di tutela²⁸⁸.

3. Diagnosi preimpianto

Una tecnica che si pone particolarmente in contrasto con la tutela della vita dell'embrione è quella della diagnosi genetica preimpianto, effettuata nell'ambito della procreazione assistita al fine di selezionare gli embrioni malati e quelli sani. Specificamente, si tratta di un esame diagnostico volto ad individuare le malattie rilevabili dall'analisi del DNA dell'embrione²⁸⁹, di tipo ereditario e non, così da consentire alla gestante di esprimere un completo consenso informato sull'impianto dell'embrione e di rifiutare l'impianto degli embrioni malati.

La l. 40/2004 aveva vietato molte delle tecniche precedentemente sviluppate, nell'asserito intento di salvaguardare la tutela dell'embrione e del nascituro, nonché della persona nata da PMA. In particolare, nell'impianto originale della legge, improntato alla massima tutela del nascituro, nessun embrione doveva essere sprecato: ogni ciclo di PMA prevedeva la creazione obbligatoria di tre embrioni, i quali dovevano essere contestualmente impiantati salvo rare eccezioni²⁹⁰; era quindi assolutamente vietata la crioconservazione.

Ancora, l'art. 13, 2° comma, circoscrivendo la possibilità di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione ai soli casi in cui si perseguissero «finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche [...] volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso», è stato letto da più Tribunali nel senso di vietare la diagnosi genetica preimpianto²⁹¹.

Tale divieto ha successivamente trovato esplicita formulazione nelle Linee Guida del 2004, con le quali si è consentito di effettuare solo indagini sullo stato di salute dell'embrione di tipo osservazionale. Questa tipologia di analisi, però, consente di rilevare solo alcune anomalie; per individuarne la maggior parte è necessario eseguire un prelievo di cellule dall'embrione allo stato di morula o a quello più avanzato di blastocisti. Detto prelievo non è finalizzato a tutelare la salute dell'embrione, ma, anzi, costituisce un rischio per la stessa, se pur minimo. È su tale rischio che riposa verosimilmente la *ratio* del divieto di ogni indagine di tipo non osservazionale.

²⁸⁸ In seguito, si parlerà, pertanto, ad esempio, non di “diritto” alla vita dell'embrione, ma di “interesse costituzionalmente tutelato” alla vita dell'embrione.

²⁸⁹ Tali indagini sono eseguibili solo nei casi di fecondazione *in vitro*, giacché in quella *in vivo* l'embrione si forma all'interno del corpo della donna e si potrà dunque ricorrere solo alla diagnosi prenatale.

²⁹⁰ Art. 14, comma 3, legge 40/2004, in caso di grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione.

²⁹¹ Si rimanda, per approfondimenti, al paragrafo 6 della sezione precedente, sul diritto ad avere un figlio sano. Il riferimento alle sentenze è a Trib. Catania, ord., 3 maggio 2004, cit.; Trib. Cagliari, ord., 16 luglio 2005, cit.

L'interprete si è dunque trovato nuovamente davanti a una norma della legge 40/2004 che salvaguarda la salute dell'embrione più della salute della donna. Quest'ultima, infatti, è legalmente obbligata all'impianto dell'embrione malato, salvo però poter successivamente effettuare le indagini prenatali durante la gravidanza ed eventualmente effettuare l'aborto terapeutico ex art. 6 l. 194/78.

Consapevole di questa pericolosa contraddizione sistematica, la giurisprudenza di merito più accorta, basandosi anche sulla facoltà della coppia di ottenere, ex art. 14, quinto comma, informazioni sullo stato di salute degli embrioni, ha concluso che il divieto in questione non potesse operare per la coppia che richiedesse queste analisi non per finalità eugenetiche, bensì per un fine conforme alla legge 194/1978, ossia evitare l'aborto del nascituro con ogni mezzo²⁹². Le Linee Guida, inoltre, ponendo un divieto non direttamente rinvenibile nella legge, sarebbero illegittime in quanto volte ad aggiungere norme e non meramente a specificarle.

Quattro anni dopo la loro pubblicazione, il T.A.R. del Lazio ha dichiarato l'illegittimità dell'inciso delle Linee Guida che disponeva il divieto di indagini non osservative sull'embrione²⁹³. La successiva giurisprudenza si è pertanto allineata nel senso di ritenere legittima la DGPI per le coppie che potessero accedere alla fecondazione assistita²⁹⁴. Le linee guida del 2008 introducono, inoltre, la possibilità di accedere alla PMA anche per le coppie fertili portatrici di malattie sessualmente trasmissibili.

Nel 2009 la Corte costituzionale²⁹⁵, nell'ambito della pronuncia che abolirà l'obbligo di creare tre embrioni da impiantare contestualmente, conseguentemente legalizzando la crioconservazione, è chiamata indirettamente a pronunciarsi sulla diagnosi preimpianto. I ricorrenti, infatti, sterili e portatori di malattie geneticamente trasmissibili, lamentavano l'impossibilità, in base all'allora attuale quadro legislativo, di poter creare più di tre embrioni, vedendosi così precluse le probabilità di ottenere più facilmente un numero congruo di embrioni sani da impiantare. Il fatto che il caso concreto all'esame della Consulta riguardasse soggetti portatori di malattie geneticamente trasmissibili, per i quali era dunque sottintesa la necessità del ricorso alla diagnosi preimpianto, ha diviso la dottrina tra coloro che ritenevano che la pronuncia della Corte avesse legittimato la DGPI e coloro che, invece, escludevano questa ipotesi, essendo il problema in oggetto estraneo al *thema decidendum*²⁹⁶.

Ad ogni modo, dopo l'abolizione del divieto di indagini non osservative con la sentenza del T.A.R. del 2008, si è sviluppata la prassi di consentire l'accesso alla DGPI alle coppie che avessero accesso alla

²⁹² Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, cit. e Trib. Firenze, 19 dicembre 2007 cit., già approfondite *supra*, in nota 206.

²⁹³ T.A.R. Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, cit.

²⁹⁴ Il riferimento è a Trib. Bologna, 29 giugno 2009, in *Corriere del Merito*, 2009, 11, p. 1062 ss., commentata anche in E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit. p. 1560 ss.

²⁹⁵ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.

²⁹⁶ Ne dà atto I. PELLIZZONE, *Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 124 ss.

procreazione assistita, dunque sterili e infertili; proprio pensando alle esigenze di queste coppie nasce il dibattito sull'accesso alla DGPI nei primi tempi, ossia quello appena illustrato.

Successivamente, però, emerge la necessità di consentire l'accesso alle tecniche anche alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. L'ipotesi, benché esorbitasse la *ratio* della legge 40/2004, che notoriamente si fonda sui due capisaldi della PMA come cura alla sterilità e come metodo per agevolare la formazione della famiglia *ad instar naturae*, inizia a farsi strada nella giurisprudenza di merito²⁹⁷.

Spetta però alla Corte E.D.U. il merito di dare l'impulso decisivo alla soluzione del problema. Nel 2012, con la sentenza resa nel celebre caso *Costa e Pavan c. Italia*²⁹⁸, la Corte denuncia la violazione dell'art. 8 della Convenzione per contrasto interno all'ordinamento italiano che vieterebbe, da una parte, l'analisi preimpianto e il conseguente impianto dei soli embrioni sani, ma dall'altra consentirebbe alla donna di ricorrere, a gravidanza iniziata, alle analisi prenatali e all'aborto terapeutico, ben più pregiudizievole per la salute della donna e dello stesso nascituro.

È il Tribunale di Roma²⁹⁹, che si pronuncia anche sul caso deciso dalla Corte E.D.U., a sollevare questione di legittimità costituzionale a seguito della suddetta sentenza. La Consulta accoglie il ricorso e dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 della legge 40/2004 nella parte in cui non consentono l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6 l. 194/1978, che disciplina l'aborto terapeutico³⁰⁰.

L'ultima tappa dell'evoluzione giuridica in materia è segnata dalla sentenza 229/2015³⁰¹, di poco successiva alla precedente, che interviene finalmente sull'articolo 13 della legge 40/2004, dichiarando l'illegittimità della norma nella parte in cui prevede il reato di selezione embrionaria anche qualora questa sia funzionale a scongiurare un aborto terapeutico, evitando l'impianto di embrioni affetti da malattie rispondenti ai medesimi criteri di gravità dell'art. 6 l. 194/1978.

²⁹⁷ La prima pronuncia a favore dell'accesso alla PMA per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili è Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, in *Fam. e Dir.*, 2010, 2, p. 197 ss.

²⁹⁸ Corte europea diritti dell'uomo, Sent., 28 agosto 2012, n. 54270, (ricorso n. 54279/10), cit. La coppia di ricorrenti era fertile ma portatrice di malattie geneticamente trasmissibili. Si noti come nel provvedimento, la Corte, evidentemente ignara degli orientamenti giurisprudenziali, affermi che in Italia la DGPI non fosse accessibile a nessuna coppia, sterile o meno.

²⁹⁹ Trib. Roma, ordd., 15 gennaio e 28 febbraio 2014, in *gazzettaufficiale.it*

³⁰⁰ Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, cit. La sentenza viene esaustivamente analizzata in I. PELLIZZONE, *Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 139 ss. e C. NARDOCCI, *Il «nuovo» status dell'embrione nell'impianto sistematico della legge n. 40 del 2004. Una lettura alla luce delle sentenze nn. 96 e 229 del 2015*, cit., p. 109 ss. Secondo la prima autrice, questa pronuncia avrebbe definitivamente dipanato l'incertezza sulla legittimità della DGPI; viceversa, la seconda sostiene che la mancata esplicita trattazione della tematica della DGPI (per concentrarsi sull'accesso alla PMA delle coppie fertili) lasciasse adito a dubbi. La Pellizzone critica altresì la formulazione del dispositivo della Corte, laddove, per identificare le malattie trasmissibili che legittimerebbero l'accesso alla PMA alle coppie fertili, rinvia al criterio di gravità ex art. 6 l. 194/78. In quest'ultima norma, però, la gravità è riferita ai problemi di salute che derivano alla gestante dalle anomalie del feto, non a queste ultime in sé considerate.

³⁰¹ Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit.

È importante notare come il rinvio, presente in entrambe le sentenze del 2015, alle «malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6» della legge 194/1978 è in realtà del tutto errato e fuorviante: la norma non parla di gravità delle malattie, ma di gravità del problema alla salute che deriverebbe alla donna dalla nascita di un figlio con determinate malattie³⁰².

In conclusione, come è stato rilevato, la tutela dell'embrione sembra ancora prevalere su alcune istanze di tutela alla salute della coppia. Specificamente, rimane aperta la questione della possibilità, per le coppie fertili, di accedere alla DGPI laddove, sebbene non siano portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, presentino un forte rischio di trasmettere alterazioni cromosomiche non ereditarie al nascituro, ciò che accade quando nei *partners* sussistano alti fattori di rischio per l'insorgenza di determinate patologie³⁰³.

4. Diritto a conoscere le proprie origini

Il diritto a conoscere le proprie origini, declinazione del diritto all'identità personale, è un diritto che appartiene al nato³⁰⁴.

Tuttavia, è opportuno trattarlo in questa sede in quanto, pur nel silenzio della giurisprudenza in tema di diritti fondamentali o interessi costituzionalmente tutelati attribuibili al nascituro, è senz'altro annoverabile fra questi. Si riscontra, infatti, nella legislazione e nella giurisprudenza in tema di PMA, una grande attenzione verso le tutele da apprestare già prima della nascita per garantire al nato un ambiente familiare adeguato.

Il diritto a conoscere le proprie origini nasce e si perfeziona nell'ambito della disciplina sull'adozione e si può declinare in tre diversi aspetti: diritto a conoscere le circostanze del concepimento; diritto ad ottenere informazioni non identificative sul genitore genetico; diritto a conoscere l'identità del genitore genetico³⁰⁵.

³⁰² Il rinvio della Corte costituzionale, effettuato in tali termini in ben due sentenze, lascia aperta l'ipotesi che la Corte consideri che l'aborto ex art. 6 b, l. 194/1978, sia sostanzialmente subordinato alla sussistenza delle anomalie e quindi sia rimessa all'autodeterminazione della donna la scelta di ricorrervi o meno. È una tesi che verrà approfondita nel capitolo 4. L'erroneità del rinvio, in quei termini, all'art. 6 l. 194/1978 viene sottolineata da I. PELLIZZONE, *Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche*, cit., p. 139 ss., la quale rileva, inoltre, il deviante rinvio che la pronuncia in commento fa nei confronti della precedente sent. C. cost., 96/2015, affermando che ciò che è divenuto lecito non può essere ancora sanzionato penalmente. L'A. sottolinea, infatti, che l'area di intervento della sentenza n. 96 era limitata alla DGPI per le coppie fertili, laddove la depenalizzazione riguarda certamente ogni ipotesi di DGPI.

³⁰³ Lo rileva I. PELLIZZONE, *Le condizioni di liceità delle tecniche diagnostiche*, cit., p. 146-7. Tra i principali fattori di rischio vi è l'avanzata età della donna, tant'è che l'amniocentesi e la villocentesi vengono eseguite gratuitamente alle donne che hanno superato una determinata età. Questa circostanza costituisce un fattore di rischio, ad esempio, per la Sindrome di Down, che legittima l'aborto terapeutico ex art. 6, lett. b, l. 40/2004.

³⁰⁴ La sentenza che ha sdoganato l'eterologa, Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit., nel bilanciare i vari interessi coinvolti nella questione, affermò che «L'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali è, dunque, quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo», con ciò riferendosi al diritto di conoscere le origini e ai possibili problemi psicologici che potrebbero derivare al nato dall'incertezza dei legami genitoriali genetici.

³⁰⁵ In tal senso L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in *GenLus*, 1/2016, p. 52.

Con la riforma del 2001³⁰⁶ viene introdotto nell'art. 28 della legge sull'adozione³⁰⁷ l'obbligo, per i genitori adottanti, di informare l'adottato della propria condizione con le modalità più opportune. Vengono, inoltre, introdotti dei meccanismi per garantire l'accesso dell'adottato a determinate informazioni riguardanti i genitori biologici, diversificati in base all'età del richiedente e allo scopo delle informazioni. Specificamente, l'adottato minorenni può ottenere, dietro autorizzazione del Tribunale per i Minorenni, informazioni relative solo allo stato di salute del genitore biologico, allo scopo di tutelare interessi costituzionalmente rilevanti³⁰⁸. Raggiunta la maggiore età è possibile conoscere l'identità del genitore, ma permane la necessaria autorizzazione del Tribunale per i Minorenni e l'obbligo di motivazione della richiesta, fatto salvo il caso in cui il genitore sia deceduto o irreperibile. Dopo i 25 anni l'adottato può conoscere l'identità dei genitori senza che sia necessario motivare la richiesta, potendo la stessa esser giustificata anche da mera curiosità³⁰⁹.

Detta disciplina non si applicava nel caso in cui la donna avesse scelto di non essere nominata al momento del parto, oppure anche uno solo dei genitori biologici avesse condizionato la propria disponibilità all'adozione al riserbo dell'anonimato.

Anche in questo caso è la giurisprudenza della Corte E.D.U.³¹⁰ a dare l'impulso per modificare la disciplina. Il caso è *Godelli c. Italia*³¹¹, avviato su ricorso di una donna che lamentava di non poter ancora conoscere, all'età di 69 anni, l'identità della propria madre biologica, la quale aveva partorito in forma anonima. Prendendo le mosse da un precedente analogo³¹², la Corte condanna l'Italia per non prevedere nessun bilanciamento tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini, facendo prevalere solo il primo e non garantendo nessuna possibilità, nemmeno a distanza di molti anni, di rimuovere il segreto. La giurisprudenza italiana ha pertanto dovuto rivedere il proprio orientamento e modificare il bilanciamento consolidatosi dal 2001.

Precisamente, sono diversi diritti confliggenti da bilanciare: innanzitutto, il diritto all'anonimato della madre, che si fonda costituzionalmente, da una parte, sul diritto del privato all'oblio e alla riservatezza,

³⁰⁶ Legge 28 marzo 2001, n. 149.

³⁰⁷ Legge 4 maggio 1983, n. 184.

³⁰⁸ Si pensi alla tipica ipotesi del soggetto affetto da malattie geneticamente trasmissibili che necessiti di conoscere i caratteri della propria malattia e i dettagli della malattia del genitore, anche al fine di verificare la trasmissibilità della stessa ad eventuali futuri figli.

³⁰⁹ Solo dopo i 25 anni si tratterebbe di un vero e proprio diritto incondizionato secondo A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 171. Per approfondire le modalità di esercizio del diritto a conoscere le proprie origini, anche in rapporto all'accesso disciplinato dalla l. 241/1990, si veda *Ibidem*, p. 173 ss. L'A. conclude che nel disciplinare il diritto in esame occorre tenere conto di tre limiti: i motivi della richiesta, secondo l'età dell'adottato; il rischio di un turbamento dell'equilibrio psico-fisico di quest'ultimo; la tutela dell'anonimato del parto.

³¹⁰ Per approfondimenti sulla giurisprudenza della Corte E.D.U. in tema di diritto a conoscere le proprie origini si veda L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, cit., p. 43 ss.

³¹¹ Corte E.D.U., *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, in *Fam. e Dir.*, 2013, 2, p. 194 ss.

³¹² Corte E.D.U., *Odièvre c. Francia*, 13 febbraio 2003, in *echr.coe.int*. Il ricorrente sosteneva che la disciplina francese sull'adozione violasse l'art. 8 CEDU, che tutela anche il diritto all'identità personale. La Corte respinge il ricorso, evidenziando l'importanza di bilanciare il suddetto diritto con quello dei genitori all'anonimato, ritenendo adeguata la legislazione francese che prevedeva la possibilità di sollecitare la madre e darle modo di rimuovere il segreto sulla propria identità.

tutelando la madre dai disagi e dal disonore del parto, ad esempio, di un figlio incestuoso; d'altra parte, si fonda sull'interesse pubblico alla dissuasione dal ricorso all'aborto e all'infanticidio³¹³. In secondo luogo, vi è il principio di responsabilità della procreazione, che obbliga il genitore a rispettare i diritti fondamentali del figlio³¹⁴. Ancora, entra in gioco il diritto della famiglia adottiva all'esclusività del rapporto di filiazione e alla riservatezza. Infine, tali diritti devono essere bilanciati anche col diritto del nato a conoscere le proprie origini.

Numerosi studi scientifici hanno riconosciuto l'importanza, per l'adottato, di conoscere la propria condizione, preferibilmente da minorenni, onde evitare traumi in età adulta, e di conoscere la propria storia precedente all'adozione ed i propri genitori biologici, che spesso rischiano di diventare una figura idealizzata. Per questi motivi il diritto a conoscere le proprie origini ha acquisito, dagli anni Novanta, un'importanza sempre maggiore, fino ad ottenere il riconoscimento di diritto fondamentale anche a livello internazionale, essendo ricompreso nel diritto all'identità personale e nell'art. 8 CEDU³¹⁵.

A seguito della condanna della Corte E.D.U. all'Italia, nel 2013 la Corte costituzionale³¹⁶ dichiara l'illegittimità dell'art. 28 l. 184/1983 nella parte in cui non consente la possibilità, per il giudice, di interpellare, su richiesta dell'adottato, la madre che partorì in forma anonima, al fine di effettuare un'eventuale revoca dell'anonimato³¹⁷.

È importante sottolineare che in nessun caso dalla revoca dell'anonimato può scaturire la costituzione di un rapporto di filiazione, di diritti o di obblighi. Questo può consentire, però, all'adottato e al genitore biologico di instaurare dei rapporti affettivi, ciò che la Consulta ha definito "genitorialità naturale".

La Cassazione, da ultimo, si è spinta fino ad affermare che in caso di ripristino dei rapporti affettivi tra madre biologica e figlio è possibile accogliere l'azione di dichiarazione giudiziale di maternità avviata da quest'ultimo, sebbene la madre non avesse revocato formalmente la volontà di rimanere anonima³¹⁸.

Quanto sopra esposto relativamente al diritto a conoscere le proprie origini nell'ambito

³¹³ È per tutelare questi interessi che la Corte costituzionale dichiarerà in un primo momento l'infondatezza della questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Firenze, che sosteneva che l'assenza di una previsione che consentisse alla madre di revocare il segreto anche dopo 25 anni fosse contraria agli articoli 2, 3, 32 Cost. La Corte sostiene che gli interessi a presidio della norma sul parto anonimo, di tipo pubblico e privato, sarebbero vanificati ove la gestante fosse obbligata a riferire dopo tanti anni, su richiesta dell'autorità giudiziaria, circa la sua volontà di mantenere il segreto. Si veda Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425, in *Giur. It.*, 2006, 10, p. 1800 ss.

³¹⁴ Lo evidenzia A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 190 ss. L'A. riporta che, oltre all'Italia, solo Francia e Lussemburgo consentono di ricorrere al parto anonimo.

³¹⁵ Si veda A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 160 ss., per una ricognizione del diritto a conoscere le proprie origini in un'ottica internazionale. L'A. ripercorre la giurisprudenza della Corte E.D.U. sul tema, che ha riconosciuto il diritto in esame come declinazione di un "interesse vitale" per la tutela dell'integrità personale, fisica, psicologica e sociale. Secondo L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, cit., p. 47, rilevarebbe anche l'art. 13 CEDU nella parte in cui, garantendo la libertà di espressione anche del minore, potrebbe riferirsi alla possibilità, per quest'ultimo, di ricercare con ogni mezzo le informazioni sulla propria identità genetica.

³¹⁶ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corriere Giur.*, 2014, 4, p. 471 ss., con nota di AULETTA.

³¹⁷ A seguito del decesso della madre, il figlio potrà conoscerne l'identità, a prescindere dalla sua precedente volontà di rimuovere l'anonimato. In questo senso Cass., ord., 07 febbraio 2018, n. 3004, in *Quotidiano giuridico*, 2018.

³¹⁸ Cass., 22 settembre 2020, n. 19824, in *Fam. e Dir.*, 2021, 2, p. 163 ss.

dell'adozione, non può estendersi *de plano* alla filiazione da PMA.

Nel caso dell'adozione, infatti, raramente il minore viene sottratto dalla famiglia al momento della nascita; spesso questo accade dopo anni, addirittura quando il figlio ha già raggiunto una maturità tale da ricordarsi e riconoscere i propri genitori biologici; in quest'ultimo caso, le tutele sopra illustrate non si applicano per ovvie ragioni. Ma anche ove questi venga allontanato da piccolissimo dalla propria famiglia biologica, o da appena nato nell'ipotesi del parto anonimo, dal momento in cui verrà a conoscenza della sua condizione di adottato si interrogherà sulla storia del suo concepimento, sulla storia dei suoi genitori, sui problemi che li hanno portati ad allontanarsi e via discorrendo.

Queste problematiche non si pongono nel caso di filiazione eterologa.

È forse per queste ragioni che, in maniera invero sbrigativa, la Corte costituzionale, chiamata a vagliare la legittimità del divieto di fecondazione eterologa, ha liquidato la questione della salvaguardia del diritto a conoscere le proprie origini con un rinvio alla disciplina dell'adozione³¹⁹.

Tuttavia, il legislatore non ha in alcun modo tenuto conto di questo rinvio: alla legalizzazione dell'eterologa non è seguita alcuna modifica della l. 40/2004, ma solo l'emanazione delle Linee Guida del 2015.

Non vi è nessun obbligo legale per i genitori, specularmente a quello di cui all'art. 28 l. 184/1983, di comunicare al nato le circostanze del concepimento. Il quadro normativo sviluppatosi dopo la pronuncia della Corte costituzionale prevede l'anonimato del donatore di gameti, che non instaura nessun rapporto col nato, e l'applicabilità della disciplina in tema di donazione di organi, in particolare i principi di gratuità e volontarietà della donazione e, come si è detto, dell'anonimato. Con la legge 190/2014 si è disposta l'istituzione del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, concretizzatasi con Decreto del Ministero della Salute nel 2019³²⁰. Quest'ultima fonte conferma l'anonimato del donatore senza prevedere nessun metodo di accesso ai dati del medesimo, se non nella misura necessaria alla tutela della salute. Si prevede, anzi, che dopo novantanove anni dall'ultimo trattamento che riguarda il donatore i dati di questo e del ricevente vengano cancellati o resi definitivamente anonimi.

Nel nostro ordinamento il problema del diritto alle origini del nascituro da PMA è passato del tutto in secondo piano a favore del diritto della coppia alla procreazione e del principio di esclusività dello *status*, incompatibile con la possibilità di riconoscere diritti in capo al donatore. Il problema, invece, è oggetto di vivo dibattito in dottrina, che annovera voci, anche autorevoli, che auspicano la possibilità, sebbene limitata a determinati casi, di riconoscere dei diritti al donatore o la revocabilità del segreto per

³¹⁹ Sul punto si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 341 ss. La Corte, in maniera contraddittoria, rinvia, da una parte, alla donazione di organi e quindi all'anonimato, e dall'altra all'adozione, e quindi alla possibilità di rimuovere il segreto.

³²⁰ I riferimenti sono, rispettivamente, legge 23 dicembre 2014, n. 190 e DM 20 agosto 2019, n. 130, allegato II.

volontà concorde di donatore e ricevente dopo 25 anni dalla nascita di quest'ultimo³²¹.

Tale dibattito nasce e si sviluppa soprattutto in ambito internazionale e comparatistico. Per quanto riguarda il primo, benché la Corte E.D.U. avesse in un primo tempo bocciato la legge austriaca che, al pari della italiana, vietava la fecondazione eterologa, nel 2011 la Grande Camera ha accolto il ricorso dell'Austria, affermando che gli Stati hanno un ampio margine di apprezzamento relativamente alla regolamentazione della PMA³²². La Corte ha così riconosciuto che la tutela del diritto del nato a conoscere le proprie origini e la salvaguardia dei legami familiari di sangue non è una motivazione arbitraria per limitare il diritto alla procreazione della coppia e che la legge austriaca non contrasta con l'art. 8 della Convenzione.

Certo è che vi sono degli studi scientifici che dimostrano il frequente sviluppo di una condizione di grave malessere nell'individuo che non può conoscere la propria storia e ricostruire la propria identità personale. Il problema non è stato sottovalutato in altri Stati: molti riconoscono il diritto a conoscere le proprie origini come un diritto fondamentale della persona e prevedono dei meccanismi per rimuovere l'anonimato del donatore di gameti e conoscere l'identità di fratelli o sorelle, sia su consenso del donatore che senza³²³. Detta garanzia è ancor più condivisibile per il nato da maternità surrogata, al fine di preservare i rapporti con la madre gestante³²⁴.

L'interesse a conoscere l'identità ed eventualmente a instaurare un rapporto affettivo può sorgere anche da parte del donatore nei confronti del nato: la giurisprudenza internazionale offre l'esempio di varie pronunce che tutelano questa situazione³²⁵.

È auspicabile una modifica della disciplina attuale, nel senso di prevedere la possibilità del donatore di revocare l'anonimato, su richiesta del nato da PMA. Se, infatti, è ormai provato e pacifico che l'ignoranza delle proprie origini genera profonde turbe e che, quindi, le istanze di anonimato del donatore siano meritevoli di tutela, non contrasta con le medesime la possibilità di revocare il segreto, né vi è un contro interesse che impedisca questa soluzione, essendo il donatore stesso a decidere se

³²¹ Per un approfondimento sulle varie teorie A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, p. 71 ss. In particolare, tra i sostenitori della tesi contraria all'anonimato assoluto e irrevocabile del donatore vi sono autorevoli voci come quella di Zatti, Auletta e Lenti. L'A. è invece favorevole all'anonimato del donatore, sul modello della donazione di organi; fa però salvo il caso della finalità di tutela della salute del nato da PMA.

³²² *S.H. e altri c. Austria*, Corte E.D.U., sent., 3 Novembre 2011, in *ecbr.coe.int*

³²³ Si veda A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, p. 77 ss. In particolare, tra le legislazioni più garantiste nei confronti del nato da eterologa vi è quella del Regno Unito, che consente di ottenere informazioni sui fratelli di sangue dalla maggiore età e sul donatore dai 16 anni. Negli USA è il donatore a decidere se mantenere l'anonimato. Per un approfondimento di taglio comparatistico si veda anche A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 216 ss., che riporta il caso della Svizzera, dove il diritto a conoscere le proprie origini è stato inserito nella Costituzione e il nato da PMA può conoscere l'identità del donatore dopo i 18 anni.

³²⁴ In tal senso A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, p. 179: l'A. auspica che, in caso di legalizzazione della pratica, si preveda il diritto del minore di conoscere le circostanze del concepimento e l'identità della gestante surrogata; sottolinea, infatti, che il rapporto tra questa e il nato si pone in maniera diversa rispetto a quello tra il nato e il donatore.

³²⁵ Si veda L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, cit., pp. 53-54.

effettuare la revoca. Viceversa, la normativa attuale priva il nato della possibilità di conoscere le proprie origini e priva il donatore, il quale sia disponibile a conoscere il nato, della possibilità di migliorare il benessere psicofisico di quest'ultimo ed eventualmente di realizzare un proprio interesse. L'attuale disciplina è evidentemente figlia della sempre maggiore importanza che riveste nel nostro ordinamento il principio di responsabilità della procreazione e il *favor voluntatis*³²⁶.

5. Embrioni sovranumerari

Si parla di embrioni sovranumerari o inutilizzati per designare quelli che non possono più essere impiantati nell'utero della donna che avviò, insieme al marito o compagno, la pratica di fecondazione assistita.

Ciò può avvenire principalmente per i seguenti motivi: rifiuto dell'impianto dell'embrione che, a seguito di diagnosi preimpianto, si scopre essere malato; rifiuto dell'impianto perché la gravidanza è stata già portata a termine e la donna non desidera o non può, per l'età o altre circostanze, avviare un altro ciclo di PMA; impossibilità dell'impianto per circostanze legate alla salute della donna; decesso della donna prima dell'impianto.

Poiché il nostro ordinamento riconosce un interesse costituzionalmente tutelato dell'embrione a nascere, e quindi all'impianto, si dovrebbe in tutti i modi promuovere l'adozione dello stesso. Il CNB nel 2005 ha espresso la necessità di regolamentare una forma di adozione per gli embrioni abbandonati, cui dà il nome di "adozione per la nascita", accessibile a soggetti sterili e non, sia a coppie sposate che a coppie di fatto e a donne sole³²⁷.

Secondo alcuni, la via dell'adozione sarebbe oggi praticabile, alla luce della rimozione del divieto di fecondazione eterologa e delle Linee guida del 2015, tutt'ora vigenti, che consentirebbero la cosiddetta doppia eterologa, ossia l'utilizzo, da parte della coppia, di entrambi i gameti provenienti da donatori³²⁸.

³²⁶ In proposito si ricordi che già alla fine degli anni Novanta la Cassazione dichiarò che l'art. 235 c.c., che regolamentava il disconoscimento, non fosse applicabile al nato da PMA eterologa su consenso del marito, il quale, pur revocando il consenso, non era legittimato attivo all'azione. Si veda Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Foro It.*, 1999, I, p. 1834 ss.

³²⁷ *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005. Il testo esprime la necessità di partire dal modello dell'adozione legittimante, tenendo tuttavia conto dell'enorme differenza data dal fatto che nell'adozione di embrione il nato non dovrà superare un trauma significativo come quello del minore adottato. Favorevole alla proposta del CNB è anche A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 65, il quale aggiunge che ciò non contrastasse con l'allora vigente divieto di fecondazione eterologa, giacché l'adozione riguarda un embrione già formato, dunque una vita già iniziata. Per approfondimenti sul punto si rimanda altresì a F. CARIMINI, *Adozione del nascituro* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 161 ss.; anche l'A. è favorevole all'adozione del nascituro, anche per donne singole e anche a prescindere dal consenso dei partner che hanno fornito i gameti per la creazione dell'embrione, criticando la legge che si presenta, attualmente, come fortemente incoerente. L'adozione del nascituro è possibile in molti Stati come una forma di PMA; si veda S. JUNY CHINELLATO, *Adozione del nascituro in Brasile* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 173 ss.

³²⁸ In questo senso B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 245 ss., la quale sottolinea però come si tratterebbe in ogni caso di un'ipotesi remota, verificabile solo ove entrambi i membri della coppia siano sterili e siano disposti ad accettare una filiazione completamente estranea a livello genetico, al pari dell'adozione. Si veda anche M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, in G. CONTE – S. LANDINI, (a cura di) *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Fargiuele*, Mantova, II, 2017, p. 209, in nota, che sostiene che alla luce delle Linee guida del 2015 sarebbe costituzionalmente irragionevole precludere l'adozione di embrioni.

Secondo altri, invece, in mancanza di esplicite disposizioni non sarebbe possibile procedere all'impianto dell'embrione formato su iniziativa di un'altra coppia e l'unica via percorribile sarebbe quella della crioconservazione³²⁹.

La lacuna normativa evidenzia l'urgenza di un intervento, del legislatore o del giudice costituzionale, che espliciti la possibilità di adottare l'embrione, come da indicazioni del CNB. Ciò sarebbe conforme alla concezione dell'embrione come oggetto di tutela costituzionalmente fondata, in particolare per l'interesse a nascere. Se il diritto alla vita si pone al vertice della piramide dei diritti fondamentali, non si vede come dei diritti o interessi ad esso subordinati (come il diritto a conoscere le proprie origini, l'interesse a una famiglia *ad instar naturae*, la concezione della PMA come cura) possano, di fatto, prevalere sullo stesso e condannare l'embrione a perdere ogni possibilità di sviluppo e di nascita³³⁰.

La sorte attualmente prevista per gli embrioni sovrannumerari è la crioconservazione *sine die*. Si è già detto che prima della legge 40/2004 vi erano tantissimi embrioni congelati, data l'assenza di limitazioni sul punto. Con l'introduzione della legge, l'unica possibilità di crioconservazione dell'embrione era legata all'impossibilità di impianto per causa di forza maggiore dovute alla salute della donna. Successivamente, le cose cambiano.

Innanzitutto, le Linee guida del 2008 aboliscono l'obbligo di tenere l'embrione a coltura fino alla sua estinzione, già previsto dalle Linee guida 2004 per il caso di rifiuto dell'impianto, illegale ma non coercibile, conseguente alla scoperta di anomalie dalla diagnosi preimpianto. L'abolizione di questo divieto apre implicitamente le porte alla crioconservazione³³¹.

La nota sentenza 151/2009 della Corte costituzionale pone definitivamente il punto sulla questione, lasciando al medico la decisione di quanti embrioni creare e quanti impiantarne a ogni ciclo di PMA, con la possibilità di crioconservare gli altri.

Le Linee guida del 2004 (per gli embrioni crioconservati prima della legge) e del 2008 hanno diviso gli embrioni crioconservati in due categorie: quelli in attesa di impianto e quelli in stato di abbandono, sussistente quando vi è rinuncia scritta all'impianto o in seguito a una documentata impossibilità di contattare la coppia o la donna per conoscerne le volontà. Tale distinzione deve ritenersi attuale,

³²⁹ In questo senso I. A. CAGGIANO, *Genitorialità scomposta e identità del minore. Spunti per un'analisi tecnico-giuridica*, in L-jus.it, 1/2018, p. 1 ss. Si veda anche L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica: Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2016, p. 148 ss. Questa teoria interpretativa, sebbene più conforme alla lettera della legge, è di evidente pregiudizio per l'embrione poiché attualmente, come si vedrà, non è legalmente possibile fare alcun uso dello stesso, che pertanto sarà necessariamente crioconservato fino alla perdita di vitalità e conseguente definitiva inutilizzabilità per ogni scopo, procreativo e non.

³³⁰ Si ricordi come la disciplina internazionale in tema di adozione abbia espresso più volte il favore per l'adozione dei *single*; si veda B. DE FILIPPIS, *Giurisprudenza costituzionale*, in R. BAIOTTO, A. BUSACCA, B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza. Interesse del minore e genitorialità same sex*, Milano, 2018, p. 150 ss. Si tratta di situazioni, quelle dell'embrione e del nato, ovviamente diverse; l'ago pende, però, a favore dell'embrione: non essendoci altra alternativa se non quella di non nascere, qualsiasi diversa soluzione che consenta di portare a termine quel "progetto di uomo" è più conforme al suo interesse, ferma la necessaria tutela dell'interesse del nascituro a crescere in una famiglia idonea, circostanza da valutare mediante analisi di dati oggettivi.

³³¹ Lo rileva A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., pp. 35-36.

sebbene risulti scomparsa nelle Linee guida vigenti³³².

Oltre l'auspicata adozione, un'altra sorte alla quale sarebbe possibile destinare gli embrioni è l'impiego nella ricerca scientifica, in particolare mediante l'utilizzo di cellule staminali embrionali nella sperimentazione sulle cure delle malattie neurodegenerative. È comprovato, infatti, che la ricerca sulle cellule staminali è il settore più promettente attualmente in via di sviluppo; inoltre, benché esistano diversi modi per ricavare delle cellule staminali, la tipologia che si ricava dall'embrione allo stadio di blastocisti è quella maggiormente utile, trattandosi di cellule non differenziate³³³.

Prima della legge 40/2004 si son levate più voci a favore della destinazione degli embrioni abbandonati alla ricerca, tra le quali quella dello stesso CNB³³⁴. A livello internazionale si riscontra una difformità di vedute sull'utilizzabilità per la ricerca di embrioni abbandonati o di embrioni appositamente creati a tal fine, mentre è unanime la condanna alla clonazione³³⁵.

Come si è detto, la legge 40/2004 ha assunto una posizione estremamente garantista per l'embrione: l'articolo 13 vieta qualsiasi sperimentazione o ricerca sull'embrione umano, salvo che siano eseguite a tutela e nell'interesse dello stesso. Vieta in ogni caso la produzione di embrioni umani per finalità di ricerca, la selezione eugenetica³³⁶, la clonazione e la creazione di chimere o ibridi. L'embrione, al pari dell'uomo, viene considerato, in senso kantiano, come fine e mai solo come un mezzo: sono quindi ammesse le ricerche nell'interesse dell'embrione, quali quelle volte a implementare i metodi di crioconservazione³³⁷.

Questa soluzione ha sollevato contrasti in dottrina e all'interno dello stesso CNB; stante l'attuale impossibilità di adottare gli embrioni, la maggior parte delle posizioni si schierano a favore della

³³² Si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 262 ss. Le Linee guida del 2015 si limitano a rinviare all'Accordo Stato-Regioni del 15 marzo 2012 sullo stoccaggio e la crioconservazione degli embrioni, che sembrerebbe qualificare come "embrioni in stato di abbandono" solo quelli creati prima della legge 40/2004 e non destinati all'impianto. Tuttavia, all'interno dello stesso Accordo vi è sostanzialmente una differenza di trattamento tra le due "tipologie" di embrioni.

³³³ Per approfondimenti si veda A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 39 ss. Il vantaggio dell'utilizzo di queste cellule è dato dalla loro possibilità di trasformarsi o riprogrammarsi in qualsiasi tipo di cellula: del fegato, del cervello, etc. È possibile suddividere le staminali in embrionali (che possono essere totipotenti, multipotenti o pluripotenti, a seconda della possibilità di differenziarsi in un maggior tipo di cellule), germinali (di tipo riproduttivo) e umane (estratte dal sangue del cordone ombelicale e da alcuni organi, come il fegato).

³³⁴ Il riferimento è alla Commissione Dulbecco sull'utilizzo di cellule staminali per finalità terapeutiche del 28 dicembre 2000 e al parere del CNB *Impiego terapeutico delle cellule staminali* del 27 settembre 2000. In quest'ultimo il Comitato si esprimeva a favore della ricerca effettuata con utilizzo di staminali tratte dal cordone ombelicale, da individui adulti o da aborti spontanei o volontari; vi erano dei contrasti sull'utilizzo di staminali tratte da embrioni in vitro: una parte del Comitato riteneva lecita la ricerca limitatamente ad embrioni non destinati all'impianto e consapevolmente donati dalla coppia a tal fine. Con successivo parere dell'11 aprile 2003 il CNB si è espresso negativamente riguardo la possibilità di creare o utilizzare embrioni per la ricerca effettuata con metodi che ne comportino la distruzione; negativo anche il parere sulla possibilità di produrre cellule staminali tramite duplicazione da cellule di embrioni inutilizzati.

³³⁵ Per una ricognizione delle varie fonti si veda sul punto A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 41 ss. Tra le convenzioni internazionali, la Convenzione di Oviedo vieta la creazione di embrioni per finalità di ricerca. A livello comparatistico, se vi sono più Stati che consentono la ricerca su embrioni abbandonati e appositamente donati dalla coppia a tal fine, solo nel Regno Unito è possibile creare embrioni da destinare alla ricerca.

³³⁶ Salvo per le finalità di cui alla sentenza Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit.

³³⁷ Per approfondire si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 354 ss.

possibilità di destinarli alla ricerca³³⁸.

La questione è stata sottoposta alla Corte E.D.U., che si è espressa nel 2015 nel caso *Parrillo contro Italia*, che ha per certi versi rigettato il ricorso e per altri lo ha dichiarato irricevibile, sostenendo che il divieto di destinare gli embrioni alla ricerca disposto dalla legge italiana non violi l'art. 8 CEDU, essendovi ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati su questi delicati temi, data l'assenza di consenso europeo sul punto³³⁹.

La Corte costituzionale si è espressa l'anno successivo, dichiarando l'inammissibilità del ricorso, essendo la decisione in tema di ricerca sugli embrioni riservata alla discrezionalità del legislatore, pur non qualificandola come contraria a Costituzione³⁴⁰.

La sorte del divieto di destinazione dell'embrione alla ricerca scientifica va di pari passo con quella del divieto di soppressione degli embrioni: le ricerche su staminali, infatti, esclusa la (vietata) clonazione, ne comportano la soppressione. Viceversa, è irragionevole auspicare la rimozione del divieto di soppressione degli embrioni in sé singolarmente considerato. In tal senso si è espressa la Corte costituzionale nel 2015³⁴¹, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art.

³³⁸ Nel suo ultimo parere sul tema, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili* del 26 ottobre 2007, il CNB si è interrogato in particolare sulla possibilità di destinare gli embrioni alla ricerca a seguito dell'accertamento della loro "morte", ossia l'arresto e la degenerazione dello sviluppo, esprimendo parere favorevole a questa modalità, analoga alla donazione degli organi *post mortem*. Si rileva, però, che per accertare con sicurezza la morte dell'embrione è necessario scongelarlo: una volta scongelato, se è vivo dev'essere immediatamente avviato all'impianto o alla ricerca; se è morto non può più realizzare nessuna finalità. In dottrina, tra gli autori favorevoli a destinare gli embrioni abbandonati alla ricerca, data l'impossibilità di avviarli all'adozione, si vedano A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, cit., p. 440, che auspica la destinazione alla ricerca in subordine all'adozione, essendo viceversa gli embrioni destinati «ad essere buttati nella spazzatura»; G. BALDINI, *Embrioni sovrannumerari (a trattamenti di PMA) tra interesse alla ricerca e divieti di legge. Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Firenze 7.12.2012*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, cit., p. 50 ss.: l'A. sostiene che il divieto assoluto di ricerca si scontri con la tutela di altri interessi fondamentali, come la tutela della salute collettiva e la stessa libertà di ricerca; la completa prevalenza dell'interesse dell'embrione nell'ambito del bilanciamento si giustificerebbe solo considerandolo come soggetto debole al pari del minore. Data l'impossibilità di destinare l'embrione ad altri utilizzi proficui, l'A. sostiene che la destinazione alla ricerca sia maggiormente conforme a Costituzione. Si veda anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 534. Critica l'attuale quadro normativo anche S. AGOSTA, *Libertà di ricerca scientifica e parusia della dignità umana (a proposito dei limiti alla sperimentazione sull'embrione)*, in *Biolaw journal, Special Issue 2/2019*, p. 469 ss., che rileva la contraddizione in cui ricade la legge, sostenendo giuridicamente più accettabile la distruzione "naturale" dell'embrione (per deperimento nell'azoto liquido in cui è immerso) rispetto a quella artificiale, per mano del ricercatore. In senso critico verso l'attuale disciplina, infine, anche M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 317 ss., che denuncia l'incoerenza del sistema che consente di fare ricerca, in Italia, su linee di staminali importate dall'estero, non necessariamente ricavate da embrioni non impiantabili. In senso contrario A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., pp. 53-54; l'A. auspica che la ricerca si sviluppi mediante l'utilizzo di staminali prelevate unicamente da soggetti adulti o dal sangue del cordone ombelicale o dal materiale abortivo.

³³⁹ Corte E.D.U., 27 agosto 2015, ric. n. 46470/11, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, 10, p. 1320 ss. La signora Parrillo, ricorrente, denunciò la violazione, oltre che dell'art. 8, dell'art. 10 (libertà di pensiero) letto sotto il profilo della libertà di ricerca, e dell'art. 1 del Protocollo Addizionale (diritto di proprietà). La Corte ha dichiarato il ricorso irricevibile sotto quest'ultimo aspetto, non potendosi l'embrione qualificarsi come proprietà, mentre ha rigettato le doglianze sotto gli altri due profili. Ha però ritenuto, in via preliminare, che la questione si inquadrasse nell'art. 8 sotto il suo aspetto di vita privata, essendo gli embrioni materiale genetico della ricorrente e, di conseguenza, una componente della sua identità.

³⁴⁰ Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro It.*, 2016, 5, 1, p. 1509 ss. In particolare, la Corte afferma che solo al legislatore, per l'alta discrezionalità implicata nelle questioni, spetta decidere quali embrioni destinare alla ricerca (malati o anche sani), a quali specifiche finalità di ricerca destinare gli embrioni e le modalità della procedura.

³⁴¹ Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit. In maniera forse approssimativa, che verrà comunque contraddetta dalla sentenza 84/2016, la Corte afferma che all'istanza di tutela della dignità dell'embrione «non può [...] darsi, allo stato,

14, commi 1 e 6, della legge 40/2004. Secondo il giudice rimettente, la norma sarebbe incostituzionale nella parte in cui vieta la soppressione di embrioni non trasferiti perché malati. Con argomentazione condivisibile, la Corte ha ritenuto che non vi sia nessun controinteresse che possa giustificare la soppressione embrionale; anzi, la stessa si pone in contrasto con la dignità riconosciuta all'embrione, che obbliga a non distinguere la sua sorte in base al suo stato di salute sano o malato.

Un cenno va fatto, infine, all'ipotesi di involontaria perdita degli embrioni sovrannumerari; si pensi, ad esempio, all'accidentale scongelamento degli stessi per un cortocircuito degli impianti di crioconservazione della struttura. In tal caso, la coppia che ha avviato la procedura di PMA nell'ambito della quale si è costituito l'embrione potrà avere solo un risarcimento, ove sussistano i presupposti della domanda. Con particolare riguardo al danno-conseguenza, ove la coppia avesse espresso la volontà di non procedere all'impianto, residuerebbe, secondo le circostanze, solo un eventuale diritto al risarcimento del danno non patrimoniale³⁴².

6. Vitalità del feto

Si è detto che il nascituro è attualmente considerato dal nostro ordinamento come oggetto di tutela progressiva. Questa tutela è massima quando il nascituro è prossimo a venire alla luce ed ha presumibilmente raggiunto uno sviluppo che gli consenta di sopravvivere al di fuori dell'utero materno. In queste condizioni il legislatore prevede una disciplina ispirata allo stato di necessità, senza tuttavia equiparare del tutto la vita del nascituro a quella della gestante.

L'art. 6, lett. a, della l. 194/1978 prevede che dopo i 90 giorni di gestazione è possibile abortire qualora la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna. Questa è l'unica ipotesi nella quale è altresì possibile interrompere la gravidanza senza limiti temporali, ossia, come prevede l'articolo 7, anche nei mesi appena precedenti il parto, quando vi è la possibilità che il feto possa sopravvivere autonomamente.

Il periodo in cui il feto raggiunge uno sviluppo tale da consentirgli verosimilmente di poter sopravvivere in autonomia si colloca tra la 22^o e 24^o settimana, ferma la discrezionalità professionale del medico, che potrà e dovrà valutare caso per caso³⁴³.

altra risposta che quella della procedura di crioconservazione». L'apparente discrasia si risolve interpretando le parole della Corte nel senso che attualmente l'unica sorte che legalmente si può garantire all'embrione in conformità a Costituzione è quella della crioconservazione, pur non escludendo, come affermerà in seguito, che il legislatore preveda in futuro altre modalità di destinazione dell'embrione conformi alla Carta.

³⁴² È tuttavia difficilmente ipotizzabile un risarcimento per il caso di perdita dell'embrione abbandonato; viceversa, nel caso di perdita di embrione potenzialmente destinato all'impianto, saranno risarcibili, oltre ai danni non patrimoniali, sempre secondo le circostanze concrete (ad esempio, il danno alla salute subito dalla donna per l'essersi dovuta inutilmente sottoporre alla stimolazione ovarica), anche i danni patrimoniali, consistenti, ad esempio, nelle spese del ciclo di stimolazione ovarica avviato in vista dell'impianto e nelle spese per la creazione dell'embrione stesso.

³⁴³ Si veda nota 7, cap. 1. Altresì B. PEZZINI, *Inizio e interruzione di gravidanza*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1660 ss. L'accertamento deve essere effettuato dal medico secondo le peculiarità del caso concreto; ad esempio, un feto con gravi malformazioni può essere ritenuto

In accordo a quanto rilevato, la legge non delimita temporalmente il periodo di vitalità del feto, che segna il discrimine tra la possibilità di effettuare l'aborto terapeutico di cui all'art. 6, lett. b e quello di cui alla lett. a. Non stupisce, pertanto, che il TAR abbia annullato il provvedimento regionale che predeterminava questo termine, vincolando la valutazione professionale del medico e slegandola dal caso concreto³⁴⁴.

Si è sostenuto che l'art. 7, l. 194/1978, nel disciplinare l'interruzione di gravidanza dopo la presunta autonomia fetale, abbia tutelato maggiormente il nascituro, considerando la sua vita come equiparata o addirittura prevalente a quella della donna³⁴⁵. Non sembra, invero, che vi sia una piena equivalenza tra vite: tenendo conto del fatto che il nascituro "persona deve ancora diventare", il medico non può scegliere quale vita mettere più a repentaglio, ma è obbligato a tutelare maggiormente quella della donna, interrompendo la gravidanza³⁴⁶. Tuttavia, considerato che anche il feto è probabilmente autonomo, non si tratta di eseguire un aborto ma un parto prematuro, con l'obbligo di fare il possibile per salvaguardare la vita del nascituro³⁴⁷.

Pertanto, da una parte si consente alla donna di liberarsi immediatamente della gravidanza, potendo così beneficiare dell'immediato miglioramento delle proprie condizioni di salute, nonostante ciò metta in imminente pericolo la vita del nascituro. D'altra parte, a uno stadio di sviluppo così avanzato (come si è detto, sostanzialmente, gli ultimi tre mesi), a seguito di parto indotto il feto riesce generalmente a respirare: è allora costituzionalmente doveroso effettuare ogni intervento necessario alla sua salvaguardia, salvo che il medico valuti più opportuno ricorrere alla sedazione palliativa per le probabilità eccessivamente scarse di sopravvivenza.

Né può dirsi che detta procedura violi l'autodeterminazione della donna che intenda abortire perché non vuole tenere il figlio. Occorre ricordare che in questi casi, avendo portato avanti la gravidanza per almeno sei mesi circa, generalmente la gestante desidera tenere il bambino, che può essere anche perfettamente sano, ma è costretta al parto indotto per urgenti necessità terapeutiche. Peraltro, anche

incapace di vita autonoma anche nell'ultimo periodo della gravidanza; si veda sul punto A. APRILE, *Interruzione volontaria della gravidanza: casistica medico-legale*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1727 ss.

³⁴⁴ T.A.R. Lombardia Milano, 29 dicembre 2010, n. 7735, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 4, p. 430 ss., conferma che il legislatore non ha fissato un termine finale per la vitalità fetale poiché tale valutazione spetta al medico.

³⁴⁵ In tal senso B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 687 ss.; l'A. critica la presunta equivalenza tra vita del feto e della gestante che sarebbe alla base dell'art. 7, affermando che così facendo il legislatore si sia discostato dai principi della sentenza 27/1975 della Consulta, dando prevalenza alla vita del feto senza considerare la tutela della salute della gestante, ma solo il grave pericolo di vita della stessa. In un altro passo (p. 522 ss.), l'A. sostiene che l'art. 7 presupponga l'equivalenza richiesta dall'art. 54 c.p., essendo entrambe le vite, quella del nascituro e quella della gestante, poste in grave pericolo.

³⁴⁶ Ove vi fosse una reale equivalenza tra le due vite, l'aborto nell'ultima fase del parto sarebbe ammesso solo in caso di imminente pericolo di vita della donna (art. 7, comma 2, legge 194/1978), giacché è certo che un parto prematuro indotto metta in pericolo immediato la vita del nascituro.

³⁴⁷ Il dovere di assistenza si trasforma in dovere di fornire cure palliative ove si accerti in concreto l'impossibilità di sopravvivenza. Lo rileva M. ZANCHETTI, *Il dovere di soccorso nel parto prematuro e nell'interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1749 ss.

quando l'urgenza sia dovuta alla tardiva scoperta di anomalie fetali che causino grave pericolo alla vita della donna³⁴⁸, ove il nascituro sia ormai vitale non è possibile pregiudicare la sua vita -che, essendo probabilmente autonoma, è quasi al pari di quella della persona nata- né per ragioni di autodeterminazione né per motivi di salute psicofisica della gestante. La tutela dell'autodeterminazione della donna verrà garantita, allora, dalla possibilità di non essere nominata al momento del parto.

Un altro problema affrontato dalla dottrina è legato all'ipotesi che, in un futuro neanche troppo lontano, si riescano a costruire delle macchine capaci di fungere da incubatrice per tutta o gran parte della durata della gravidanza³⁴⁹. In tal caso, il problema del rapporto tra interesse alla tutela della salute e della vita del nascituro e il diritto di autodeterminazione della donna si porrebbe diversamente: quest'ultima verrebbe infatti sostanzialmente costretta a una genitorialità naturale (sebbene non necessariamente legale) ove fosse obbligatorio trasferire l'embrione in questa incubatrice fino alla nascita. La questione dovrebbe analizzarsi anche sotto un punto di vista morale, ponendosi un problema di biodiritto: sarebbe opportuno che lo Stato destini ingenti risorse economiche e scientifiche per sviluppare a tutti i costi l'embrione di chi non intende avere un figlio? Una soluzione di questo tipo rischierebbe di anteporre la tutela del nascituro a quella della donna o della coppia, giacché questi verosimilmente si troverebbero a dover subire le turbe psicologiche conseguenti a una genitorialità imposta. Si tratta di problemi che rimangono aperti.

Un'altra criticità della legge italiana è emersa da dei casi di cronaca³⁵⁰. Premesso che alcune anomalie (come il nanismo) sono rilevabili solo nell'ultimo stadio della gravidanza, si registra la volontà di certe gestanti di effettuare un aborto vero e proprio per questi motivi; non essendo un'ipotesi prevista dalla legge italiana, il progetto può trovare realizzazione solo in certi Stati all'estero, dove le donne possono recarsi per effettuare un aborto, (non un semplice parto indotto) con un'iniezione di anestesia che passa per il cordone ombelicale, una successiva iniezione letale al feto che provocherà l'arresto cardiaco e infine l'espulsione dello stesso. Si tratta di pratiche che dovrebbero essere assolutamente condannate, con segnalazione al Tribunale per i Minorenni competente per la donna che vi si sottoponga che abbia altri figli o ambisca a un'adozione, nonché per l'eventuale *partner* che vi acconsenta. La gestante potrebbe, infatti, ricorrere piuttosto al parto anonimo e non assumersi le responsabilità di cura e assistenza di un figlio disabile. La legalizzazione di tali pratiche sottintende, inoltre, una valutazione

³⁴⁸ Pericolo invero difficilmente ipotizzabile; trattandosi di salute psichica, almeno nella stragrande maggioranza delle ipotesi (tant'è che le stesse Sezioni unite 25767/2015, si riferirono, in tema di interpretazione dell'art. 6 b l. 194/1978, alle sole turbe psichiche), l'unica ipotesi plausibile che possa giustificare un aborto di feto vitale per anomalie dello stesso sarebbe quella in cui uno psichiatra accerti che la nascita del figlio malato genererebbe un grave proposito suicidario nella donna.

³⁴⁹ Si veda F. POGGI, *The wailing of the lambs. La libertà di autodeterminazione femminile alla luce dei recenti progressi in tema di uteri artificiali*, in *Notizie di Politeia*, 133/2019, pp. 16-26. È una teoria che è divenuta molto celebre nella cultura popolare a seguito della diffusione del film *Matrix*. Un articolo di *Focus* del 2017 annuncia l'invenzione di un utero artificiale per gli agnelli, capace di consentire il loro sviluppo al di fuori del grembo materno; si veda *Un utero artificiale sostituirà l'incubatrice?* pubblicato il 30 aprile 2017.

³⁵⁰ *Aborto terapeutico, "io respinta dall'ospedale in Italia e costretta ad andare in Francia in piena emergenza coronavirus"*, su *Il fatto quotidiano*, 4 giugno 2020; M. DE CURTIS, *L'aborto tardivo e i problemi irrisolti della legge 194*, in sanita24.ilssole24ore.com, 11 ottobre 2016.

statale di tipo eugenetico e un estremo disvalore della vita menomata che non trova cittadinanza nel nostro ordinamento.

Il parto indotto del feto vitale pone d'altra parte un delicato problema di responsabilità del medico, cui spetta la difficile valutazione sulla vitalità del feto e, a parto avvenuto, la decisione sull'opportunità di effettuare ogni intervento possibile, oppure limitarsi all'assistenza palliativa. Una valutazione errata che sfoci nell'omessa assistenza può esporre il medico a responsabilità anche di tipo penale; viceversa, la sistematica rianimazione, anche a fronte di una condizione critica e dell'alto rischio che il prematuro sviluppi in futuro gravissime disabilità, presta il fianco a obiezioni di tipo etico e morale e potrebbe configurarsi come accanimento terapeutico, nonché condizionare pesantemente la vita dei genitori, sui quali poi ricadrebbe l'onere di assistere il figlio gravemente invalido.

Il periodo più problematico è proprio quello dalle 22 alle 24 settimane, che segna l'incerto confine della vitalità. È opportuno, alla luce di quanto detto, lasciare tutte le scelte al medico secondo la propria valutazione professionale, oppure è giusto dare un ruolo anche al consenso dei genitori, quali tutori del neonato che possano esprimere per suo conto il consenso al trattamento?

All'assenza di linee guida, che rende ancor più difficile approdare a una soluzione, ha cercato di supplire la cosiddetta Carta di Firenze, un documento formato tra il 2003 e il 2006 su iniziativa di due cliniche fiorentine³⁵¹. Questo documento esclude ogni possibilità di interventi rianimatori fino alla ventiduesima settimana e sei giorni; si dovrà allora procedere alla sedazione palliativa. Dalla ventitreesima è consigliabile intervenire solo se il medico ravvisi, in concreto, delle possibilità di sopravvivenza, condividendo la scelta coi genitori. Dalla ventiquattresima è generalmente indicato l'intervento intensivo sul neonato, salvo sia sconsigliabile nel caso concreto. In caso di contrasto tra medico e genitori, l'ultima parola appartiene a questi.

Questi principi vengono disattesi da un parere del CNB del 2008³⁵², che adotta come principio generale l'obbligo di rianimazione e intervento intensivo, salvo che, secondo le peculiarità del caso concreto, la prognosi infausta e le cure gravose, in termini di sofferenza, per il neonato, facciano prediligere la sedazione palliativa. Nel caso di conflitto tra medico e genitori, la scelta spetta al primo³⁵³. Detta soluzione sembra condivisa dal parere reso nello stesso anno dal Consiglio Superiore di Sanità³⁵⁴.

³⁵¹ *Raccomandazioni per le cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse*, Firenze, 2006.

³⁵² *I grandi prematuri. Note bioetiche*, 29 febbraio 2008.

³⁵³ Scelta fortemente criticata da G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, cit., p. 114 ss. L'A. afferma innanzitutto la contrarietà dell'obbligo di intervento alla legge 194/1978, giacché nella ventiduesima settimana l'altissimo tasso di mortalità renderebbe più rispettoso della vita del nato un accompagnamento verso una morte dignitosa. L'attribuzione del potere di scelta al medico richiamerebbe, inoltre, un paternalismo in contrasto col principio dell'"alleanza terapeutica" tra medico e paziente. Questo paternalismo porterebbe a un vitalismo e all'interventismo a oltranza, conferendo al medico il ruolo di portavoce degli interessi del minore. L'A. predilige quindi l'attribuzione ai genitori dell'ultima parola sul destino del nato; solo qualora vi fossero i tempi necessari, sarebbe auspicabile l'intervento del giudice tutelare.

³⁵⁴ *Raccomandazioni per le cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse*, approvate nella seduta assembleare del 4 marzo 2008. Il testo non attribuisce espressamente l'ultima parola al medico, ma raccomanda «la ricerca di una soluzione condivisa [...] tenendo in fondamentale considerazione la tutela della vita e della salute del feto e del neonato». Attribuire la preminenza alla salute del nato sembra conferire l'ultima parola al medico, quale soggetto in condizione di

7. *Diritto a non nascere se non sano e profili risarcitori*

I profili risarcitori del danno da procreazione sono già stati analizzati nella seconda sezione del presente lavoro³⁵⁵. In questa sede ci si limiterà ad illustrare la problematica dal punto di vista della tutela del nascituro (c.d. danno da *wrongful life*)³⁵⁶ e limitatamente ai profili che riguardano esclusivamente lo stesso.

La questione del diritto a non nascere se non sano riguarda la possibilità di prevedere un risarcimento in capo al figlio per il fatto di essere nato con una disabilità, sebbene, ove fosse stata correttamente e tempestivamente informata sulle anomalie fetali, la madre avrebbe preferito abortire. Poiché il risarcimento del danno postula la lesione di un diritto soggettivo, si è ipotizzato che tale diritto fosse quello ad essere sani, inaugurando così la problematica del diritto a non nascere se non sano.

Dottrina e giurisprudenza si sono addentrate approfonditamente nella tematica, giungendo a diverse conclusioni.

La dottrina maggioritaria ha sempre propeso per l'esclusione della risarcibilità del danno da violazione del diritto in esame, in quanto detto diritto non sarebbe configurabile³⁵⁷. Ciò per varie ragioni. Innanzitutto, tale diritto si scontrerebbe, come tutti i diritti del nascituro, con l'art. 1 c.c., e pertanto sarebbe un diritto adespota. Tuttavia, ove si subordinasse l'insorgenza del diritto e la risarcibilità del danno per la sua violazione al fatto della nascita, si perverrebbe alla singolare conclusione che tale diritto sussisterebbe e potrebbe avere un titolare solo se viene violato. Viceversa, laddove il sanitario informi correttamente la gestante e questa abortisca con successo, il diritto a non nascere se non sano perderebbe di senso, non potendo avere un titolare. Ancora, si è rilevato che questo diritto presupporrebbe una tutela della morte, laddove il nostro ordinamento tutela solamente la vita; in ogni caso, la nascita non potrebbe mai essere assunta come condizione peggiore, e quindi come danno, rispetto all'alternativa del non nascere. Infine, si è detto che questo diritto sottintende una *ratio* eugenetica, laddove implica che solo il nato con disabilità possa dolersi della vita. In tal modo aprirebbe la via a un diritto del nascituro all'aborto e ad eventuali responsabilità della madre, la quale, per non aver abortito nella consapevolezza delle malattie fetali, potrebbe trovarsi esposta a rispondere dei danni nei confronti del figlio, per violazione del diritto a non nascere se non sano. Infatti, se si assume che la nascita con disabilità è un danno che deve evitarsi, ove prevedibile, con diagnosi prenatale e aborto, si

comprendere al meglio queste circostanze. Secondo la scrivente è una scelta condivisibile, sebbene sarebbe preferibile la formazione di linee guida internazionali sul punto. Si tenga conto, in ogni caso, che una donna che ha portato avanti la gravidanza per vari mesi difficilmente chiederà di non tentare di salvare il nato senza valide ragioni.

³⁵⁵ Paragrafo 7, Cap. III.

³⁵⁶ Definito come «Il danno [...] fatto valere dal minore per il fatto di dover vivere in condizioni svantaggiate»; per approfondimenti si veda M. POLI, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana*, in *Biola Journal*, 3/2018, p. 33 ss.

³⁵⁷ Per approfondimenti sulle varie teorie e argomentazioni si veda A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 126 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 583 ss.

pone l'ulteriore questione del legittimato passivo, che potrebbe individuarsi nel medico, nella gestante o nella coppia.

Illustrato il punto di vista della dottrina, è opportuno analizzare i profili concreti della fattispecie che legittima l'azione di risarcimento in esame.

Il contratto di ospitalità e assistenza al parto è un contratto con effetti protettivi a favore di terzi; il medico assume, pertanto, degli obblighi nei confronti della coppia, ma anche nei confronti del nascituro. Nel corso dello svolgimento dell'incarico si possono verificare principalmente due tipi di inadempimento capaci di ripercuotersi sulla salute del nato: nel caso di negligente somministrazione di farmaci teratogeni o omessa diagnosi di una malattia fetale curabile durante la gravidanza, il danno si ripercuote su tutti e tre i soggetti coinvolti nel contratto. La giurisprudenza riconosce unanimemente il danno anche al nascituro, essendo la disabilità direttamente derivata da un'azione o omissione del medico³⁵⁸.

Nel caso di omessa o incorretta diagnosi che impedisca alla gestante di effettuare l'aborto terapeutico, viceversa, nessun danno subirebbe il nascituro: anzi, "grazie" a questo errore egli nasce e acquisisce, dunque, una condizione necessariamente migliore del non nascere. D'altronde non potrebbe essere imputata al medico una condizione di disabilità che lo stesso poteva solo diagnosticare, ma non curare o prevenire. La malattia deve quindi essere considerata «alla stregua di una umana "disgrazia", e perciò fuori dal raggio d'azione del diritto»³⁵⁹.

La giurisprudenza, dopo un orientamento favorevole al risarcimento del danno in capo al nato anche in caso di nascita con disabilità non imputabile al medico, si è consolidata nel senso opposto. L'indirizzo favorevole al riconoscimento di un risarcimento per il nato si fondava principalmente sulla considerazione che, benché dovesse escludersi un danno per lesione del diritto a non nascere se non sano, fosse invece possibile individuare un danno nella circostanza che il nato venisse inserito in un ambiente familiare impreparato ad accoglierlo, e molto spesso dovesse subire la condizione di figlio indesiderato; situazioni, queste, tutte causalmente imputabili all'omissione del medico³⁶⁰.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno poi avallato la tesi opposta³⁶¹: l'omessa diagnosi della patologia fetale, ove si provi che abbia impedito alla donna di effettuare l'aborto terapeutico, è causa di un danno che si ripercuote solo sulla stessa, precisamente sulla sua autodeterminazione, impedendole di esercitare un consenso informato, e sulla sua salute. Questo danno si estende anche al marito della donna e ai familiari stretti, come fratelli e sorelle del nascituro. Non può, però, estendersi al nato, perché la condizione di disabilità che lo colpisce non era evitabile dal medico -la cui condotta non sarebbe quindi causale rispetto al fatto- e perché nel nostro ordinamento non è tutelabile un diritto alla non-

³⁵⁸ Si veda tra le altre Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

³⁵⁹ M. FOGLIA, *La lesione dell'interesse a non nascere del concepito*, cit., p. 436 ss.

³⁶⁰ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

³⁶¹ SS. UU. 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

vita. Un ipotetico diritto a non nascere se non sano, inoltre, secondo le Sezioni Unite, sarebbe invocabile dal nato anche nei confronti della madre che decida consapevolmente di non abortire il feto malato, presupponendo un obbligo di aborto terapeutico escluso dal nostro ordinamento. Inoltre, laddove venisse riconosciuto, il risarcimento del diritto a non nascere se non sano si concretizzerebbe nel rimborso delle cure necessarie per far fronte alle esigenze del disabile, così conferendo al risarcimento stesso un'impropria funzione suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale che le Sezioni Unite condannano e scongiurano, attenendosi alla funzione di ristoro del danno ingiusto.

La Corte E.D.U. è stata chiamata a giudicare sulla questione a seguito di due ricorsi avviati da dei cittadini francesi dopo l'emanazione della legge cosiddetta *anti-Perruche*, che disponeva che il nato non potesse vantare nessun risarcimento per il solo fatto della nascita³⁶². La pronuncia, però, non entra nel merito della configurabilità o della possibilità di escludere il diritto del nato al risarcimento, ma si esprime semplicemente sulla retroattività della legge francese, concludendo che lo Stato non ha ecceduto il margine di apprezzamento sulla materia³⁶³.

La tesi attualmente sostenuta dalle Sezioni Unite appare maggiormente condivisibile³⁶⁴.

A un primo approccio potrebbe sembrare che le obiezioni mosse alla configurabilità del diritto a non nascere se non sano non ostino alla risarcibilità, in favore del nato, del danno patito per l'inserimento in un ambiente familiare non preparato alla sua nascita e per la sofferenza legata alla condizione di figlio indesiderato. Tuttavia, in concreto, l'azione di risarcimento per questo danno incontrerebbe molti ostacoli. Innanzitutto, bisognerebbe provare, come per ogni danno non patrimoniale, le sofferenze psichiche patite dal minore. Poiché è verosimile che la famiglia, con adeguato sostegno psicologico (che viene già ricompreso nel risarcimento del danno ai genitori e ai fratelli del nato) metabolizzi il prima possibile il trauma, sembra difficile ipotizzare che un perito possa certificare i danni morali subiti da un neonato. Viceversa, seppure un perito riuscisse a certificare che il minore abbia subito o subisca un danno morale per la mancata accettazione delle sue anomalie nell'ambiente familiare in cui è inserito e, conseguentemente, per la sua condizione di "figlio indesiderato", bisognerebbe pur sempre provare il nesso di causalità di questo danno con il comportamento del medico.

Bisogna a questo punto considerare diversi fattori. In primo luogo, l'anomalia non è causata dal

³⁶² Corte E.D.U., Grande Camera, *Maurice e Draon c. France* 6 ottobre 2005, in *echr.coe.int*.

³⁶³ Sulla vicenda si veda S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, p. 156 ss. La vicenda può riassumersi nei seguenti termini. Con sentenza del 17 novembre 2000, la *Cour de Cassation* aveva riconosciuto, nel noto *affaire Perruche*, il diritto al risarcimento per il soggetto nato con disabilità per errore dei medici nella diagnosi prenatale. A seguito delle diffuse manifestazioni di dissenso da parte dei sanitari e delle assicurazioni della categoria, nel 2002 la *loi Kouchner* esclude, con efficacia retroattiva, ogni possibilità di risarcimento del danno al nato per il solo fatto della nascita, lasciando spazio al solo risarcimento del danno morale in determinate circostanze. Detta legge verrà seguita da una giurisprudenza che si pose in aperta contraddizione col dettato normativo, volta, in particolare, a contrastare la sua retroattività e riaffermare i principi della giurisprudenza *Perruche*.

³⁶⁴ In tal senso anche B. SGORBATI, *Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri. Tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato*, in *Biomed journal*, 3/2018, p. 49 ss., la quale sottolinea che questa impostazione è accolta dalla maggior parte dei Paesi esteri, sia di common law che di civil law.

medico, né era ed è dallo stesso curabile; ancora, l'omessa diagnosi delle anomalie ha causato un danno alle parti contrattuali, ossia alla madre *in primis*, estendibile anche al resto della famiglia, e in questo danno è compreso anche il danno non patrimoniale da violazione del consenso informato e conseguente impreparazione nell'affrontare l'accudimento di un figlio malato. Tutto ciò premesso, sembra allora che non possa ricollegarsi al medico la causa del danno patito dal figlio minore per la propria condizione di figlio indesiderato, essendo detta circostanza riconducibile piuttosto all'accidente della malformazione e all'incapacità dei genitori di superare il trauma mediante l'ausilio dell'assistenza psicologica che pure viene risarcita nell'ambito del danno morale da violazione del consenso informato.

Inoltre, se si volesse ammettere il risarcimento del nato nei confronti del medico o dell'ospedale per il patimento della condizione di figlio indesiderato, detto risarcimento, essendo causalmente legato alla nascita, ricadrebbe comunque nella contraddizione per cui dalla nascita può derivare un danno. Presupporrebbe, inoltre, un diritto che, per non essere violato, implicherebbe la non-nascita.

SEZIONE QUARTA: OBIEZIONE DI COSCIENZA

SEZIONE QUARTA: Obiezione di coscienza: 1. Definizione dell'istituto e brevi cenni storici: l. 772/1972 - 2. Fondamento costituzionale: la libertà di coscienza - 3. Obiezione di coscienza nel panorama europeo e internazionale - 4. Obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano: la necessità di *interpositio legislatoris*, i limiti costituzionalmente necessari e quelli rimessi alla discrezionalità del legislatore - 5. (Segue) Le obiezioni di coscienza riconosciute nel nostro ordinamento e il filo conduttore tra le prestazioni esentabili: la violenza contro esseri viventi - 6. Obiezione di coscienza e procreazione assistita: art 16 l. 40/2004 - 7. Obiezione di farmacisti e medici alla vendita e prescrizione della pillola del giorno dopo - 8. Obiezione di coscienza e eutanasia.

In questa sezione vedremo come l'obiezione di coscienza, implicando la possibilità di esentarsi da un obbligo di fare disposto per legge, non possa fondare il suo automatico riconoscimento nella libertà di coscienza. Il diritto di obiezione richiede, anzi, l'indispensabile intervento del legislatore, che è costituzionalmente obbligato, qualora decida di prevederlo, ad apporvi dei limiti per non ledere il nucleo essenziale degli articoli 2, 3 e 54 Cost. e dell'interesse costituzionale posto a tutela della prestazione controversa. Un'obiezione *sine limites* sarebbe incostituzionale in quanto lederebbe la garanzia di attuazione della legge. È invece rimessa alla discrezionalità del legislatore l'individuazione, in concreto, dei limiti e delle procedure per l'attuazione del diritto di obiezione, con l'ulteriore obbligo costituzionale di non introdurre elementi irragionevolmente punitivi per gli obiettori che violino tali procedure. A livello internazionale, gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento sulla previsione o meno del diritto di obiezione di coscienza; pertanto, non si rinvia nessun obbligo di prevederlo. Ciononostante, l'indirizzo del nostro legislatore dagli anni Settanta sembra essere quello di prevedere l'obiezione ove l'obbligo -anche volontariamente assunto dal soggetto a seguito della libera scelta di una professione- implichi l'uso di violenza nei confronti di un essere vivente.

1. Definizione dell'istituto e brevi cenni storici: l. 772/1972

La prima forma di obiezione è stata introdotta dalla legge 15 dicembre 1972, n. 772, la quale si inserisce nella corrente, già diffusa a livello europeo, volta a conferire rilievo giuridico al rifiuto opposto all'obbligo di prestare servizio militare, motivato dal contrasto con la propria coscienza³⁶⁵. È sulla base di questa prima previsione che si sono sviluppate le tradizionali teorie sull'obiezione, che costituiscono il sostrato di quelle attuali. La questione dell'obiezione al servizio militare si poneva, però, in maniera diversa rispetto alle ipotesi che sarebbero state successivamente affrontate.

³⁶⁵ Basti notare che l'obiezione alla leva obbligatoria è stata riconosciuta nel 1963 in Francia, 1964 in Belgio, 1976 in Spagna e 1997 in Grecia; per approfondimenti si veda G. BOGNETTI, *Obiezione di coscienza, III, Profili comparatistici*, in Enc. Giur., XXI/1990, Roma.

Il testo unico n. 2532 del 1875 disciplinava il servizio militare, rendendolo obbligatorio per tutti i cittadini italiani di sesso maschile. Oltre 70 anni dopo, l'importanza del servizio è stata confermata con l'inserimento dell'art. 52 nella Costituzione. La durata del servizio è stata modificata nel corso degli anni, ma i destinatari della norma son rimasti pressoché invariati: tutti i cittadini italiani maggiorenni di sesso maschile, salvo due ipotesi³⁶⁶.

L'obiezione di coscienza era quindi l'unica alternativa per esentarsi da un obbligo ineluttabile, che incombeva sul soggetto involontariamente, per il solo fatto di essere un uomo nato sul suolo italiano e di non trovarsi nelle condizioni fisiche richieste dall'esonero o nelle condizioni personali che giustificavano la dispensa³⁶⁷.

Contrariamente a quanto si possa pensare, i primi obiettori al servizio militare non furono legati alla religione cattolica, la cui posizione ufficiale era, anzi, contraria all'esenzione dal servizio militare³⁶⁸, bensì al movimento cristiano dei Testimoni di Geova³⁶⁹.

In ogni caso, è innegabile che siano proprio le ragioni legate alla religione ad essere privilegiate nel riconoscimento legislativo dell'obiezione. È invece auspicabile che uno Stato laico contrasti una simile tendenza, che sostanzialmente consentirebbe che le pressioni di un gruppo religioso, per quanto cospicuo, si ripercuotano sul trattamento legislativo, finanche derogando al principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge³⁷⁰.

L'obiezione di coscienza³⁷¹ è definibile come quell'atteggiamento di chi, di fronte ad una norma

³⁶⁶ Erano esonerati dall'obbligo coloro che potessero beneficiare di uno dei due istituti seguenti: la riforma, riconosciuta ai portatori di handicap fisico o intellettuale o ai soggetti di statura inferiore a 1 metro e 54 cm; la dispensa, prevista per una serie di situazioni contingenti (es. l'essere celibe con prole e, dopo l'introduzione del d.lgs. 504/1997, anche l'essere studenti universitari), subordinata al perdurare delle stesse. Per approfondimenti si veda *Atti del Parlamento subalpino del 1853-54* (a cura della tipografia E. Botta), p. 67-8, analizzano la formazione degli articoli della legge La Marmora, che sarà poi estesa all'Italia unita.

³⁶⁷ La circostanza dell'ineluttabilità dell'obbligo, che non sia in alcun modo connesso alla volontà dell'obbligato, è particolarmente significativa. La stessa Corte costituzionale differenziò l'ipotesi del giuramento del testimone, cui erano tenuti tutti i cittadini, da quella del giuramento che prestavano volontariamente coloro che ambivano a ricoprire determinati incarichi istituzionali; si veda *infra*, nota 382.

³⁶⁸ Disse Papa Pio XII: «un cittadino cattolico non può appellarsi alla propria coscienza per rifiutare di prestare i servizi e adempiere i doveri fissati dalla legge», citazione riportata in R. BERTOLINO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 6.

³⁶⁹ Lo rileva R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, cit., p. 34-5. C. S. SALVEMINI, *L'obiezione di coscienza sull'aborto e sul servizio militare: un caso di strabismo legislativo*, in V. TOZZI (a cura di), *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico: atti del Convegno svoltosi a Sorrento dal 27 al 29 aprile 1989*, Salerno, 1990, p. 547, sostiene che il trattamento privilegiato per la religione cristiana sarebbe la causa delle difficoltà riscontrate nel riconoscimento dell'obiezione al servizio militare, che si riconduce appunto ai Testimoni di Geova, difficoltà che, invece, non avrebbe incontrato il riconoscimento dell'obiezione all'aborto.

³⁷⁰ Soprattutto è doveroso che lo Stato, coerentemente col principio di laicità che dichiara, non privilegi un determinato credo religioso, sovra-tutelando le istanze del medesimo a discapito degli altri movimenti religiosi, se non addirittura di tutti i cittadini. Vede un limite all'obiezione di coscienza nell'uguaglianza, vietando il privilegio di determinate religioni, F.C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. Dir.*, XXIX/1979, Milano, p. 539 ss. Giustifica la sovra-tutela dell'obiezione religiosa con il pericolo di frammentazione per la tutela di ogni istanza personale R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, cit., p. 35. Chiarissima la posizione del Salvemini, che dichiara come, di fronte alle pressanti istanze religiose, lo Stato laico possa assumere solo due atteggiamenti: «abdicare all'esercizio della sovranità, oppure denunciare unilateralmente il concordato, attuando il principio separatista sancito dall'articolo 7 della Costituzione» in C. S. SALVEMINI, *L'obiezione di coscienza sull'aborto e sul servizio militare: un caso di strabismo legislativo*, cit., p. 542.

³⁷¹ Occorre premettere che il termine “coscienza” ai fini della presente trattazione deve intendersi come concezione generale

dell'ordinamento giuridico vigente che contrasta con i principi fondamentali delle proprie convinzioni etiche, si rifiuta di rispettarla, omettendo di eseguire il *facere* che essa impone e assumendo a motivo pubblicamente dichiarato il contrasto con le suddette concezioni interiori.

Sono molte le caratteristiche della fattispecie che emergono da questa breve definizione.

Innanzitutto, la personalità e individualità³⁷² dell'obiezione: la dichiarazione dell'obiettore è un atto personalissimo. In quanto tale, non si può effettuare per mezzo di un rappresentante e ha effetti solamente per colui che la invoca: pertanto, i genitori non possono sollevare obiezione di coscienza per i figli³⁷³.

La personalità della dichiarazione si riflette sugli effetti della stessa: la dottrina sottolinea come le ripercussioni dannose dell'omissione della prestazione debbano ricadere, in linea di principio, solamente sull'obiettore, il quale si ritroverebbe altrimenti a godere di un beneficio per la prestazione non eseguita³⁷⁴.

Quanto all'individualità, è il caso di specificare che spetta a ciascun individuo appellarsi alla propria coscienza e decidere se sollevare obiezione: sarebbe pertanto illegittima una legge che riconoscesse un'obiezione "di categoria", che valga, ad esempio, per tutti i cristiani per il solo fatto di essere battezzati³⁷⁵.

Altra caratteristica riguarda la natura assiologica dei motivi addotti, i quali non possono esaurirsi in una mera approvazione o negazione del contenuto di una norma giuridica, ma devono attenersi alle più intime, irrinunciabili e profonde convinzioni su temi di una certa rilevanza, tali da poter verosimilmente scatenare un conflitto altrimenti insanabile nel foro interno del soggetto³⁷⁶: tali sono, *in primis*, i temi della vita e della religione. Tuttavia, si è sostenuto in dottrina che non possono esaurirsi in questi³⁷⁷.

sui più profondi convincimenti dell'individuo. Non, invece, come mera «facoltà di giudizio pratico con cui una persona dichiara che questo è bene e quello è male», come assume R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza moderna: per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994, p. 48.

³⁷² Si veda R. BERTOLINO, *Obiezione di coscienza*, I, *Profili teorici* in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X/1995, Torino, p. 250.

³⁷³ La problematica si è posta soprattutto in contesti sanitari. Il riferimento è a Corte d'Assise d'Appello di Cagliari, 13 dicembre 1982, in *Giur. It.*, 1983, II, p. 364 ss.; la Corte condannò per omicidio colposo due coniugi, testimoni di Geova, che elusero l'ordine del Tribunale per i minorenni di sottoporre la figlia a periodiche trasfusioni; nessuna attenuante fu concessa per l'obiezione sollevata.

³⁷⁴ Così V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli, 2009, p. 72; R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, 1995, p. 141;

³⁷⁵ È in ossequio a questo principio che la l. 101/1989 riconosce agli ebrei, tra gli altri, il «diritto di fruire, su loro richiesta del riposo sabbatico come riposo settimanale» (art 4, secondo co.); si veda anche art. 4, comma 4, della stessa legge, che riconosce la possibilità di considerare «giustificate le assenze degli alunni ebrei dalla scuola nel giorno di sabato su richiesta dei genitori o dell'alunno se maggiorenne».

³⁷⁶ Viceversa, non vi sarebbe norma che sfugga a una valutazione coscienziale, come rileva G. LO CASTRO, *Legge e coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989, II, p. 19. Si veda anche Corte cost., 3 dicembre 1993, n. 422, in *Giur. It.*, 1994, I, p. 169 ss.: «I motivi di coscienza [...] non coincidono con qualsiasi imperativo morale, ma riguardano [...] i comandi del foro interno riconducibili a concezioni generali» ad es. la concezione della vita, basata su profondi convincimenti religiosi, filosofici o morali professati dal soggetto. Si veda anche Corte E.D.U., *Campbell e Cosans contro UK*, 25 febbraio 1982, in *Foro It.*, 1983, IV, p. 117ss., che afferma che gli imperativi su cui si basa l'obiezione devono essere connotati da un «certo grado di forza, serietà, coerenza ed importanza».

³⁷⁷ R. BERTOLINO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 5; l'A. sostiene che solo una legge che genericamente riconosca il diritto di obiezione sarebbe espressione della libertà di coscienza; diversamente sarebbe espressione, «al più, della libertà religiosa, di pensiero, ecc.»

Proprio per la sua natura prettamente interiore, questo fondamentale carattere dell'obiezione sfugge, di fatto, ad ogni possibilità di verifica e di controllo esterno, il che rappresenta una delle maggiori problematiche storicamente affrontate, anche dal legislatore, in sede di riconoscimento del diritto di obiezione³⁷⁸.

Caratteristica principale dell'obiezione di coscienza è quindi il dualismo tra ordinamento e convinzioni dell'individuo: ciò che per la norma è obbligatorio, dev'essere assolutamente vietato per il proprio ordinamento morale.

In quanto dipendente dai moti della coscienza, l'obiezione ha natura dinamico-evolutiva³⁷⁹, essendo l'uomo continuamente sottoposto a nuove pulsioni e stimoli capaci di mutare le sue convinzioni interne: pertanto può essere, almeno nel foro interno, sollevata e revocata in ogni momento.

Ancora, è necessaria caratteristica dell'obiezione la pubblicità della dichiarazione³⁸⁰. L'obiettore, infatti, non mira solo ad esimersi dal dovere di adempiere alla norma: il conflitto dentro di sé è tale da imporgli anche di denunciare la professata iniquità dell'imperativo positivo, nella speranza di persuadere il legislatore ad espungere le norme ingiuste dall'ordinamento o a riconoscere la possibilità di esimersi dall'obbligo. Tale pubblica manifestazione potrebbe assimilare l'obiettore al rivoltoso³⁸¹, senonché il primo manifesta le proprie convinzioni pacificamente e tale dissenso non riguarda l'intero ordinamento, ma una specifica norma. L'obiezione, infatti, deve necessariamente essere circoscritta e atteggiarsi come eccezione rispetto all'intero impianto normativo. La totale insofferenza verso l'ordinamento porrebbe l'obiettore in una posizione irrimediabilmente inconciliabile con lo stesso: verrebbe allora allontanato dalla società, oppure, se l'obiezione fosse condivisa dalla maggior parte dei membri della comunità, sarebbe la società stessa a dover mutare.

Si ricollega a tale carattere eccezionale la presenza di necessari limiti dell'obiezione, giacché la stessa implica un conflitto con valori di primaria importanza, quali l'eguaglianza, la solidarietà tra consociati, la certezza del diritto; non c'è dottrina, neppure minoritaria, che ammetta un'obiezione *sine limites*.

Altro elemento essenziale della struttura dell'obiezione è la sua afferenza alle sole prestazioni obbligatorie³⁸². Specificamente, la prestazione obbligatoria deve consistere in un *facere*, tale da poter connotare il rifiuto come astensione o omissione dell'obbligo imposto, mai quale azione in contrasto

³⁷⁸ Sottolinea l'estrema difficoltà o umana impossibilità di accertare la sincerità dei motivi A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992, p. 35.

³⁷⁹ A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., p. 257

³⁸⁰ In questo senso: A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., p. 250; R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza moderna: per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, cit., p. 28, che sottolinea il fine di successivo cambiamento dell'ordinamento.

³⁸¹ Lo rilevano V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 18, e R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza moderna: per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, cit., p. 39 ss.

³⁸² Cfr. Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in *Foro It.*, 1981, I, p. 625 ss., che, nell'affrontare la questione dell'obiezione al giuramento, specifica che «rimangono al di fuori del presente giudizio [...] le formule dei giuramenti che, non costituendo atti da qualificare obbligatori, rappresentano piuttosto *condiciones iuris* per l'assunzione di pubblici uffici».

con un divieto³⁸³; in assenza di una prestazione obbligatoria, mancherebbe proprio quel peculiare contrasto con l'ordinamento che rappresenta la caratteristica principale della fattispecie.

Infine, è controverso se sia presupposto necessario dell'obiezione di coscienza la sussistenza di una prestazione sostitutiva di quella omessa, tale da assicurare un adempimento dell'obietto ai doveri di solidarietà dell'ordinamento, così da scongiurare il rischio che l'obiezione diventi un privilegio e una scelta di comodo³⁸⁴. Attualmente il nostro ordinamento, nel disciplinare l'obiezione, non prevede necessariamente una prestazione sostitutiva, la quale si atteggia, invece, come una circostanza discrezionalmente prevista dal legislatore.

2. Fondamento costituzionale: la libertà di coscienza

L'obiezione di coscienza è un istituto recente, estraneo alla Carta costituzionale e, in generale, al clima socio-politico della prima metà del Novecento³⁸⁵; la sua tutela richiede una particolare sensibilità verso i diritti fondamentali della persona che si svilupperà solo più tardi. Era invece già nota la libertà di coscienza, che è cosa diversa dall'obiezione di coscienza: l'obiezione è espressione della libertà di coscienza, la quale ultima fonda non la diretta possibilità di esercitare obiezione, bensì l'esigenza di una legge che ne regoli l'esercizio³⁸⁶.

La libertà di coscienza è intrinsecamente legata alla libertà di culto.

Il 18 dicembre 1946, il deputato Mario Cevolotto, durante i lavori preparatori dell'Assemblea costituente, apre la discussione sull'introduzione di un articolo che garantisca la libertà di coscienza³⁸⁷.

³⁸³ In tal senso A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., p. 251, sottolinea come l'impossibilità di configurare una obiezione positiva si ricolleggi alla difficoltà di legittimare l'obiezione c.d. fiscale.

³⁸⁴ In senso contrario B. RANDAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 3870, che configura l'obiezione come «semplice esenzione dall'obbligo imposto, ovvero come ammissione alla prestazione ad esso alternativa eventualmente prevista dalla legge». In senso affermativo si veda A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., pp. 252-3; V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 52 ss. L'assenza di prestazione alternativa integrerebbe la diversa fattispecie della "ragione di coscienza" secondo G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione di coscienza?* in B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Milano, 1992, p. 287. La questione si lega al problema della convertibilità giuridica dei pubblici doveri. Per un'approfondita analisi del rapporto tra doveri costituzionali e libertà di coscienza si veda F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014, p. 169 ss.

³⁸⁵ Il termine "obietto di coscienza", recepito dall'inglese *conscientious objector*, compariva nel linguaggio italiano nella prima metà del Novecento, ma non era assolutamente una parola di uso comune, tant'è che i pur ridotti casi accertati di rifiuto del servizio militare durante la Prima guerra mondiale non risultano proclamarsi né essere proclamati obiettori. Tra i primi ad utilizzare il termine vi è il sacerdote e scrittore Primo Mazzolari, in una lettera del 1941 (si veda P. MAZZOLARI, *La chiesa, il fascismo e la guerra*, Firenze, 1966, p. 75). Si ricordi che obietto non è chi semplicemente si sottrae a un obbligo o viola un imperativo giuridico, ma è colui il cui contrasto tra l'obbligo e i propri principi è talmente forte da sfociare in una pubblica denuncia dell'ingiustizia della norma disattesa, nella speranza che il legislatore la modifichi. Dette ambizioni erano forse ancora immature e impensabili prima del secondo dopoguerra. Fu Pietro Pinna, nel 1948, il primo obietto al servizio militare dichiaratosi ufficialmente tale. Per approfondimenti si veda M. LABBATE, *Un'altra patria. L'obiezione di coscienza nell'Italia repubblicana*, Pisa, 2020, p. 21 ss.

³⁸⁶ Si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 369 ss. L'A. aggiunge che mentre la libertà di coscienza ha tutela costituzionale, è dubbia la natura di diritto fondamentale dell'obiezione.

³⁸⁷ Cita l'episodio A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., p. 6

Tale libertà viene concepita in senso religioso, tant'è che lo stesso articolo, secondo il progetto originario, dovrebbe essere incluso tra le libertà religiose; il Cevolotto la descrive come il mezzo per «considerare i diritti di tutti i culti e di tutte le fedi, qualunque essi siano [...] professati anche da pochissimi cittadini»³⁸⁸.

L'Assemblea costituente non ha approvato l'inserimento del suddetto articolo³⁸⁹; risulta dunque totalmente assente nella Costituzione italiana ogni riferimento alla libertà di coscienza. Tuttavia, lo stesso Cevolotto dichiarò che tale libertà poteva considerarsi implicitamente compresa nell'art. 19 Cost. sulla libertà di culto.

La Corte costituzionale inizia ad operare nel 1956; non passerà molto tempo prima che si trovi di fronte alla questione della possibilità di riconoscere, sebbene implicitamente, la libertà di coscienza nella Carta costituzionale.

La prima sentenza in merito risale al 1960 e riguarda l'obiezione al giuramento da parte dell'ateo³⁹⁰. Il giudice *a quo* assume che la formulazione del giuramento, comportando un impegno nei confronti di Dio, violi l'articolo 21, comma 1, Cost.; la Corte dichiara infondata la questione, affermando in un *obiter dictum* che «la libertà religiosa, pur costituendo l'aspetto principale della più estesa libertà di coscienza, non esaurisce tutte le manifestazioni della libertà di pensiero». La questione viene successivamente riproposta; questa volta, il giudice *a quo* ipotizza che la libertà di coscienza si fondi negli articoli 8 e 19 della Costituzione. La Corte dichiara la questione manifestamente infondata, ma segnala «come inesattamente sia stato richiamato l'art. 8 della Costituzione, poiché questo in nessun modo può essere messo in relazione con la pretesa del singolo rivolta al riconoscimento del diritto della propria libertà di coscienza»³⁹¹.

Nei primi anni Settanta viene pubblicata la legge 772/1972 sull'obiezione di coscienza al servizio militare³⁹².

Il dibattito sull'obiezione di coscienza si placa, almeno nelle aule della Consulta, sino alla celebre sentenza 117 del 1979, che interviene sulla formula del giuramento grazie a una pronuncia manipolativa e afferma, per la prima volta, che la libertà di coscienza si fonda negli artt. 19 e 21 Cost. Nel dispositivo del provvedimento, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 251 c.p. nella parte in cui non contiene l'inciso «se credente» si sottolinea come detta libertà sia intrinsecamente legata alla libertà di culto; secondo la Corte, gli artt. 19 e 21 Cost. «tutelano innanzitutto l'opinione religiosa»³⁹³ e la stessa

³⁸⁸ Relazione del deputato M. Cevolotto sui rapporti tra Stato e Chiesa, in *nascitacostituzione.it* a cura di F. Calzaretti.

³⁸⁹ È stata altresì respinta la proposta di emendamento all'art. 52 di Caporali, volta ad inserire l'esenzione dall'obbligo di servizio militare per coloro che lo rifiutassero per ragioni di coscienza o filosofiche.

³⁹⁰ Corte cost., 13 luglio 1960, n. 58, in *giuricost.org*. Si noti che il riconoscimento legale dell'obiezione al servizio militare non verrà preceduta da nessuna sentenza della Corte costituzionale. Per la cronologia e l'analisi delle sentenze della Corte costituzionale che hanno preceduto le modifiche alle norme sul giuramento si veda F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 92 ss.

³⁹¹ Corte cost., ord., 29 marzo 1961, n. 15, in *giuricost.org*. Si ricordi che l'art. 8 Cost. dichiara il principio di uguaglianza delle confessioni religiose.

³⁹² L. 15 dicembre 1972, n. 772, Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza.

³⁹³ Punto 3 del Considerato in diritto di Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 117, cit.

declaratoria di illegittimità si giustifica, in particolare, con il contrasto con l'art. 19 Cost.

Questa sentenza viene resa a distanza di poco tempo dalla pubblicazione della l. 194/1978, che consacra il diritto all'obiezione di coscienza del medico all'interruzione volontaria di gravidanza. È proprio detta legge che dà l'occasione, al giudice costituzionale, di introdurre la tesi che fonda il diritto di obiezione nel combinato disposto degli artt. 2, 19 e 21 Cost., consacrando altresì la libertà di coscienza come un bene protetto in assoluto³⁹⁴.

Molti anni dopo, con la sentenza 467/1991, la Consulta interviene a precisare alcuni punti fermi della questione, a partire dalla nozione stessa di coscienza, definita come ciò che opera prima dell'azione, costituendone il movente, e che si pone, pertanto, in un momento antecedente a quello che generalmente rileva per il diritto. Il fondamento della libertà di coscienza viene collocato, *in primis*, nell'art. 2 Cost., articolo garante delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo, ma solo nella misura in cui la coscienza operi come «principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali»³⁹⁵. Secondo la Corte, cioè, quando la libertà di coscienza sia necessaria alla «garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti [...] o della propria fede religiosa [...] esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti»³⁹⁶.

Pertanto, la tutela della coscienza si basa in primo luogo sull'art. 2 Cost.; è poi necessario interpretare detto articolo in combinato disposto con l'art. 21 Cost., che si riferisce alla generalità dei convincimenti morali. Solo ove si tratti di morale religiosa, la libertà di coscienza si fonderà anche nell'art. 19³⁹⁷.

La tutela della libertà di coscienza si attua, quindi, per mezzo dell'ampliamento del nucleo essenziale dei diritti ex artt. 19 e 21 Cost.³⁹⁸, che ricomprenderanno non più solo il moto esteriore, ossia l'unico di cui normalmente si interessa il diritto, bensì anche il moto interiore che determini l'esercizio di quelle libertà fondamentali³⁹⁹.

³⁹⁴ Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196, in *Foro It.*, 1988, I, p. 758 ss. La Consulta accoglie l'impostazione del giudice a quo, che sostiene la violazione degli artt. 2, 19 e 21 Cost., specificando che «gli invocati parametri indubbiamente rivestono in fattispecie una connotazione unitaria, poiché se i principi di cui all'art. 2 assumono a valore primario i diritti inviolabili dell'uomo, le garanzie di libertà della coscienza religiosa [...] e di altrettanta libertà della manifestazione del pensiero [...] restano avvinti da una complementarità d'intenti» (punto 3 in Considerato in diritto).

³⁹⁵ Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, p. 630 ss., punto 4 Considerato in diritto

³⁹⁶ *Ibidem*. Merita sottolineare come impropriamente la Consulta utilizzi, nell'estratto citato, l'inciso «ad esempio», in quanto gli articoli 21 e 19 Cost. sono effettivamente gli unici che possono essere ricollegati a una tutela costituzionale della libertà in oggetto. Infatti, anche a voler ipotizzare che la coscienza operi, in un determinato caso, come «principio creativo» della libertà fondamentale dell'art. 13, in un'ipotetica questione di legittimità costituzionale non si potrà mai lamentare, in tema di lesione della libertà di coscienza, la violazione del solo art. 2 e dell'articolo 13, ma si dovrà invocare necessariamente l'art. 2 in combinato disposto con l'art. 21 ed eventualmente anche con l'art. 19.

³⁹⁷ In questo senso anche V. TURCHI, *Obiezione di coscienza*, in *Dig. Disc. Prin., sez. Civ.*, XII/1995, Torino, p. 531; F. MODUGNO - R. D'ALESSIO, *Tutela costituzionale dei trattamenti sanitari e obiezione di coscienza*, in *Parlamento*, 3-4, 1986, p. 26. Vedono il fondamento solo nell'articolo 2 Cost. F.C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 539 ss.; R. BERTOLINO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 3. Cfr. Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203, in *Guida al Diritto*, 2004, 8, p. 94 ss., che fonda la libertà di coscienza religiosa nel solo art. 19.

³⁹⁸ Sul piano internazionale, concorrono alla tutela della libertà di coscienza l'art. 10 della Carta di Nizza, l'art. 9 CEDU e l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

³⁹⁹ Giacché, secondo la Corte «non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza [...] una correlativa

Ad esempio, il nucleo dell'art. 19 si esaurisce nella professione del proprio culto, quindi un atto individuale (dal rituale al proselitismo), o nel non professare nessun culto. Per mezzo della libertà di coscienza si tutela anche il pensiero che costituisce espressione di tale culto e che dimora nella mente dell'individuo, estendendo la protezione costituzionale nella misura necessaria e funzionale a scongiurare che degli impedimenti ingiustificati ostacolino la libera determinazione della coscienza medesima.

In tal senso si può affermare che, sebbene i fenomeni interiori non rilevino, in sé considerati, per il diritto, non potendo giustificare una sanzione, è invece preoccupazione dell'ordinamento garantire la possibilità dell'individuo di determinare e preservare autonomamente e senza condizionamenti indiretti i suoi più profondi convincimenti morali. In ossequio a tali principi è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 251 c.p.c. relativamente alla formula del giuramento, in quanto generatrice di «conflitti di lealtà tra doveri del cittadino e fedeltà alle proprie convinzioni, così da rappresentare un ingiustificato ostacolo alla piena garanzia del valore costituzionale della libertà di coscienza»⁴⁰⁰.

Quanto esposto pone l'accento su due peculiarità della libertà di coscienza: la natura prettamente interiore dell'oggetto e l'onnicomprensività, ossia la possibilità di coinvolgere potenzialmente ogni libertà fondamentale: ad esempio la libertà personale (art. 13 Cost. con riferimento al servizio militare obbligatorio), la libertà professionale (art. 4 Cost, in relazione alla professione medica), o la libertà di azione politica (artt. 21 e 22 Cost., in relazione all'obiettore fiscale). È pertanto considerato un diritto trasversale rispetto a tutti i diritti e le libertà⁴⁰¹.

3. Obiezione di coscienza nel panorama europeo e internazionale

Come noto, l'Unione Europea nasce per finalità commerciali. Non stupisce, pertanto, che la tutela della coscienza rilevi nell'ordinamento europeo solo indirettamente, per mezzo del rinvio dell'art. 6 T.U.E., primo paragrafo, alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza nel 2000, alla quale attribuisce un valore giuridico pari a quello dei Trattati UE.

Il secondo paragrafo dell'art. 6 T.U.E. prevede l'impegno dell'Unione a aderire alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo; tuttavia, tale proposito non si è ancora concretizzato⁴⁰². Fintanto che non si perfeziona l'adesione dell'Unione alla CEDU, l'efficacia di quest'ultima è mediata: passa, cioè, per il tramite del paragrafo 3 dell'art. 6 T.U.E., ai sensi del quale i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati

protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso, che di quelli costituisce la base spirituale-culturale». Così Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467, cit.

⁴⁰⁰ Corte cost., 5 maggio 1995, n. 149, in *Foro It.*, 1995, I, p. 2042 ss.

⁴⁰¹ In questo senso B. RANDAZZO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 3871.

⁴⁰² Dalle ultime notizie risulta che, a seguito del parere negativo reso dalla CGUE il 18 dicembre 2014 sull'accordo raggiunto, i negoziati siano ripresi a settembre 2020; si veda <https://www.coe.int/it/web/portal/eu-accession-echr-questions-and-answers>

membri⁴⁰³ assurgono a principi generali del diritto europeo⁴⁰⁴.

Tanto premesso, relativamente al rinvio ex art. 6, § 1, T.U.E., la Carta di Nizza riconosce, all'art. 10, che «ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione» e che «il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Tuttavia, si ricordi che detta Carta è efficace solo nell'ambito di attuazione del diritto europeo; pertanto, la sua violazione rileva solo se si verifica ad opera di una norma di diritto europeo o di una norma interna operante nell'ambito di applicazione del diritto europeo⁴⁰⁵. La Carta di Nizza ha quindi scarse ripercussioni sulla costruzione, a livello internazionale, della figura del diritto all'obiezione di coscienza.

Maggiormente importante è l'analisi della tutela che deriva dalla CEDU, la cui efficacia prescinde dal diritto europeo, poiché l'Italia ha aderito direttamente alla Convenzione e fa parte del Consiglio d'Europa.

Si ricordi che le iniziative del Consiglio d'Europa non sono direttamente vincolanti, ma devono essere ratificate; le decisioni della Corte E.D.U., viceversa, hanno duplice efficacia. Diretta, perché obbligano gli Stati che subiscono una condanna alla rimessione in pristino e/o al risarcimento dei danni al ricorrente, pur non essendovi vincoli sulla modalità di perseguimento del risultato, giacché la sentenza che accerta la violazione non annulla l'atto oggetto del ricorso; indiretta, perché mediante la loro efficacia interpretativa *erga omnes* inducono gli altri Stati a adeguarsi e prevenire successive analoghe violazioni⁴⁰⁶.

All'art. 9 la CEDU riconosce la libertà di pensiero e religione; il primo paragrafo è identico all'art. 10.1 della Carta di Nizza. Il secondo paragrafo, però, non menziona il diritto di obiezione e così recita: «la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la

⁴⁰³ Si ricordi che tutti gli stati membri UE fanno già parte della CEDU.

⁴⁰⁴ Una sentenza della Corte costituzionale, Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Corriere Giur.*, 2011, 9, p. 1242 ss., ha chiarito che, poiché l'adesione ex art. 6.2 T.U.E. non è ancora avvenuta, allo stato rientrano nel diritto dell'Unione solo quei diritti della CEDU qualificabili come principi fondamentali; ciò, però, limitatamente alle competenze dell'Unione. Tali principi non possono ritenersi direttamente efficaci negli ambiti di competenza esclusiva dello Stato membro.

⁴⁰⁵ È lo stesso art. 51 della Carta a circoscriverne l'ambito applicativo. Il giudice competente per l'interpretazione della Carta è la CGUE; della questione potrà essere investita la Corte costituzionale solo ove la norma interna violi il diritto europeo non direttamente applicabile. Tuttavia, la Corte costituzionale ha chiarito, con sentenza Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, in *Federalismi.it*, gennaio 2018, che di fronte alla violazione della Carta di Nizza il giudice a quo deve seguire un *iter* differente rispetto alle altre violazioni del diritto europeo. Ciò in ossequio alla peculiare sua caratteristica di ricomprendere in gran parte i diritti tutelati dalla Costituzione, i quali si intersecano e possono venir violati al contempo. Specificamente, in virtù del principio di controllo accentratore di costituzionalità in capo alla Consulta, ove paventi una violazione della Carta di Nizza il giudice è esentato dall'obbligo di effettuare una preliminare verifica di compatibilità tra norma nazionale e la Carta e può sollevare subito la questione di legittimità costituzionale, salva la possibilità di ricorrere comunque alla CGUE per le questioni di interpretazione o invalidità del diritto europeo. Per approfondimenti si veda C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, II, 2018, pp. 377-391.

⁴⁰⁶ Si veda M. CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del Seminario (Ferrara, 9 marzo 2007)*, Torino, 2007, p. 12 ss., che sottolinea l'efficacia della condanna anche verso gli altri Stati aderenti che pure non siano soggetti passivi della sentenza: efficacia, però, meramente persuasiva, non vincolante.

protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui.». Ciò probabilmente perché la CEDU nasce in un contesto storico troppo acerbo. Tuttavia, è importante notare che l'art. 9, § 2, pone una sorta di riserva di legge per i limiti alla libertà di manifestazione del proprio credo, limiti che si possono prevedere solo per ragioni di tutela della pubblica sicurezza, dell'ordine, della salute e della morale pubblica, o dei diritti e libertà altrui.

Nell'analizzare la libertà di coscienza ai sensi dell'art. 9 CEDU, è importante premettere che la Corte ha chiarito che, per avere rilievo giuridico, la coscienza necessita di un «certo grado di forza, serietà, coerenza ed importanza»⁴⁰⁷.

Con la sentenza *Bayatyan contro Armenia*⁴⁰⁸ sull'obiezione di coscienza alla leva militare, la Corte ha chiarito che l'art. 4 della Convenzione⁴⁰⁹, letto in combinato disposto con l'art. 9, non obbliga gli Stati aderenti a riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza per la prestazione in oggetto. Pertanto, la detenzione di un testimone di Geova dovuta al rifiuto di svolgere il servizio militare non viola la Convenzione.

Relativamente al contrasto tra libertà di coscienza e libertà di procreazione, il caso più importante è *Pichon e Sajous contro Francia*⁴¹⁰, avviato su ricorso di due farmacisti, proprietari dell'unica farmacia del piccolo paese di Salleboeuf, i quali si rifiutavano di vendere gli anticoncezionali perché contrario alla loro coscienza.

La Corte E.D.U. ha chiarito la portata dell'articolo 9, affermando che esso «non garantisce sempre il diritto di comportarsi nel dominio pubblico in maniera conforme alla propria convinzione»; la Corte ha rilevato, poi, che i farmacisti «hanno fondato nelle loro credenze religiose il rifiuto della vendita, nel loro locale, di pillole contraccettive». Tuttavia, ha concluso, «stante la legalità della vendita di questi prodotti, che avviene sotto prescrizione medica unicamente presso le farmacie [...] non potevano far prevalere e imporre ad altri le loro convinzioni religiose per giustificare la mancata vendita [...] potendo la manifestazione di dette convinzioni esercitarsi in vari modi fuori dalla sfera professionale»⁴¹¹.

In particolare, nella sentenza sembra leggersi un'implicita condanna del comportamento dei farmacisti, laddove si evidenzia come l'ostruzionismo effettuato da chi è in potere di vendere o non vendere un farmaco equivale ad imporre ad altri le proprie convinzioni, costringendoli ad agire secondo una coscienza che non appartiene loro. Questa logica deve ritenersi estensibile ad ogni professione che abbia il monopolio di una prestazione.

⁴⁰⁷ Corte E.D.U., 25 febbraio 1982, *Campbell e Cosans contro Regno Unito*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1986, p. 502 ss. La pronuncia riguardava, per quanto qui interessa, il ricorso della madre di un adolescente contro l'istituto d'istruzione al quale quest'ultimo era iscritto; l'istituto avrebbe violato la CEDU per aver comminato al minore delle punizioni corporali e delle costrizioni lesive della sua coscienza.

⁴⁰⁸ Corte E.D.U., 26 ottobre 2009, *Bayatyan contro Armenia*, in *olir.it*

⁴⁰⁹ Rubricato "Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato".

⁴¹⁰ Corte E.D.U., 2 ottobre 2001, *Pichon e Sajous contro Francia*, in *olir.it*, analizzata da B. RANDAZZO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 3875 e P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 301.

⁴¹¹ Traduzione personale dall'originale della sentenza francese, reperibile su *hudoc.echr.coe.int*

È opportuno sottolineare che la Corte abbraccia un'interpretazione restrittiva di libertà di coscienza: detta libertà legittima solo le manifestazioni di pensiero e culto enunciate nel primo paragrafo dell'art. 9, ma non può fondare né una diretta azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza (neppure nell'ambito militare) né il diritto di esternare tali convinzioni con atti invasivi della sfera professionale.

Ancora, nel 2013, con la sentenza che ha deciso i ricorsi del caso *Eweida e altri c. Regno Unito* la Corte ha perso l'occasione di prendere una netta posizione sull'obiezione di coscienza alla celebrazione e tenuta dei registri delle unioni omosessuali, e si è attestata su posizioni poco convincenti relativamente al rapporto tra libertà di coscienza religiosa e obblighi del lavoratore⁴¹². Relativamente alla prima questione, la Corte ha affermato che la decisione di licenziare la lavoratrice che rifiuta di celebrare e registrare le unioni omosessuali non viola gli articoli 9 e 14 della Convenzione; tuttavia, ha sottolineato che gli Stati vantano un ampio margine di apprezzamento rispetto all'importanza da conferire ai diritti in gioco, così non escludendo la possibilità di una scelta diversa. Riguardo al secondo punto, per quanto qui interessa⁴¹³, la Corte ha rigettato il ricorso dell'infermiera cristiana che lamentava di non poter indossare una catena con una croce in ospedale, asserendo che la tutela della salute, che presidiava il divieto di indossare gioielli, prevalessa sulla libertà di coscienza religiosa, specificamente sull'estrinsecazione di quest'ultima legata all'abbigliamento. La Corte ha rigettato anche il ricorso del dipendente di un centro per terapie di coppia volto a riconoscergli il diritto di non assistere omosessuali, poiché, ritiene il collegio, è significativo che egli abbia volontariamente scelto tale impiego; la Corte ha aggiunto, però, che sussiste, anche in questo caso, un ampio margine d'apprezzamento statale. Sostanzialmente, la Corte evita di effettuare un bilanciamento tra i diritti in termini generali e, «quasi nascondendosi dietro al margine di apprezzamento, rimbalza nuovamente la spinosa questione agli Stati nazionali»⁴¹⁴.

L'ultima sentenza della Corte EDU in tema di obiezione di coscienza, per quanto in questa sede interessa, riguarda l'obiezione sollevata dai genitori per esentare i figli dall'obbligo vaccinale⁴¹⁵. Si tratta

⁴¹² Corte europea diritti dell'uomo, Sez. IV, Sent., 15 gennaio 2013, n. 48420, *Eweida e altri c. Regno Unito*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 3, p. 291 ss., analizzata da E. SORDA, *Eweida and others v. The United Kingdom, ovvero quando fede e lavoro non vanno d'accordo e il "margine di apprezzamento" non aiuta a chiarire le cose*, in *diritticomparati.it*, 4 marzo 2013 e dalla medesima autrice in *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *forumcostituzionale.it*, 14 novembre 2013. Quattro i casi all'esame della Corte: doglianza per la sospensione dal lavoro della dipendente British Airways per il mancato ottemperamento all'ordine di non mostrare a lavoro una collana religiosamente connotata; doglianza per il licenziamento della dipendente di un ospedale dovuto al rifiuto all'ordine di non indossare una collana religiosamente connotata in sede di lavoro, essendo tale collana pericolosa per la salute dei pazienti, potendo venire a contatto con tessuti danneggiati; doglianza della dipendente licenziata a seguito del rifiuto di celebrare e registrare unioni omosessuali; doglianza del dipendente di un centro per terapie di coppia per il licenziamento a seguito del suo rifiuto di assistere coppie omosessuali.

⁴¹³ È poco rilevante la soluzione del caso della lavoratrice di British Airways: la Corte decide sulla base di dettagli meramente legati al caso concreto (la grandezza della collana, il successivo cambiamento della compagnia aerea sull'abbigliamento dei dipendenti), senza effettuare un bilanciamento tra diritto al rispetto delle politiche aziendali del datore di lavoro e diritto alla libertà di coscienza del lavoratore.

⁴¹⁴ E. SORDA, *Eweida and others v. The United Kingdom, ovvero quando fede e lavoro non vanno d'accordo e il "margine di apprezzamento" non aiuta a chiarire le cose*, cit.

⁴¹⁵ Grande Camera, 8 aprile 2021, *Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 47621/13, in *hudoc.echr.coe.int*, commentata da

all'evidenza di un utilizzo atecnico del termine in quanto l'obiezione, come si è visto, è strettamente personale e non può essere sollevata dai genitori nell'interesse del figlio. La sentenza, però, presenta comunque dei profili di interesse. A fronte della richiesta dei ricorrenti di condannare lo Stato per violazione degli artt. 8 e 9 CEDU, in quanto, a seguito della mancata vaccinazione dei figli, sono stati costretti al pagamento di una sanzione pecuniaria e i minori sono stati esclusi da scuola, la Corte ha rigettato il ricorso. In primo luogo, il collegio ha ammesso che l'obbligo vaccinale possa configurare una violazione della vita privata, che tuttavia è giustificata dalla necessità di raggiungere l'immunità di gregge, obiettivo che gli Stati possono perseguire con le strategie ritenute più idonee, in assenza di consenso europeo sul punto; relativamente alla Repubblica Ceca, secondo la CEDU le sanzioni comminate ai ricorrenti rispondono a un adeguato bilanciamento. Nessuna violazione, dunque, dell'articolo 8. Quando alla violazione dell'articolo 9, la Corte ne ha confermato la propria interpretazione restrittiva, rigettando la doglianza in quanto le opinioni addotte «non sono tali da costituire una convinzione o una credenza che abbia sufficiente forza, serietà, coerenza e importanza tale da attrarre le garanzie previste dall'articolo 9».⁴¹⁶

Per l'analisi della giurisprudenza internazionale sull'obiezione di coscienza all'aborto si rimanda al successivo capitolo 4 dedicato all'interruzione volontaria di gravidanza.

4. Obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano: la necessità di interpositio legislatoris, i limiti costituzionalmente necessari e quelli rimessi alla discrezionalità del legislatore

Una democrazia pluralista si basa sul principio di tolleranza, secondo il quale il dissenso non può essere represso, ma deve essere garantito; pertanto, occorre riconoscere e tutelare il pluralismo politico, sociale, religioso e culturale.

L'Italia ha adottato questa forma di Stato; si è quindi affermato che «si è costituzionalmente obbligati a risolvere l'apparente antinomia tra dovere di obbedienza e obiezione di coscienza in termini di reciproca coesistenza»⁴¹⁷. Anche a voler sostenere questa tesi, però, è evidente che tale assunto non possa concepirsi come un principio assoluto.

M. L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2021, p. 272 ss. Mi sia consentito rinviare anche a S. FLORE, *Obbligo vaccinale e obiezione di coscienza nel caso del covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021, p. 29 ss.

⁴¹⁶ I ricorrenti, nel giudizio effettuato in Repubblica Ceca davanti alla Corte costituzionale, avevano addotto perlopiù motivazioni sanitarie, non ideologiche. Davanti alla Corte E.D.U., i ricorrenti sostenevano di essere profondamente convinti che i vaccini nuocessero alla salute e, pertanto, la loro coscienza rendeva impossibile far vaccinare i propri figli.

⁴¹⁷ A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., p. 243. Pensiero che lo stesso autore riafferma in A. PUGIOTTO, *Libertà di coscienza e funzioni della pena*, in G. DI COSIMO - A. PUGIOTTO - S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, cit., pp. 50-53, specificando, anzi, che non sussisterebbe una vera e propria antinomia, in quanto la coscienza obiettante opererebbe laicamente «come verifica e riscontro del principio maggioritario». Definisce la tutela dell'obiezione come una tutela obbligata nell'ordinamento italiano P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., p. 249.

Si è detto che il nucleo essenziale della libertà di coscienza consiste nella protezione, da indebite interferenze, della determinazione e preservazione dei valori portanti della coscienza umana, ossia il credo morale, religioso e filosofico e che, come ogni altra libertà riconosciuta in Costituzione, essa deve bilanciarsi con le altre libertà costituzionali confliggenti.

In particolare, la libertà di coscienza che si vuole tutelare col diritto di obiezione si scontra, per definizione, con il dovere di solidarietà, con il principio di eguaglianza dei consociati, e con il dovere di fedeltà alla Repubblica⁴¹⁸; confligge, infine, con il bene costituzionale tutelato dalla legge che impone la prestazione controversa.

Mentre le altre libertà possono giustificare, in assenza di una legge che le regoli, la liceità delle prestazioni non vietate espressamente in Costituzione⁴¹⁹, la libertà di coscienza non può, essa sola, fondare il diritto di obiezione di coscienza, ma necessita del previo riconoscimento del legislatore. Ciò perché è la stessa Costituzione, all'art. 54, a imporre l'obbligo di osservare le leggi.

Poiché è caratteristica dell'obiezione di coscienza la sua contrarietà ad un *facere* obbligatoriamente prescritto da una norma dell'ordinamento⁴²⁰, ne consegue l'illegittimità di fondo dell'obiezione *contra legem*. Non si può assolutamente accogliere l'opinione della dottrina contraria, secondo la quale il diritto di obiezione potrebbe esercitarsi a prescindere dall'intervento del legislatore⁴²¹. Questa tesi pregiudicherebbe inevitabilmente la certezza del diritto, lasciandola alla mercé di ogni possibile contrasto tra obblighi e coscienza; termine, quest'ultimo, del tutto indeterminato e atto a generare potenziali conflitti con tantissime norme.

⁴¹⁸ È unanime la dottrina a riguardo al contrasto dell'obiezione coi doveri di solidarietà. Si veda BERTOLINO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 4; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., p. 257 ss.; aggiunge il limite della fedeltà alla Repubblica ex art. 54 Cost. V. TURCHI, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 533. Per un'approfondita analisi del rapporto tra doveri costituzionali e libertà di coscienza si veda F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 14 ss. Secondo l'A., l'obiezione contrasta principalmente col dovere di fedeltà alla Repubblica, che si concretizzerebbe (p. 60 ss.) non solo in un obbligo morale, ma anche in un obbligo di concreta osservanza di quanto imposto dall'ordinamento.

⁴¹⁹ Come nel caso della libertà di procreazione, che legittimava, già prima dell'emanazione della l. 40/2004, la possibilità di effettuare i trattamenti di procreazione assistita.

⁴²⁰ Essendo carattere tipico dell'obiezione la negazione della legge, c'è chi ravvisa nel riconoscimento legislativo la snaturazione dell'essenza stessa dell'obiezione: si veda F. ONIDA, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza*, in *Dir. Ecclesiastico*, 1982, I, p. 128.

⁴²¹ Nel senso di un'O.d.C. esercitabile direttamente, invocando la libertà di coscienza costituzionalmente tutelata, si veda V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 76; G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in R. BOTTA (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Milano 1991, p. 26; R. BERTOLINO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 4; V. TURCHI, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 531.; L. EUSEBI, *L'obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, III, cit., p. 175. In senso contrario si veda F.C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 539ss.; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., p. 256 ss. L'argomento della possibilità di un'obiezione direttamente azionabile è compiutamente analizzato in F. MASTROMARINO, *Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?*, in *Dir. e questioni pubbliche*, XVIII, 2018, pp. 159-181 e M. E. FLORIO, *L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento"*, in *Giur. Penale web*, 1 bis, 2019. Entrambi gli A. concludono per l'inconfigurabilità di un diritto di obiezione generale e direttamente esercitabile. In questo senso, infine, anche F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 57: «la necessità di una corrispondenza tra doveri e diritti [...] porta a non considerare percorribile l'idea del riconoscimento del diritto fondato costituzionalmente all'obiezione di coscienza», tant'è che il Costituente non l'ha previsto come diritto immediatamente azionabile.

Nel silenzio della legge, ogni omissione a prestazioni dovute costituisce illecito civile e/o penale; l'unica tutela passa attraverso il giudice costituzionale, che potrà intervenire sulla legge ove riconosca un nucleo inviolabile della libertà di coscienza che comporti l'obbligo costituzionale di riconoscere l'obiezione per determinate prestazioni⁴²².

Per riprendere le parole di Pugiotto, in assenza di riconoscimento legislativo o giurisdizionale l'obiettore si espone al rischio delle sanzioni, «perché la coscienza obiettante è molto esigente e la coerenza alle sue ragioni non è mai gratis»⁴²³.

Depone a favore della necessità dell'*interpositio legislatoris* anche la giurisprudenza costituzionale. Con la sentenza 467/1991, la Consulta afferma che l'esercizio della libertà di coscienza che si concretizzi nell'obiezione è subordinato ad «una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione, in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale»⁴²⁴.

È per questo che non vanno esenti da condanna certe fattispecie, pur rivendicate, di obiezione, quali quella alla celebrazione delle unioni civili o dei matrimoni civili⁴²⁵ o l'obiezione fiscale, ossia l'atteggiamento di chi omette il versamento della percentuale delle imposte destinata al finanziamento militare, destinandolo a diversi scopi⁴²⁶.

Chiarita l'indispensabilità dell'intervento del legislatore, è però necessario evidenziare quali limiti questo incontri; quali siano, cioè, i limiti costituzionalmente obbligati e quali siano, invece, i limiti rimessi alla sua discrezionalità.

Per individuare i limiti costituzionalmente necessari al riconoscimento dell'obiezione, è necessario analizzare le indicazioni che si evincono dai precedenti della Consulta: in particolare dalle sentenze di accoglimento delle questioni sollevate per chiedere il riconoscimento dell'obiezione.

La sentenza 117/1979, nel dichiarare l'illegittimità della formula del giuramento, riconosce che «competete al legislatore decidere [...] quando rafforzare il significato del giuramento, con un appello

⁴²² Secondo una dottrina minoritaria, vi sarebbe la possibilità di riconoscere l'obiezione addirittura in capo ai giudici ordinari; di questa tesi dà atto, confutandola, F. MASTROMARINO, *Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?*, cit., pp. 159-181. Secondo l'A., sarebbe anzi controindicato l'intervento della stessa Corte costituzionale, poiché la disciplina dell'obiezione richiederebbe un certo livello di specificità, necessario a bilanciare i diritti e a scongiurare che l'esercizio dell'obiezione sacrifici il diritto tutelato dalla legge.

⁴²³ A. PUGIOTTO, *Libertà di coscienza e funzioni della pena*, in G. DI COSIMO - A. PUGIOTTO - S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, cit., p. 54.

⁴²⁴ Punto 4 dei considerato in diritto di Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467, cit.; Altresì al punto 5 dei considerato in diritto di Corte cost., 20 febbraio 1997, n. 43, in *Corriere Giur.*, 1997, 5, p. 613 ss., si legge: «tale protezione, tuttavia, non può ritenersi illimitata e incondizionata. Spetta innanzitutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà ch'essa reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone, dall'altro, affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi.»

⁴²⁵ È il caso del sindaco di Sedriano, in provincia di Milano, che ha deciso di non celebrare matrimoni civili durante il suo mandato, affidando il compito esclusivamente agli altri membri dell'Amministrazione comunale. Si veda l'articolo del 24/10/2009 del *corriere.it*, *Sindaco obiettore: «Sono cattolico, non celebro matrimoni civili»*.

⁴²⁶ Fattispecie illustrata da P. MONETA, *Obiezione di coscienza, II, Profili pratici*, in *Enc. Giur.*, XXI/1990, Roma, p. 5-7.

rivolto a chi è tenuto a prestarlo perché si ispiri ai valori che più onora nell'intimo della sua coscienza»; ciò, però, «a patto che resti illesa la libertà di coscienza»⁴²⁷. Tale lesione, invece derivava dal riferimento ad un impegno con Dio. Da questa prima sentenza si può trarre il dovere costituzionale del legislatore di non imporre prestazioni capaci di turbare la coscienza religiosa.

Nella sentenza 467/1991⁴²⁸, sull'illegittimità delle condanne degli obiettori c.d. “totali” al servizio militare, ossia quelli che ricusano anche la prestazione sostitutiva, si legge che la discrezionalità del legislatore potrà «restringere il contenuto di un diritto inviolabile dell'uomo soltanto nei limiti strettamente necessari alla protezione dell'interesse pubblico sottostante al dovere costituzionale contrapposto». Si specifica che il legislatore deve limitarsi il più possibile nella compressione della libertà di coscienza e che, sebbene possa stabilire delle procedure per l'esercizio dell'obiezione, non può introdurre elementi irragionevolmente punitivi per gli obiettori che violino tali procedure, con meccanismi che nel caso di specie penalizzavano l'obiezione sollevata tardivamente⁴²⁹. Il legislatore dovrebbe allora riconoscere pari rilevanza all'obiezione sopravvenuta, e dunque ammettere la revocabilità e la riproponibilità dell'obiezione, poiché il convincimento può nascere nella coscienza in ogni momento. Rientra, invece, nell'esercizio della discrezionalità del legislatore, determinare i procedimenti e le condizioni dell'esercizio di tale diritto.

Infine, nella sentenza 43/1997⁴³⁰, di oggetto analogo alla precedente sentenza esaminata, si legge che il diritto di obiezione non può godere di una protezione illimitata e incondizionata; ciò affinché «l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi». In sede di regolamentazione del diritto di obiezione, pertanto, è costituzionalmente necessario che il legislatore apponga dei limiti all'esercizio del diritto, secondo la sua discrezionalità.

Alla luce di quanto osservato, sembrerebbe doversi concludere che, ove vi sia una prestazione obbligatoria che lede la libertà di coscienza religiosa, il legislatore dovrebbe riconoscere, previo oculato bilanciamento ed entro dei necessari limiti, il diritto di obiezione; nell'inerzia del legislatore, si potrà ottenere tutela con una pronuncia della Corte costituzionale.

Tuttavia, dette conclusioni devono essere approfondite sotto vari aspetti.

In primo luogo, perché tratte da pronunce che si riferiscono a prestazioni, quelle del giuramento e della leva militare, imposte a tutti i cittadini. Tali conclusioni non possono, invece, automaticamente estendersi alle prestazioni volontariamente assunte da chi voglia esercitare un pubblico servizio in

⁴²⁷ Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 117, cit.

⁴²⁸ Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467, cit.

⁴²⁹ Nel caso in esame, se ben poteva il legislatore negare tutela agli obiettori cd. “totali”, in quanto ciò intaccherebbe il nucleo del diritto di uguaglianza e la contribuzione all'adempimento dei doveri inderogabili, non può però penalizzare tali soggetti per criteri irragionevoli come la tardività dell'obiezione, poiché un convincimento ben può nascere in ogni momento.

⁴³⁰ Corte cost., 20 febbraio 1997, n. 43, cit., sulla legittimità delle condanne a catena a carico degli obiettori che rifiutino il servizio militare non armato o il servizio civile sostitutivo.

maniera volontaria e consapevole. Anzi, la stessa Corte costituzionale differenziò l'ipotesi del giuramento del testimone, cui erano tenuti tutti i cittadini, da quella del giuramento che prestavano volontariamente coloro che ambivano a ricoprire determinati incarichi istituzionali⁴³¹. In secondo luogo, perché rispondono alla coscienza sociale delle decisioni da cui sono tratte, che ben può differire da quella attuale. Infine, perché detta giurisprudenza è circoscritta: le norme sull'obiezione di coscienza militare non sono state precedute da alcuna pronuncia costituzionale e neppure quelle in tema di obiezione medica.

In conclusione, sembra più corretto può affermare che, nel disciplinare il diritto di obiezione di coscienza, il legislatore dovrebbe apporvi dei limiti conseguenti ad un bilanciamento volto a non ledere il nucleo essenziale degli articoli 2, 3 e 54 Cost. e dell'interesse costituzionale posto a tutela della prestazione controversa. È invece rimessa alla discrezionalità del legislatore l'individuazione, in concreto, dei limiti e delle procedure per l'attuazione del diritto di obiezione.

L'assenza di limiti vanificherebbe la tutela garantita dalla legge. Beninteso, se la coscienza di tutti i cittadini italiani è lesa dalla prestazione in questione, *nulla quaestio*: la legge è, o è divenuta, contraria alla coscienza sociale, e di conseguenza dovrà essere modificata. Ma finché c'è una legge che goda ancora del favore della coscienza sociale, ad esempio come si può evincere dalla sua conferma in sede di referendum, è inaccettabile che la sua applicazione venga vanificata dal rifiuto di una ristretta categoria⁴³².

5. (Segue) Le obiezioni di coscienza riconosciute nel nostro ordinamento e il filo conduttore tra le prestazioni esentabili: la violenza contro esseri viventi

Sono molti i vantaggi che lo Stato consegue dal consentire ai propri membri di agire secondo coscienza: si prevencono le rivolte, i colpi di stato e si assicura un maggior benessere del singolo, con un rispetto attivo e condiviso del precetto⁴³³. Tuttavia, vi sono anche aspetti negativi. In particolare, emerge il rischio di frammentare l'ordinamento, pressato dalle innumerevoli istanze sociali, e di pregiudicare il principio di uguaglianza, riconoscendo doveri differenziati in capo a ogni consociato;

⁴³¹ Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 117, cit.: «... diffusa consapevolezza, nella dottrina e nella giurisprudenza, che in taluni casi l'imposizione della formula di giuramento prevista nei codici di rito (ma non nelle ipotesi ex artt. 193 del Codice di procedura civile e 161 disposizioni di attuazione del codice di procedura civile) provoca turbamenti...»

⁴³² Autorevole dottrina sembra anzi guardare l'obiezione di coscienza con sempre maggior sfavore. Si veda AA.VV., *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, 101/2011. Il fascicolo della Rivista racchiude le opinioni di vari autori, tra i quali spiccano le forti denunce di Rodotà contro le attuali modalità di esercizio del diritto di obiezione in Italia, in particolare in ambito sanitario. L'A. afferma che l'obiezione assumerebbe la forma di un «travestimento della disobbedienza civile [...] strettamente dipendente dall'adesione a un credo»: si veda S. RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, *Ibidem*, pp. 34-35. Si è espresso a favore del reclutamento di personale non obiettore Zagrebelsky in un articolo de *La Stampa*: si veda V. ZAGREBELSKY, *I diritti, la legge e la libertà di coscienza*, in *La Stampa*, 27 febbraio 2017: «Ma, si dice, reclutando «non obiettori» si discriminano gli «obiettori» escludendoli dalla possibilità di essere reclutati per posti ospedalieri. È tuttavia paradossale la pretesa di esser assunti per una determinata attività - che l'ospedale deve assicurare - e al tempo stesso pretendere di non svolgerla».

⁴³³ Evidenzia questa funzione pacificatrice V. TURCHI, *Obiezione di coscienza*, cit., p. 527.

infine, ove l'obiezione sia sollevata da molti individui, vi è il rischio di frustrare l'utilità della norma, vanificando così le stesse politiche statali⁴³⁴.

Nonostante ciò, nella maggior parte degli Stati europei e in molti Stati in tutto il mondo viene riconosciuto il diritto di sollevare obiezione di coscienza⁴³⁵.

Nel nostro ordinamento, sollevare obiezione di coscienza nei casi di legge è un vero e proprio diritto, definito come tale a livello normativo a partire dal 1993, con l'introduzione dell'obiezione alla sperimentazione animale⁴³⁶. Detta impostazione ha avuto seguito anche nell'ambito dell'obiezione al servizio militare, con la riforma del 1998⁴³⁷. Prima della riforma, il riconoscimento dell'obiezione alla leva obbligatoria poteva invece configurarsi come interesse legittimo, essendo subordinato all'attività amministrativa di una commissione nominata dal Ministro della Difesa, che dava un parere sulla sincerità e fondatezza dei motivi adottati.

La libertà di coscienza, si è detto, opera secondo il meccanismo di ogni diritto di libertà: si estrinseca, innanzitutto, in un diritto a contenuto negativo alla non interferenza dello Stato e dei consociati nella formazione e preservazione dei propri principi fondamentali. Quanto al profilo positivo, consistente nella libertà di agire nel rispetto dei suddetti principi, incontra il limite della legge e presuppone il bilanciamento del legislatore con gli altri diritti fondamentali confliggenti⁴³⁸.

La prassi del legislatore italiano, tuttavia, sembra costante nel riconoscere l'obiezione di coscienza quando l'obbligo si scontri con il rifiuto di ogni forma di violenza nei confronti di un essere vivente⁴³⁹. La fedeltà a questo principio è stata tale da sollevare interrogativi circa la sussistenza di un nucleo incompressibile della libertà di coscienza, avente a oggetto, appunto, la riconsiderazione della violenza verso gli esseri viventi, tale per cui, in tutti i casi in cui questo valore possa entrare in gioco, il legislatore dovrebbe introdurre il diritto di obiezione.

Sono quattro sono le obiezioni di coscienza riconosciute dal nostro ordinamento⁴⁴⁰, che consentono

⁴³⁴ Illustra questa tesi A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, cit., p. 242.

⁴³⁵ Relativamente all'obiezione alla leva obbligatoria si veda il report di M. STOLWIJK, *The right to conscientious objection in Europe: a review of the current situation*, studio pubblicato nel 2005 per il Consiglio quacchero per gli affari europei consultabile al link <https://www.refworld.org/pd/42b141794.pdf>

⁴³⁶ Art. 1 L. 12 ottobre 1993, n. 413, Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale.

⁴³⁷ L. 230/1998, che abroga e riforma la disciplina, già regolata dalla l. 772/1972. L'art. 2 parla di diritto di obiezione.

⁴³⁸ Si è parlato tuttavia di obiezione di coscienza *secundum legem* e *contra legem*: si veda P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., p. 252. Detta distinzione non deve far pensare che sia legittimo esercitare l'obiezione anche senza un riconoscimento legislativo o un intervento della Corte costituzionale: l'obietto che agisce nella consapevolezza della sanzione si pone fuori dall'ordinamento e si assume la responsabilità della sanzione penale. Infatti, si ricordi che la libertà di coscienza e l'obiezione di coscienza sono due cose distinte; come evidenzia B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 369, l'obiezione non è un diritto costituzionalmente garantito, né è immediatamente azionabile senza il preventivo intervento legislativo.

⁴³⁹ Precisamente, un essere vivente del regno animale; ciò sembrerebbe legato all'esigenza di tutelare la sensibilità dell'obietto, che ricusa di far soffrire un essere vivente; viceversa, sarebbe configurabile anche un'obiezione per il taglio delle piante. Ma più verosimilmente tale impostazione è legata alla particolare delicatezza del tema della violenza umana e animale, giacché non può dirsi che l'embrione soffra, ma sicuramente può repellere la coscienza l'idea di distruggere la forma più primitiva dell'essere umano.

⁴⁴⁰ Rispettivamente: l. 772/1972, successivamente abrogata nel 1998; oggi la materia è regolata dal Codice Militare del 2010,

all'individuo di essere esonerato dal servizio militare in caso di guerra o grave crisi nazionale, dalla sperimentazione sugli animali, dall'esecuzione delle pratiche di interruzione volontaria di gravidanza e da quelle di procreazione assistita⁴⁴¹.

Le prime due leggi hanno in comune la chiara finalità di tutelare l'obietto che rifiuta la violenza contro esseri viventi. Infatti, il primo comma dell'articolo 2097 del Codice dell'ordinamento Militare⁴⁴², dispone che il diritto all'obiezione tutela coloro che si oppongono all'uso delle armi. Anche se tali armi, durante tutta la durata del servizio, ben potrebbero non causare nessuna vittima, la *ratio* consiste nell'evitare che la coscienza dell'individuo che ricusa la violenza venga turbata o plasmata dall'uso reiterato di uno strumento atto ad offendere⁴⁴³. Il legislatore tutela solo il rifiuto delle armi per motivi sostanzialmente pacifisti, siano questi legati alla religione o ad ogni altro credo morale o politico⁴⁴⁴. Per garantire la veridicità delle dichiarazioni dell'obietto, circostanza indispensabile a fronte della deroga da un dovere costituzionale, si esige dal medesimo il rispetto dei principi non violenti anche al di fuori dell'ambito militare: all'obietto è preclusa la licenza di porto d'armi⁴⁴⁵.

Più specifica è la formulazione dell'articolo 1 della legge sulla sperimentazione animale⁴⁴⁶, che tutela coloro i quali si oppongono «alla violenza contro tutti gli esseri viventi». Non vi è quel connotato di mediatezza e potenzialità che si riscontra nella formulazione del Codice Militare: mentre si può obiettare all'uso delle armi potenzialmente atte alla violenza sulle persone, non si può obiettare all'uso di uno strumento atto alla sperimentazione animale. La giustificazione di tale discriminazione, e dunque del maggiore ambito operativo dell'obiezione al servizio militare, risiede verosimilmente nella maggiore meritevolezza di tutela di quegli imperativi di coscienza che riguardano la vita umana, e una minore meritevolezza degli stessi ove concernano la vita animale, per di più sacrificata a scopo scientifico.

La stessa *ratio* di riconsiderazione della violenza dei casi precedenti si riscontra anche nell'ipotesi dell'obiezione del sanitario all'esecuzione di interventi abortivi: infatti, l'embrione è un essere vivente e

che disciplina l'obiezione nei soli casi di ripristino dell'obbligo di leva, ossia per tempo di guerra o grave crisi nazionale (artt. 1928 ss. d.lgs. 66/2010); l. 12 ottobre 1993 n. 413; l. 194/1978; l. 40/2004.

⁴⁴¹ Sembra che la sentenza 242 del 2019 della Corte costituzionale sul caso del suicidio assistito abbia introdotto una nuova obiezione, che sarebbe la prima introdotta da un organo giurisdizionale; la questione si approfondirà nell'ultimo paragrafo.

⁴⁴² «Coloro che, per obbedienza alla coscienza, nell'esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione [...] opponendosi all'uso delle armi, non accettano l'arruolamento nelle Forze armate e nelle Forze di polizia dello Stato, possono adempiere gli obblighi di leva, in tempo di guerra o di grave crisi internazionale, prestando, in sostituzione del servizio militare, un servizio civile»

⁴⁴³ L'arma è intesa come l'oggetto la cui «destinazione naturale è l'offesa alla persona»; così Corte cost., 7 aprile 2006, n. 141, in *Foro It.*, 2006, 6, 1, p. 1662 ss., che specifica che all'obietto non è precluso l'uso delle armi per motivi civili, ad esempio l'uso di un esplosivo per cave minerarie.

⁴⁴⁴ Ad esempio, sembrerebbe precluso l'esercizio del diritto di obiezione a colui che rifiuta le armi per motivi di asservimento allo Stato.

⁴⁴⁵ La limitazione è molto ampia: l'essere obiettori preclude anche l'attività della caccia. Ai sensi dell'art. 2098 1° co., lett. a), cod. mil., il conseguimento del rilascio del porto d'armi comporta *ipso iure* la rinuncia ad esercitare il diritto di obiezione di coscienza.

⁴⁴⁶ Art 1, l. 12 ottobre 1993 n. 413: «I cittadini che, per obbedienza alla coscienza, nell'esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione [...] si oppongono alla violenza su tutti gli esseri viventi, possono dichiarare la propria obiezione di coscienza ad ogni atto connesso con la sperimentazione animale.»

l'intervento può riguardare, inoltre, anche feti sviluppati. Il medico potrà beneficiare delle garanzie dell'obiezione di coscienza e avere il diritto di svolgere il proprio lavoro, che comprende una moltitudine di prestazioni, esimendosi da quella che, sola, entra in contrasto con i propri convincimenti interiori legati alla concezione della vita umana.

Il *continuum* della comunanza delle *rationes leges* sembra interrompersi con il riconoscimento, nel 2004, dell'obiezione di coscienza alla procreazione assistita. A una prima analisi, questa legge non rappresenta in alcun modo una minaccia per la vita. Ciò soprattutto nella sua formulazione originaria, che escludeva ogni ipotesi di crioconservazione embrionaria; la normativa è retta dal principio di massima tutela della vita dell'embrione e vieta ogni soppressione di quest'ultimo, diretta o indiretta, ossia con morte naturale da inutilizzo⁴⁴⁷. Anzi, il medico, mettendo le proprie conoscenze scientifiche al servizio dei soggetti infertili e sterili, consente loro di procreare e mettere al mondo una nuova vita. Tuttavia, a ben vedere vi era un'ipotesi che potesse mettere in pericolo l'embrione secondo la prima formulazione della legge 40/2004: è il caso della donna che deceda prima dell'impianto, o che revochi il consenso all'impianto dopo la fecondazione⁴⁴⁸.

Attualmente, alla luce dei vari correttivi della Corte costituzionale, è evidente che si pongano per la procreazione artificiale problemi analoghi all'interruzione di gravidanza. L'intervento manipolativo della Consulta del 2009⁴⁴⁹ ha attribuito al medico la decisione sul numero di embrioni da creare e impiantare nell'utero della donna a ogni ciclo di trattamento, con la possibilità di crioconservare gli altri embrioni, i quali saranno utilizzati per eventuali cicli successivi. Queste tecniche possono provocare, in concreto, la morte di embrioni, perché il materiale crioconservato dopo lungo tempo può deteriorarsi o potrebbero esserci dei problemi tecnici coi macchinari che causino lo scongelamento degli stessi⁴⁵⁰.

Alla luce di queste considerazioni si può dunque affermare che la *ratio* che ha guidato il legislatore nell'individuazione del discrimine tra prestazioni esentabili, sollevando l'obiezione di coscienza, e prestazioni non esentabili, si ravvisa nel coinvolgimento del bene dell'integrità fisica degli esseri

⁴⁴⁷ Tanto che vi è chi fonda l'obiezione alla PMA anche sul contrasto tra la prestazione e la «dignità della procreazione»; in tal senso F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto. L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in S. Canestrari (a cura di), *Criminalia*, 2011, p. 392.

⁴⁴⁸ La seconda ipotesi, sebbene vietata dalla legge, è nei fatti possibile: viceversa, alla inefficace revoca del consenso dovrebbe seguire un trattamento sanitario obbligatorio in violazione dell'art. 32 Cost. In tal senso si è espressa unanimemente la dottrina: C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Diritto pubblico*, II, 2004, p. 524 ss.; A. MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in G. SCIANCALEPORA – P. STANZIONE, *Procreazione assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 239; C. CASINI – M. CASINI – M. L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 127; denuncia anche il contrasto con art. 5 Conv. Oviedo F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 397; denuncia l'incongruenza rispetto alla legge sull'aborto P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 161. Si è infatti rilevato che l'impianto forzoso integrerebbe il presupposto ex art. 4 l. 194/1978, legittimando l'aborto per motivi relativi alle circostanze del concepimento: così anche C.R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., pp. 1525-6

⁴⁴⁹ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.

⁴⁵⁰ Lo rileva C. LALLI, *C'è chi dice no: dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*, Milano, 2011, p. 83

viventi⁴⁵¹.

Occorre, però, sottolineare quanto segue: sostenere che il legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, possa decidere di tutelare tali ipotesi, è cosa diversa dall'affermare la necessità di riconoscere il diritto di obiezione di coscienza nelle situazioni suelencate. Si sosterebbe, cioè, che in difetto del riconoscimento del diritto di obiezione la legge sarebbe incostituzionale e che detto diritto dovrebbe allora essere introdotto con una modifica della legge o con una declaratoria di incostituzionalità della Consulta.

La questione è più attuale che mai.

La prassi del legislatore sembra infatti essersi interrotta con l'introduzione della legge 219/2017 sulle disposizioni anticipate di trattamento, nella quale è assente ogni riferimento al diritto di obiezione, sebbene sia previsto l'obbligo, per il sanitario, di adoperarsi per l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e per le cure palliative del paziente in caso di revoca del consenso da parte di quest'ultimo. Che si parli di eutanasia passiva o omissiva oppure di puro e semplice esercizio del diritto al consenso (o dissenso) informato, poco importa: staccare la spina, il respiratore, il sondino da cui passano idratazione e alimentazione artificiale, nella consapevolezza che poi il paziente morirà di disidratazione o inanizione, è certamente un atto che non tutti si sentirebbero di compiere, essendo causalmente legato al decesso del paziente.

L'analisi dei lavori parlamentari⁴⁵² non contribuisce del tutto a far luce sul perché di questo grande assente; il testo del ddl, frutto dell'incontro tra tutti i gruppi, ma soprattutto della maggioranza tra PD e M5S, nasce con una chiara presa di posizione: sulla libertà di coscienza prevale il diritto alla salute e all'autodeterminazione del paziente. Vi è di più: i membri della Camera rappresentano la grande preoccupazione di una sostanziale disapplicazione della legge con un abuso dell'obiezione, così come avviene per la l. 194/1978. Tutto ciò ha portato a rigettare, a stragrande maggioranza, gli emendamenti volti ad introdurre il diritto all'obiezione di coscienza⁴⁵³.

⁴⁵¹ In tal senso L. EUSEBI, *L'obiezione di coscienza del professionista sanitario*, cit., p. 174 ss. Si potrebbe obiettare che il caso dell'obiezione al giuramento non riguardava una prestazione concernente il bene vita; tuttavia, si ricordi che si stanno analizzando le linee guida attualmente seguite dal legislatore. La linea della violenza sembra essere confermata dall'esclusione della possibilità di sollevare obiezione alla celebrazione delle unioni civili tra omosessuali, introdotte con la legge Cirinnà nel 2016, dall'esclusione dell'obiezione fiscale, etc.

⁴⁵² Sebbene la disposizione, una volta pubblicata, astragga dalle originarie intenzioni dei redattori per divenire oggetto di interpretazione secondo le relative regole, l'argomento non è di poca importanza. Lo stesso Consiglio di Stato, di recente, chiamato a rendere un parere sui registri delle unioni civili, ha affermato che dal respingimento degli emendamenti volti a introdurre l'obiezione di sindacati si deduce la volontà contraria del Parlamento a detta possibilità. Volontà, questa, che deve ritenersi vincolante e non aggirabile in sede di attuazione: «Ritiene il Consiglio di Stato che il rilievo giuridico di una "questione di coscienza" - affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti - può derivare soltanto dal riconoscimento che di tale questione faccia una norma [...] In un sistema costituzionale e democratico [...] è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge». Si veda Consiglio di Stato, sez. atti norm., 21 luglio 2016 n. 1695, in *giustizia-amministrativa.it*

⁴⁵³ Il riferimento è agli emendamenti 1.298, volto ad introdurre, al comma 7 dell'art. 1, le parole «salva la possibilità del medico di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza», respinto per 367 voti contro 63 e all'emendamento 1.366, volto a introdurre l'obiezione in maniera indiretta, ossia prevedendo che «il paziente non può imporre al medico rifiuti dai

Vi è però un momento di svolta: alla seduta del 5 aprile 2017 viene accantonato un emendamento volto ad inserire un piccolo inciso nel secondo periodo del comma 7 (ora comma 6) dell'articolo 1, il quale dispone che il paziente non può esigere trattamenti contrari alla legge, al codice deontologico⁴⁵⁴ o alle buone pratiche professionali. L'emendamento vorrebbe aggiungere che «a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Tale inciso, in sé di oscura interpretazione, viene poi confusamente interpretato dalla relatrice di maggioranza come una via per riconoscere il diritto del medico di astenersi dal realizzare le attività di interruzione del trattamento⁴⁵⁵. Non di obiezione di coscienza, però si parla: non si fa riferimento alle convinzioni etiche, ma a quelle professionali. Si afferma, inoltre, che a differenza dell'obiezione dell'aborto, che viene prevista secondo un meccanismo *ex ante*, questa potrebbe operare solo al momento, secondo il caso concreto. Si aggiunge, infine, e sul punto viene respinto a più riprese e a larga maggioranza più di un emendamento, che non è possibile l'obiezione di struttura, la quale, anzi, deve in ogni caso garantire l'attuazione della legge. Detta previsione non è di poco conto se si considera l'ampio dibattito che ha riguardato la sorte delle strutture private accreditate di ispirazione cattolica.

La confusione dei lavori parlamentari si è riflessa nei commenti alla legge: la dottrina minoritaria ritiene di poter leggere nell'art. 1, comma 6, una vera obiezione di coscienza, laddove la maggior parte

quali possano derivare condotte contrarie alle norme di legge o alla deontologia professionale», emendamento respinto per 334 voti contro 61.

⁴⁵⁴ Il rinvio, in questo comma, al codice deontologico, affiancato alla legge, è stato espressamente criticato: il codice deontologico è un atto emanato da una categoria professionale, i medici, e che non può in alcun modo sottrarsi alla legge, ma ad essa deve adeguarsi. Si veda S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, cit., p. 302, che parla di "formulazione non felice che equipara legge e fonti deontologiche". La questione è inoltre particolarmente spinosa in quanto lo stesso codice deontologico, nell'attuale formulazione, prevede, all'art. 22, la possibilità del medico di rifiutare ogni prestazione che contrasti con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici.

⁴⁵⁵ Tant'è che l'emendamento viene subito apostrofato negativamente dall'on. Pagano, più strenuo sostenitore del diritto all'obiezione, per poi essere accolto con voto favorevole dal suo gruppo parlamentare a seguito dell'illustrazione della relatrice di maggioranza. Vale la pena di riportare uno stralcio dell'intervento dell'on. Lenzi, che sarà poi oggetto di dissidi e discussioni con gli esponenti del partito alleato M5S e del PD stesso: «Con questa norma, io non ho nessuna difficoltà a dirlo, se il medico ritiene che vada contro alla sua scienza e coscienza come da codice deontologico, può dire 'mi astengo' e, come dice il codice deontologico, deve farsi carico della cura fino al momento che non arriva il suo sostituto. E quindi abbiamo lasciato e riconosciuto che non possiamo puntare un fucile alla tempia del medico e dire 'stacca questa persona dalla macchina'. Su questo c'è una divergenza con una parte di noi, nella discussione ci sono state varie posizioni. Questa è la posizione che vi proponiamo oggi. Aggiungo che non è neanche vero che la struttura non sia obbligata, invece, a dare attuazione a quella volontà, perché nel comma 10 dello stesso articolo si dice chiaramente che le strutture devono dare piena attuazione alla legge e, dovendo dare piena attuazione alla legge, sono chiamate a trovare una risposta attiva all'interno del reparto o del settore». L'evidenza della confusione si evince da questo intervento: si vorrebbe prevedere un'obiezione di coscienza, ma legata alla coscienza professionale; si parla tuttavia di sostituto (quale sostituto potrebbe effettuare una prestazione contraria alla coscienza della sua professione?); purtroppo si obbliga la struttura a garantire il trattamento: come? Non si sa, considerato che i bandi volti ad assumere personale non obiettore rischiano di essere annullati dal TAR, come insegna l'esperienza sulla legge 194/1978. Sembra che la relatrice abbia voluto accontentare tutti i gruppi, aprendo timidamente a un'obiezione ma senza introdurre il termine nella legge, né un procedimento e, così facendo, tutelando le istanze di chi tale obiezione ha sempre voluto impedirgli. Il risultato viene in realtà neutralizzato, considerato che una volta pubblicata la legge astrae dalle intenzioni del legislatore per divenire cosa nuova, da interpretarsi secondo le regole proprie. Ed in tal senso la stragrande maggioranza dei commentatori hanno escluso che nella legge possa configurarsi un diritto all'obiezione del personale medico.

ne esclude ogni configurabilità⁴⁵⁶, lasciando eventualmente aperte le porte a una modifica legislativa o a una declaratoria di incostituzionalità della Consulta⁴⁵⁷.

Sarà proprio la Corte costituzionale a chiarire probabilmente questi dubbi e la natura necessaria o no dell'obiezione a fronte di un conflitto sulla violenza contro un essere vivente.

Nell'attesa di detto intervento, si può senza dubbio constatare un fatto di assoluta importanza: la mutata coscienza del legislatore.

Gli emendamenti volti a introdurre chiaramente un diritto di obiezione di coscienza vengono respinti a larga maggioranza; si apre timidamente alla possibilità di un rifiuto motivato dalla coscienza professionale, mai dalla coscienza etica; non trovano tutela neppure le obiezioni di struttura⁴⁵⁸, imponendo dunque anche alle strutture private ad ispirazione cattolica di assumere qualcuno che sia disposto ad interrompere i trattamenti. Tutto ciò veicola un chiaro messaggio: il diritto di autodeterminazione del paziente e il diritto alla salute, diritto -si ricordi- che è l'unico qualificato come fondamentale dalla nostra Carta, prevalgono sulla libertà di coscienza secondo il legislatore moderno⁴⁵⁹. Né sembra discostarsi da tale assunto la Consulta, laddove, nell'approcciarsi alla materia del suicidio assistito, prevede che il legislatore possa eventualmente disciplinare l'obiezione del sanitario, con una regolamentazione «variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali»⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Per la dottrina maggioritaria si veda P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., p. 250; G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, cit., pp. 812-813, il quale esclude ogni obiezione sia rispetto all'eutanasia, sia rispetto al rifiuto del trattamento, che sfocerebbe in un TSO e in un'obiezione a contenuto positivo non ammessa nel nostro ordinamento, sia rispetto all'interruzione dei sostegni vitali, che si sostanzierebbe in un rifiuto di somministrare le cure palliative, ossia di attenersi alle buone pratiche mediche, ciò che è incompatibile con il rifiuto per coscienza professionale, l'unico ammesso dalla legge. Nel senso dell'assenza di un diritto di obiezione nella legge anche R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, cit., pp. 691-692 e I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, cit., p. 60 ss., la quale sottolinea che al medico non resta altro che tentare un'opera di convincimento del paziente. Contra, L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2018, 1, pp. 179-201.

⁴⁵⁷ Ipotesi che prevede D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Biolaw journal*, 1/2018, pp. 31-35. L'A. ritiene che allo stato attuale è invece tutelata solo la coscienza professionale, non essendoci spazio per un'obiezione di coscienza in senso proprio.

⁴⁵⁸ Il riferimento è alla proposta di emendamento 1.341, volto ad introdurre nell'art. 1 comma 10 la possibilità delle strutture sanitarie private di chiedere alla autorità sanitarie regionali di «essere esonerate da applicazioni non rispondenti alla carta dei valori su cui fondano i propri servizi», emendamento respinto, a votazione segreta, per 335 voti contro 82.

⁴⁵⁹ Si è affermato che il caso dell'eutanasia passiva si distinguerebbe da tutti gli altri, poiché non vi è un terzo che subisce la sofferenza, ma il destinatario della «violenza» sarebbe proprio colui che la invoca (P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., p. 251; F. MASTROMARINO, *Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?*, cit., p. 176). Questa obiezione si riconnette all'argomento in nota 439, che ipotizza un legame tra il rifiuto di generare sofferenza nell'essere vivente e l'obiezione. È preferibile, invece, ritenere che la ratio dell'obiezione risieda nella particolare delicatezza e importanza sul piano etico dei temi della violenza nei confronti di un essere umano o animale, a prescindere dal fatto che la violenza imposta dalla norma generi sofferenza o no, o ancora sia voluta oppure no. In ogni caso, così ragionando la legge 219/17 avrebbe dovuto almeno prevedere l'obiezione nel caso in cui il consenso all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale sia fornito, in assenza di DAT, dal tutore o rappresentante legale dell'incapace ex art. 3, o perlomeno a seguito della decisione del giudice tutelare che imponga l'interruzione dei trattamenti.

⁴⁶⁰ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., la quale, nel riprendere l'ordinanza 207/2018 conferma che: «Una regolazione della materia, [...] è suscettibile, peraltro, di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali: «come, ad esempio, [...] la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura»». Sebbene la sentenza riconosca, infine, la possibilità del sanitario di astenersi dall'esecuzione del suicidio assistito, in ciò non può leggersi la volontà di tutelare l'obiezione di coscienza, in quanto la Corte afferma chiaramente di non introdurre alcun obbligo di eseguire detti trattamenti. In senso contrario, larga parte

6. Obiezione di coscienza e procreazione assistita: art 16 l. 40/2004

L'articolo 16 della legge 40/2004 regola l'obiezione di coscienza nella procreazione assistita. La formulazione è estremamente sintetica, si compone di soli tre commi, e molto semplificata rispetto alla disciplina dell'obiezione di coscienza all'aborto.

Il primo comma indica i soggetti che possono sollevare l'obiezione e le formalità alle quali adempiere. Può sollevare obiezione di coscienza il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie⁴⁶¹; tra il personale sanitario figura, oltre al ginecologo e all'anestesista, anche il biologo e il genetista. La dichiarazione dev'essere comunicata al direttore sanitario della struttura pubblica o della struttura privata autorizzata entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge. Rispetto alle disposizioni sull'aborto, il termine per comunicare l'obiezione si allunga da un mese a tre mesi; inoltre, scompare la possibilità di sollevare l'obiezione "preventiva", ossia dopo il conseguimento dell'abilitazione, ma prima dell'assunzione⁴⁶².

L'obiezione si può sollevare o revocare solo a seguito dell'assunzione; la dichiarazione, secondo quanto dispone il secondo comma dell'art. 16, avrà effetto dopo un mese⁴⁶³.

A differenza dell'art. 9 della l. 194/1978, è assente il riferimento alla revoca tacita nel caso in cui l'obiettore effettui dei trattamenti di fecondazione assistita. Ciò è presumibilmente dovuto a una distrazione del legislatore, poiché una diversa previsione sarebbe del tutto irragionevole⁴⁶⁴.

della dottrina ha letto nelle parole della Corte l'introduzione di un vero e proprio obbligo delle strutture del SSN di assicurare il trattamento; è stata quindi fortemente criticata la leggerezza con la quale la Consulta avrebbe autorizzato l'obiezione di coscienza alla prestazione, in maniera illimitata e senza alcuna disciplina né garanzie. Si veda il Focus sul suicidio assistito in *Biola Journal*, 1/2020. L'argomento si approfondirà nell'ultimo paragrafo del presente lavoro.

⁴⁶¹ Il legislatore si è premurato di inserire questa specifica formula per scongiurare interpretazioni che riconoscessero l'obiezione al personale ausiliario non sanitario, come già avvenuto con l'art. 9 della legge 194/1978. Segnala l'improprio uso del termine "personale sanitario ausiliario" C. CASONATO – F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di bio diritto*, III, cit., p. 74, che evidenzia che la l. 42/1992 ha sostituito la definizione di "personale sanitario ausiliario" con quella di "personale sanitario".

⁴⁶² Vale la pena sottolineare come sarebbe palesemente irragionevole questo tipo di obiezione nel caso in oggetto. Il percorso formativo dello studente, infatti, si articola come segue: al termine del corso di laurea in medicina e chirurgia, lo studente che voglia specializzarsi in ginecologia dovrà scegliere uno dei due indirizzi: ginecologia e ostetricia o fisiopatologia della riproduzione umana (che forma lo specializzando sulle tecniche di fecondazione assistita). Colui la cui coscienza sarà improvvisamente contraria alle pratiche di P.M.A., dovrà allora interrompere i propri studi, oppure, conseguita la specializzazione dopo minimo cinque anni, semplicemente non intraprendere una carriera nell'ambito dell'oggetto dei suoi studi specialistici, e lavorare come ginecologo in un reparto diverso dai Centri di P.M.A. Lo stesso discorso varrà per le figure del biologo e genetista.

⁴⁶³ La postergazione degli effetti della dichiarazione di obiezione, a differenza dell'ipotesi di revoca, può risultare problematica: l'obiettore sopravvenuto risponde penalmente per l'astensione durante il decorso del mese ex art. 16.2 l. 40/2004? La giurisprudenza non risulta essersi mai espressa sul punto. Stando alla lettera della norma, sembrerebbe di sì. Tuttavia, la stessa risponde a esigenze di tipo organizzativo; è ragionevole ipotizzare che, durante il periodo di in cui l'obiezione non ha ancora effetti, gli interventi già programmati dall'ex non-obiettore vengano effettuati dagli altri colleghi. Viceversa, si potrebbe invocare una causa di non punibilità, sulla scia della giurisprudenza costituzionale che, riguardo l'obiezione al servizio militare, affermò che il legislatore non può porre condizioni arbitrarie ed eccessivamente onerose all'esercizio del diritto.

⁴⁶⁴ Secondo B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 377, detta omissione consentirebbe, invece, il ricorso all'obiezione "caso per caso".

L'ultimo comma dell'articolo 16 concerne la portata dell'esonero conseguente all'obiezione: la formula è identica all'articolo 9 della l. n° 194: l'obiezione esonera «dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita, e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento». Pertanto, non possono sollevare obiezione gli andrologi, psicologi, urologi ed endocrinologi coinvolti nelle procedure, giacché la loro opera si svolge in un momento preliminare, essendo volta a certificare lo stato di sterilità o infertilità, o ad assicurare un sostegno psicologico alla coppia⁴⁶⁵. Mancano, anche in questo caso, delle indicazioni dalla giurisprudenza.

È significativo notare come l'articolo 16 non contenga una clausola analoga a quella del quarto comma dell'articolo 9 della l. 194/1978: nessun obbligo delle strutture di garantire l'intervento, né alcun obbligo di garanzia a carico delle Regioni. Un'omissione che sembra, *prima facie*, potersi imputare nuovamente alla poca cura del legislatore.

In realtà è verosimile ipotizzare che, quando ha disciplinato l'obiezione di coscienza, il legislatore avesse ben presente l'astrattezza e l'improbabilità del ricorso all'obiezione⁴⁶⁶.

Agli artt. 10 e 11 della legge, si dettano i requisiti delle strutture autorizzate ad eseguire le tecniche di procreazione artificiale: si delega la Regione alla determinazione dei requisiti di organizzazione tecnica e del personale, dei requisiti per il conseguimento e la revoca dell'autorizzazione, si detta la disciplina dei controlli e per l'inserimento nell'apposito registro nazionale. Da una sommaria indagine sulle caratteristiche dei Centri figuranti in tale registro, si evince che essi sono organizzati o come struttura autonoma, generalmente privata, o, più raramente, come un autonomo reparto dell'ospedale. Sono solo 328 in tutta Italia⁴⁶⁷ e ospitano personale formato da ginecologi, biologi, psicologi, anestesisti, genetisti, urologi, andrologi, endocrinologi, infermieri specialisti e ostetriche.

Alla luce di ciò, è lecito domandarsi quale tutela potrebbe spettare al lavoratore che, conseguita la specializzazione e iniziato il lavoro in quest'ambito, improvvisamente, a seguito di un repentino mutamento delle proprie più profonde convinzioni, sollevi obiezione di coscienza.

Si può ipotizzare che, nei rari casi in cui lavori in ospedale, l'obiettore potrà trasferirsi in un altro reparto. Nelle strutture adibite ai soli trattamenti di procreazione assistita, invece, è difficile individuare una mansione da affidare al professionista che non sia "specificamente e necessariamente diretta" alla procreazione artificiale. Tanto più se si considera che l'obiezione è consentita solo per dette attività e

⁴⁶⁵ Secondo B. LIBERALI, *Ibidem*, p. 385, non possono sollevare obiezione i professionisti coinvolti nella diagnosi preimpianto, essendo quest'ultima non specificamente e necessariamente diretta alla PMA.

⁴⁶⁶ La lettura dei lavori parlamentari non aiuta a far chiarezza, in quanto l'obiezione di coscienza non è stata oggetto di alcun dibattito, il quale si è invece concentrato su temi ben più controversi, come l'ammissibilità dell'eterologa, della crioconservazione, etc. Secondo B. LIBERALI, *Ibidem*, p. 375 ss., l'omissione è dovuta al fatto che la situazione non fosse allarmante come quella della legge 194/78. L'A. denuncia che anche nell'obiezione alla PMA manca la previsione di una prestazione sostitutiva.

⁴⁶⁷ Elenco consultabile su iss.it

che, pertanto, lo specialista che può obiettare e che ha interesse a farlo è proprio colui che vuole esimersi dal compimento di quelle attività e che -ipoteticamente- oltre queste non avrebbe altro da fare nella struttura. La soluzione non può risiedere neppure nella scelta di affidare al medico delle mansioni diverse e secondarie; sarebbe assurdo ipotizzare che una persona che ha investito anni e denaro nella propria specializzazione, si accontenti poi di una mansione inferiore, laddove ben potrebbe lavorare come ginecologo in altre strutture. Ci si potrebbe domandare, inoltre, quale sarebbe la sorte dello stipendio del professionista obiettore, giacché, stante il divieto di atti discriminatori dell'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori, verosimilmente dovrebbe rimanere invariata nonostante una rilevante modifica delle mansioni.

Dette problematiche, però, non si sono mai poste in concreto: ancora una volta, non risulta alcun precedente giurisprudenziale a riguardo. E non solo.

L'obiezione è un grande assente anche nelle relazioni annuali redatte dall'Istituto Superiore della Sanità ai sensi dell'art. 15 della legge 40/2004. Leggendo tali documenti, si ha l'impressione che la possibilità di sollevare obiezione non sussista neppure, data l'omissione di ogni riferimento alla stessa. Il riferimento all'obiezione non compare neppure a seguito delle sentenze della Corte costituzionale che, rispettivamente nel 2009 e nel 2014, hanno introdotto la crioconservazione degli embrioni e la fecondazione eterologa.

Volendo dar conto anche delle lamentele dei cittadini non sfociate nelle aule di tribunale, sembra che l'unica ipotesi di astensione riguardi l'obiezione del medico che si rifiuti di prescrivere i farmaci necessari al procedura di fecondazione preliminare alla P.M.A.⁴⁶⁸: obiezione che, essendo *contra legem*, configura un illecito ex art. 328 c.p.

In conclusione, benché le tecniche in questione possano senz'altro coinvolgere profondamente la coscienza, risulta irrazionale riconoscere al professionista, specializzato per eseguire esclusivamente determinate mansioni, la possibilità di sollevare obiezione a queste stesse mansioni per le quali si è specializzato per anni, tant'è che di fatto sembra che nessuno sollevi obiezione di coscienza⁴⁶⁹. Non avrebbe dunque senso sollevare obiezione e chiedere il ricollocamento per lo svolgimento di altre mansioni, poiché i centri di PMA, come detto, svolgono esclusivamente mansioni connesse alla PMA. I mutamenti coscienziali potranno, semmai, rilevare in sede di inadempimento della prestazione, per il breve periodo in cui l'obiettore, che presto cambierà lavoro, resti nella precedente struttura, o di recesso anticipato dal contratto. Specificamente, colui che si trovi costretto a dimettersi e lasciare il centro di

⁴⁶⁸ È quanto denunciato da C. LALLI, *C'è chi dice no: dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*, cit., p. 145

⁴⁶⁹ Sembra invero potersi ravvisare una pressione ecclesiastica nel riconoscimento della clausola ex art. 16 della legge 40. Sono infatti spesso i movimenti cristiani ad evidenziare la necessità di un'obiezione alla P.M.A.: tali pratiche coinvolgono lo stesso riconoscimento della dignità umana, secondo la dichiarazione del Movimento Ecclesiale di Impegno Culturale (M.E.I.C.), in AA. VV., *Riforme costituzionali e procreazione assistita*, in *Orientamenti sociali sardi: rivista semestrale dell'Associazione culturale Mino Spanu dell'Azione cattolica diocesana di Cagliari*, 2004, p. 62.

PMA per motivi coscienziali, dovrebbe essere esonerato da ogni condanna al risarcimento dei danni da mancato preavviso nelle dimissioni o ogni danno correlato alla sopravvenuta mancanza del professionista necessario all'adempimento dei contratti già calendarizzati di procreazione assistita, giacché il professionista, in quanto obiettore, verserebbe in stato incolpevole di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

7. Obiezione di farmacisti e medici alla vendita e prescrizione della pillola del giorno dopo

L'11 ottobre del 2000 è stato pubblicato il Decreto del Ministro della Sanità n. 510, che ha autorizzato la vendita del farmaco contenente *Levonorgestrel*. Dalle indicazioni terapeutiche si evince che la commercializzazione del farmaco è volta a ridurre il numero delle interruzioni di gravidanza, quale intervento più invasivo e dannoso per la salute della donna, nonché più costoso per lo Stato. L'assunzione del farmaco Norlevo, infatti, è indicata entro 72 ore da un rapporto non protetto, dal mancato funzionamento dell'anticoncezionale o in caso di violenza carnale. Il DM prevede l'obbligo di acquisto su presentazione di ricetta valida massimo 72 ore, da rinnovare volta per volta; è inserito tra i farmaci di categoria C, a totale carico dell'acquirente.

Prima della pubblicazione del D.M. 510/2000, l'allora Ministro Umberto Veronesi, timoroso delle polemiche che la commercializzazione di Norlevo avrebbe potuto scatenare tra i farmacisti contrari all'aborto, si premurò di specificare, in un comunicato stampa⁴⁷⁰, che «la commercializzazione avviene in virtù di un atto amministrativo obbligatorio eseguito al termine di una procedura europea di “mutuo riconoscimento” proposta dalla Francia [...] e l'autorizzazione all'immissione in commercio è pertanto identica in tutti i Paesi europei». Soprattutto, volle prendere posizione sulla questione della natura abortiva del farmaco, dichiarando che «Norlevo non provoca interruzione di gravidanza, in quanto inibisce l'eventuale attecchimento o annidamento nell'utero dell'ovulo che potrebbe essere stato fecondato. L'azione del farmaco tende a ricreare le condizioni di un processo biologico naturale che impedisce e spesso blocca l'impianto dell'ovulo fecondato»⁴⁷¹.

A nulla valsero questi accorgimenti del Ministro: dopo la pubblicazione del D.M. 510/2000 la polemica divampò, essendovi dei farmacisti e dei medici che invocavano la possibilità di obiettare, rispettivamente, alla prescrizione e alla vendita di un farmaco che interromperebbe comunque lo

⁴⁷⁰ Comunicato stampa 235 del 5 Ottobre 2000, corsivo non testuale

⁴⁷¹ In realtà, l'argomentazione del Ministro si potrebbe definire fallace: infatti, basa la natura non abortiva del farmaco sulla sua impossibilità di ledere il processo di sviluppo dell'embrione già impiantato nell'utero. Tuttavia, come già visto, la fase dell'impianto o annidamento inizia tra il sesto e il tredicesimo giorno dopo la formazione dello zigote, e termina al quattordicesimo giorno (C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, cit., p. 1291). Per quanto secondo una tesi la gravidanza inizi dopo l'annidamento, e per quanto prima di allora vi sia un'alta probabilità (60/70% C. FLAMIGNI, *Ibidem*, p. 1291) che l'embrione non prosegua il suo sviluppo, tale impostazione non può imporsi alla coscienza di chi vede già nello zigote, anche non annidato, un essere umano.

sviluppo dell'embrione.

Dal 2011 si è affiancato a Norlevo il farmaco Ellaone, che si può assumere entro i 5 giorni dal rapporto a rischio, previo rilascio di una prescrizione che era subordinata alla presentazione di un test di gravidanza negativo⁴⁷². È stata infine autorizzata la vendita di entrambi i farmaci senza prescrizione, salvo che per le minorenni nel solo caso di Norlevo⁴⁷³; si è così eliminata in gran parte la problematica dell'obiezione del medico di base.

La tesi dell'efficacia antinidatoria del farmaco è stata sconfessata dai più recenti studi; tuttavia, nell'analizzare l'eventualità di un diritto all'obiezione, si terrà in conto anche la tesi previgente.

Bisogna premettere, per quanto riguarda l'obiezione del medico alla prescrizione di un farmaco, che la Suprema Corte ha specificato che il paziente è titolare di un «diritto soggettivo all'erogazione dei medicinali» e che la ricetta opera secondo un duplice meccanismo, sia come certificato della visita del medico, sia come autorizzazione amministrativa che rimuove i limiti all'esercizio del diritto soggettivo alla consegna dei farmaci su ricetta⁴⁷⁴.

Pertanto, la paziente vanterà, nei confronti del medico curante, il diritto ad essere visitata e, ove dichiarerà di aver avuto un rapporto non protetto, ad ottenere la ricetta per la pillola del giorno dopo⁴⁷⁵. Non sembra che l'attività del medico che predispose la ricetta possa integrare un'attività amministrativa discrezionale, ma tutt'al più vincolata, potendo egli negare la compilazione solo per ragioni sanitarie, ad esempio ove la paziente soffra di problemi alla coagulazione sanguigna. Il medico che rifiuti di consegnare la ricetta della pillola del giorno dopo, stante l'indifferibilità assoluta della prestazione, sarà pertanto punibile ex art. 328 c.p.

Non può infatti configurarsi nessuna possibilità di obiezione alla prescrizione del farmaco in capo al medico. Ciò perché, anche prescindendo da una reale efficacia inibitoria dell'impianto, l'incidenza causale dell'attività del medico sulla violenza contro lo zigote è mediata da più circostanze: dalla volontà della donna, la quale dovrà andare in farmacia, acquistare il farmaco e assumerlo; dall'attività di vendita del farmacista; dall'esistenza stessa dello zigote e dal fatto che questo potrebbe comunque non impiantarsi, come spesso avviene secondo un naturale processo nel corpo femminile⁴⁷⁶.

⁴⁷² Si veda la Determinazione AIFA dell'8 novembre 2011 n. 2703, che autorizza l'immissione in commercio di Ellaone, farmaco a base di ulipristal.

⁴⁷³ Con Determina AIFA del 21 aprile 2015 si è autorizzata la vendita di Ellaone senza prescrizione, tranne che per le minorenni, e senza più obbligo di preventivo test di gravidanza; l'obbligo di prescrizione resta solo per le minorenni anche per Norlevo, a seguito di Determina AIFA del 1 febbraio 2016. Con la recente determina AIFA dell'8 ottobre 2020, Ellaone può essere acquistato senza prescrizione anche dalle minorenni.

⁴⁷⁴ Cass. pen., 31 marzo 2011, n. 13315, in *Raginfarm*, 2011, 123, p. 49 ss. Più precisamente si tratterebbe di un diritto in attesa di espansione: benché il paziente goda senz'altro del diritto soggettivo alla consegna dei medicinali necessari, per quanto concerne quelli sottoposti a ricetta medica, egli può vantare solo un interesse legittimo alla consegna, mentre il diritto sorgerà col possesso della ricetta del medico.

⁴⁷⁵ È auspicabile, in ogni caso, che il medico la informi della possibilità, anche per il futuro, di poter acquistare Ellaone senza ricetta. Trattasi infatti di farmaci (sia Ellaone che Norlevo) di tipo SOP, ossia senza obbligo di ricetta ma non da banco, differenziandosi da questi ultimi in particolare per il divieto di pubblicizzazione.

⁴⁷⁶ La possibilità del medico di sollevare obiezione troverebbe fondamento nell'art. 22 Cod. Deont., che tuttavia non può

Il problema dell'obiezione dei farmacisti dev'essere invece affrontato diversamente⁴⁷⁷.

È pur vero, infatti, che, sebbene nei primi giorni dopo il rapporto non sia possibile accertare la fecondazione dell'ovulo, né, conseguentemente, l'interruzione dello sviluppo del medesimo, tuttavia non si può neppure escludere che lo zigote si sia formato (cosa che può avvenire anche dopo 24 ore dal rapporto⁴⁷⁸) e che la donna assuma il farmaco proprio nelle prime ore successive alla sua formazione. In tal senso vi erano dubbi circa l'effetto interruttivo dello sviluppo embrionale.

Accogliendo questo rilievo, il T.A.R. Lazio, pur confermando la legittimità del DM 510/2000, ha dichiarato l'illegittimità parziale dell'atto per non aver tenuto conto dell'insufficienza delle informazioni contenute nel foglietto illustrativo di Norlevo, nella parte in cui non dava atto del rischio di impedire l'impianto dell'embrione⁴⁷⁹.

Alla luce di quanto sopra, sembrerebbe che la coscienza del farmacista che ritenga che la vita umana inizi sin dalla formazione dello zigote, pur non ancora annidato, possa essere turbata dall'obbligo di vendita della pillola del giorno dopo. È vero che il farmacista parteciperebbe in maniera indiretta alla lesione dello zigote, poiché sarà la donna a decidere di assumere il farmaco. Tuttavia, si è visto che la violenza indiretta sugli embrioni non impiantati è già valsa a giustificare l'obiezione alla PMA, sin dall'introduzione della legge, quando l'unica ipotesi controversa era quella della revoca della donna all'impianto dell'embrione già fecondato. La questione si pone in termini analoghi, in quanto a carico del farmacista sussiste un vero e proprio obbligo di vendere Norlevo e Ellaone.

L'attività farmaceutica è regolata *in primis* dal R.D. 1265/1934 e dal R.D. 1706/1938, che fissano le regole base dell'attività, delineando una disciplina così riassumibile: il farmacista deve dotarsi dei farmaci indicati come obbligatori nella Farmacopea Ufficiale e assicurare la loro buona conservazione; l'attività è svolta sotto la responsabilità del titolare autorizzato.

Dalla Farmacopea Ufficiale risulta che Norlevo e Ellaone, non figurano nella Tabella 2, tra i farmaci dei quali il farmacista deve obbligatoriamente essere provvisto; si trovano, invece, nella Tabella 5⁴⁸⁰, tra

assurgere al rango di legge: è la tesi che illustra P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 297 ss. e abbracciata dal parere del C.N.B. 28 maggio 2004.

⁴⁷⁷ Si noti che non può ammettersi nessun paragone col caso dell'aborto farmacologico. A prescindere dal fatto che nel secondo caso vi è una gravidanza accertata e son superati i rischi di eventuali fallimenti spontanei dell'annidamento, il medico che si occupa dell'aborto farmacologico si cura non solo della consegna dei due farmaci, ma si occupa anche di vigilare sulla loro somministrazione, eventualmente effettuandola egli stesso. Benché da agosto 2020 non sia più necessario il ricovero della paziente, quest'ultima dovrà essere tenuta in osservazione in occasione della somministrazione del secondo farmaco, per monitorare l'insorgenza di eventuali effetti collaterali, motivo per il quale la somministrazione può avvenire solo in strutture ospedaliere o strutture ambulatoriali opportunamente attrezzate.

⁴⁷⁸ C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1287 ss.

⁴⁷⁹ T.A.R. Lazio, 12 ottobre 2001, n. 8465, in *Rass. Dir. Farm.*, 2003, p. 66 ss. Il TAR ha escluso l'illegittimità del DM per violazione di legge in quanto nessuna norma, né costituzionale né ordinaria, indica il momento iniziale della vita; né ravvisò alcun contrasto con la legge 194/78, il cui ambito operativo riguarda un momento in cui l'embrione è impiantato nell'utero e la gravidanza è accertabile.

⁴⁸⁰ Si veda, nella tabella 5, la parte relativa ai farmaci destinati alla contraccezione di emergenza a base di levonorgestrel e ulipristal.

i farmaci da consegnare su richiesta (e con ricetta -per Norlevo- in caso di minorenni). Ove il farmacista non abbia detti farmaci in sede, dovrà però procurarseli «nel più breve tempo possibile, purché il richiedente anticipi l'ammontare delle spese di porto»⁴⁸¹.

L'obbligatorietà della prestazione è dunque incontestabile.

Diverse sono le teorie ipotizzate per fondare l'obiezione di coscienza del farmacista.

Innanzitutto, vi è chi invoca la responsabilità del farmacista nell'esercizio della sua attività, sancita dall'art. 122 del R.D. 1265/1934, assumendo che la vendita della pillola del giorno dopo sarebbe contraria alla legge, specificamente alla l. 194/1978⁴⁸². L'argomento è però assai debole: l'art. 122 si riferisce alla responsabilità professionale del farmacista; sicuramente non può fondare una responsabilità relativa alla valutazione dell'idoneità della terapia medica, nel caso di farmaco con ricetta, né tanto meno, negli altri casi, può fondare alcuna responsabilità su un eventuale contrasto tra legge e D.M. che autorizza la vendita del farmaco⁴⁸³.

In secondo luogo, vi è chi sostiene la legittimità dell'obiezione in base all'applicabilità, per analogia, dell'articolo 9 della legge 194/1978. Il paragone riguarda, in particolare, il diritto di obiezione esercitabile dal ginecologo relativamente alla somministrazione della RU-486⁴⁸⁴. Tuttavia, l'interpretazione analogica non è assolutamente configurabile in una fattispecie come quella dell'obiezione di coscienza, che riconosce un'eccezionale esenzione dagli obblighi legali⁴⁸⁵. La tesi appare ancor più insostenibile se si considera che l'estensione analogica dovrebbe riguardare anche le cautele per garantire l'erogazione del farmaco, una procedura per quantificare gli obiettori, una revoca tacita dell'obiezione per chi compia in altra sede gli atti che assume contrari alla propria coscienza e via dicendo. Una disciplina, questa, che dovrebbe essere predisposta appositamente dal legislatore, studiata e modellata sull'ipotesi del farmacista⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Art. 38, secondo comma, del R.D. 1706/1938.

⁴⁸² Lo cita tra gli argomenti *pro-odc*, G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993, p. 135, il quale afferma che dall'art. 122 «può desumersi la legittimità del rifiuto del farmacista di somministrare farmaci che siano in contrasto con le vigenti disposizioni di legge».

⁴⁸³ Relativamente all'ipotesi residuale di pillola del giorno dopo su ricetta, si osservi che la Corte di Cassazione, a conferma dell'assenza di ogni responsabilità in capo al farmacista per i farmaci con ricetta, con giurisprudenza consolidata ha escluso ogni responsabilità del farmacista per i danni causati al paziente dalla somministrazione del farmaco su ricetta medica, finanche ove ne abbia causato il decesso. Si vedano Cass., 28 marzo 2008, n. 8073, in *Resp. civ.*, 2008, 11, p. 888 ss. e Cass., 31 marzo 2011, n. 13315, cit.

⁴⁸⁴ G. BONI, *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2001, XXX, Milano, p. 677 ss.; G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei*, cit., p. 295 ss. Per interpretazione analogica, stando a quest'impostazione, il personale farmacista dovrebbe qualificarsi come "personale sanitario", in corrispondenza della sua attività come "specificamente e necessariamente diretta" all'interruzione di gravidanza.

⁴⁸⁵ Si vedano le osservazioni sulle caratteristiche dell'obiezione di coscienza di cui al primo paragrafo della presente sezione. Cfr. V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. di medicina legale*, 2012, II, p. 403 ss., che imputa la non estensibilità della clausola ex art. 9 alla non estensibilità delle scriminanti, concludendo che «l'estensione in via analogica dell'art. 9 non prospetterebbe un riempimento di una lacuna, ma il sovvertimento di una disciplina legalmente stabilita».

⁴⁸⁶ In assenza di dette garanzie, la donna rischierebbe di scontrarsi col rifiuto alla vendita di vari farmacisti, con esiti particolarmente gravi nei piccoli paesi isolati; il risultato sarebbe la necessità di ricorrere all'aborto, con un'eterogeneità dei fini dannosa per la salute della donna e dell'embrione. In quest'ottica vale la pena sottolineare come ancora più gravi

Le principali ragioni della tesi contraria all'obiezione, da quanto emerge dalle pronunce della giurisdizione amministrativa, risiederebbero, invece, nella circostanza, scientificamente provata dal 2013, che la pillola del giorno dopo non è un farmaco abortivo⁴⁸⁷. Come chiarito dagli studi in materia, infatti, se l'ovulazione è già avvenuta, lo zigote potrà formarsi, perché il farmaco non ha effetto: infatti, Norlevo e Ellaone agiscono ritardando l'ovulazione. In parole povere, premesso che il rapporto non protetto ha causato l'ingresso, nell'utero della donna, di spermatozoi che rimarranno vivi per qualche giorno e capaci di fecondare una cellula uovo, il farmaco impedisce che le ovaie -con l'ovulazione- rilascino l'uovo che potrebbe essere fecondato, creando lo zigote. Se l'ovulazione è già iniziata, il farmaco non agisce. Il meccanismo è quindi di tipo preventivo, esattamente come per i contraccettivi mensili. L'obiettore non avrebbe, pertanto, alcun motivo di turbamento, in quanto, alla luce degli studi su cui hanno basato le raccomandazioni europee recepite con la determina AIFA del 17 dicembre 2013, il farmaco non può assolutamente causare la morte dello zigote, ma solo degli spermatozoi.

Ove si autorizzasse la vendita di un farmaco ad efficacia antinidatoria, che possa impedire l'impianto dello zigote, dovremmo però giungere ad altre conclusioni.

Infatti, la negazione del diritto di obiezione non potrebbe fondarsi sull'asserita non abortività del farmaco che non interviene su un embrione già annidato, in quanto questa affermazione dà per scontato ciò che invece non lo è, ossia che la vita inizia solo dopo l'annidamento. In questo caso, allora, dovremmo concludere che l'esclusione dell'obiezione è frutto di una scelta del legislatore.

Ci si potrebbe chiedere se la Corte costituzionale possa intervenire, in futuro, a tutela del diritto di obiezione dei farmacisti. Vi sono, tuttavia, vari indizi che suggeriscono una soluzione contraria.

Infatti, l'orientamento delle istituzioni pubbliche e della giurisprudenza è sempre stato contrario al riconoscimento di siffatta obiezione: ci si riferisce alla citata dichiarazione del Ministero della Sanità del 2000, alla giurisprudenza amministrativa e alle proposte di legge volte a introdurre detto diritto, che non

sarebbero gli effetti dell'obiezione di coscienza del medico di base alla prescrizione del farmaco alla minorenni, giacché comporterebbe l'onere della minore di recarsi al consultorio o alla guardia medica negli orari prestabiliti, così pregiudicando l'efficacia del farmaco, che è massima se assunto entro poche ore. Ove anche i medici di dette strutture fossero obiettori, la minore dovrebbe recarsi nelle città vicine sperando di ottenere la prescrizione, dovendo pagare dai 10 ai 30€ (tariffa variabile da Regione a Regione; stime tratte da salute-italia.it) per i servizi della guardia medica per i non residenti.

⁴⁸⁷ Dette indicazioni emergono in maniera costante a partire dalla già citata T.A.R. Lazio, 12 ottobre 2001, n. 8465, che nega la natura abortiva del farmaco perché agisce con effetti contraccettivi in un momento anteriore all'innesto dell'ovulo fecondato. Tuttavia, detta sentenza impose l'inserimento della dicitura "il farmaco potrebbe anche impedire l'impianto". Specifica l'assenza di efficacia antinidatoria la giurisprudenza successiva, conseguente all'impugnazione della determina AIFA resa il 17 dicembre 2013 in esecuzione della Raccomandazione europea del Comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza dell'Ema, che ha modificato il foglietto illustrativo della c.d. contraccezione d'emergenza, indicando che l'azione del farmaco consiste nel bloccare o nel ritardare l'ovulazione, ma non può impedire l'impianto dell'ovulo fecondato (eliminando così la dicitura imposta dal T.A.R. nel 2001). Il T.A.R. Lazio, con l'ord. n. 2407 del 29 maggio 2014, inedita, ha rigettato l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato sulla base del fatto che gli studi scientifici sul punto hanno dimostrato che Norlevo non può interrompere la gravidanza. Tale ordinanza è stata confermata dal Consiglio di Stato (ord. sez. III, 11 settembre 2014, n. 4057, su culturacattolica.it). Per approfondimenti, si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 656 ss. e P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, cit., p. 273 ss.

sono mai andate in porto⁴⁸⁸.

In senso contrario al diritto di obiezione del farmacista si sono espressi anche il Movimento Nazionale Liberi Farmacisti⁴⁸⁹, la Federazione Internazionale di Ginecologia e Ostetricia, che sostiene che la pillola del giorno dopo abbia un'efficacia solo contraccettiva⁴⁹⁰ e la stessa Corte E.D.U.⁴⁹¹.

8. Obiezione di coscienza e eutanasia

Attualmente manca nell'ordinamento italiano una legge che disciplini l'eutanasia cosiddetta attiva e il suicidio assistito, trattamenti volti a provocare la morte del paziente con la somministrazione di un farmaco letale⁴⁹².

È pur vero che, nel 2019, la Corte costituzionale⁴⁹³ è intervenuta a depenalizzare l'art. 580 c.p., entro circoscritti limiti e secondo una procedura articolata che consentirebbe l'accesso al suicidio assistito ai medesimi pazienti che, in base alla l. 219/17, possono rifiutare i trattamenti di sostegno vitale⁴⁹⁴. Tuttavia, la procedura della Corte costituzionale non sembra esente da problemi di applicazione, né

⁴⁸⁸ D.d.l. 401 del 24 giugno 2008, "Disposizioni in materia di diritto all'obiezione di coscienza da parte dei farmacisti" fermo all'assegnazione in commissione; d.d.l. 2121 del 20 aprile 2010 sulle "Disposizioni in materia di obiezione di coscienza dei farmacisti nella dispensa dei farmaci rientranti nella contraccettazione di emergenza" fermo all'assegnazione alle commissioni riunite Giustizia e Igiene e sanità dal 12 maggio 2010; d.d.l. 1087 del 9 ottobre 2013, presentato in Senato senza aver seguito; proposta di legge C. 3805, presentata il 4 maggio 2016, anch'essa ferma all'assegnazione in commissione.

⁴⁸⁹ Che auspica la revoca della concessione alle farmacie con soli obiettori, come dà atto C. LALLI, *C'è chi dice no: dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*, cit., p. 119

⁴⁹⁰ Delibera del 2009 citata in A. APRILE, *Interruzione volontaria della gravidanza: casistica medico legale*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1720

⁴⁹¹ Il riferimento è al caso *Pichon e Sajous c. Francia* del 2001, già citato nel paragrafo 3 della presente sezione.

⁴⁹² Specificamente, nel caso del suicidio assistito il medico predispose il farmaco letale ed un meccanismo per consentirne l'assunzione da parte del paziente; sarà però quest'ultimo ad attivare detto meccanismo e a somministrarsi il farmaco. Il "vantaggio" di tali trattamenti risiederebbe nella circostanza che, mentre col rifiuto delle cure unito alla c.d. sedazione terminale, il paziente muore per cause naturali nel giro di giorni, con la somministrazione della sostanza letale la morte si verifica immediatamente.

⁴⁹³ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

⁴⁹⁴ L'intervento manipolativo della Corte sull'art. 580 c.p. ha consentito, a determinate condizioni, solamente l'attuazione del suicidio assistito. Non poteva essere altrimenti, considerato che l'eutanasia ricade nella fattispecie dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente). Per approfondimenti si veda P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *Biolan journal*, 1/2020, pp. 13-14, molto critico sulle disparità che conseguono tra pazienti da quella ristretta area di depenalizzazione. In breve, la procedura delineata dalla Consulta prevede la possibilità di accedere al suicidio assistito per i soggetti sottoposti a trattamenti di sostegno vitale in conseguenza di una patologia irreversibile, pienamente capaci di intendere e di volere. Beninteso, è implicito che tali soggetti debbano possedere una qualche capacità di mobilità, sì da poter azionare il meccanismo che consentirà la somministrazione del farmaco. Il paziente verrà prima informato della possibilità di ricorrere alla c.d. sedazione terminale già prevista dalla l. 219/17; ove permanga il proposito di ricorrere all'eutanasia o al suicidio assistito, il medico riceverà il suo consenso informato ai sensi dell'art. 1 della l. 219/17. Si dovrà allora richiedere il parere del comitato etico territorialmente competente; non si specifica se si tratta di un parere vincolante (come quelli che il CNB rende sulle proposte di nuove sperimentazioni) o non vincolante. Infine, spetterà a una struttura pubblica del SSN determinare le condizioni e modalità di esecuzione del trattamento eutanasi. Per approfondimenti si veda C. MUGELLI, *Le cautele procedurali ed il richiamo ai comitati etici nel caso Cappato*, in *Giur. It.*, 5, 2020, p. 1062 ss., la quale propende per la non vincolatività del parere del Comitato etico; in tal senso anche U. ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *Biolan journal*, 1/2020, p. 53. Evidenzia le criticità dell'obbligo del preventivo parere del Comitato etico L. ORSI, *Il punto di vista di un medico rispetto alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. Civ.*, 2, 2020, p. 428.

essere pacificamente e direttamente applicabile⁴⁹⁵.

Ad ogni modo, la Corte ha specificato che la depenalizzazione dell'art. 580 c.p., nei termini specificati in sentenza, non comporta alcun obbligo di procedere a carico del medico⁴⁹⁶: «resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato». Questo è un punto fondamentale della pronuncia; a seconda dell'interpretazione che si dà a questo inciso, gli effetti della decisione della Corte cambiano sensibilmente.

Al contrario della giurisprudenza⁴⁹⁷, larga parte della dottrina sostiene che la Corte abbia introdotto un vero e proprio obbligo, per le strutture del SSN, di garantire che i pazienti che ne facciano richiesta, sussistenti le condizioni, possano accedere al suicidio assistito; conseguentemente, detti autori criticano con veemenza l'introduzione di quello che si configurerebbe come un vero e proprio diritto di obiezione di coscienza, non soggetto a procedure e limiti e che conseguentemente vanificherebbe, di fatto, l'attuazione del diritto del paziente⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ A testimonianza di detti problemi è intervenuto di recente il rifiuto di una ASL di effettuare i trattamenti in oggetto, confermato in un primo momento da Trib. Ancona, ord. 26 marzo 2021, in *associazione luca coscioni.it* e successivamente revocato a seguito della sentenza Trib. Ancona, ord., 9 giugno 2021, in *Quotidiano Giuridico*, 2021, che ha accolto il reclamo e riformato il precedente provvedimento. A parere della scrivente, la principale problematicità risiede nel fatto che la Corte non introduce un diritto all'eutanasia, ma si limita a depenalizzare una fattispecie, specificando che la declaratoria di illegittimità non comporta alcun obbligo per i medici. Per di più, la procedura delineata dal provvedimento dovrà essere obbligatoriamente effettuata in un ospedale pubblico. Se la struttura dell'assenza di obblighi non inibisce l'accesso all'eutanasia in Paesi come Belgio, Olanda e Lussemburgo, nei quali le strutture sanitarie sono private e finanziate da un sistema mutualistico-assicurativo, si presenta invece come un vero scoglio per il sistema sanitario italiano. Di fatti, nell'ambito di un sistema sanitario pubblico, vi sono perlomeno dubbi su come si possa garantire l'eutanasia, prestazione non inserita nei LEA, non obbligatoria e relativamente alla quale potrebbero sorgere finanche dubbi sulla rimborsabilità e retribuzione. Si ricordi che già in occasione dell'introduzione della PMA eterologa furono diverse le Regioni che, essendo soggette a vincoli finanziari, non potevano assicurare prestazioni estranee ai LEA, e dunque neanche l'eterologa stessa (approfondimenti in nota 142, paragrafo 4, sezione 2). D'altronde lo stesso collegio del Tribunale di Ancona sopra richiamato, nell'accogliere le doglianze del reclamante, conferma che «non si può ritenere (in materia di prestazioni terapeutiche) che tutto ciò che sia tollerato o lecito sia altresì dovuto» e sottolinea che il motivo dell'accoglimento del reclamo è la circoscrizione della domanda, che non riguarda l'ottenimento della prestazione di suicidio assistito da parte della ASL -cui l'attore non avrebbe diritto-, bensì solo l'espletamento degli accertamenti preliminari a detto trattamento, così come descritti dalla Corte costituzionale. Invero questa ricostruzione sembra presentare qualche incongruenza, laddove afferma in un primo luogo che la sentenza della Consulta non avrebbe introdotto obblighi, ma successivamente ritiene la ASL obbligata ad accertare i presupposti delineati nella medesima sentenza.

⁴⁹⁶ La sentenza afferma, al punto 6 dei Considerato in diritto, che «la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuti in capo ai medici».

⁴⁹⁷ Si veda *supra*, nota 495.

⁴⁹⁸ In tal senso molti autori nel numero 1/2020 del *Biolanjournal*. Si veda innanzitutto P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, cit., p. 19 ss. che sottolinea come il riconoscimento incontrollato dell'odc, «senza aggiungere almeno un "principio" che costringa le strutture sanitarie a farsi carico di eventuali obiezioni a oltranza», finisce per minare la stessa configurabilità di un diritto al suicidio assistito. U. ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, cit., p. 54 ss., che sottolinea come la pronuncia introduca l'obbligo del SSN di garantire l'applicazione del diritto al suicidio assistito e critica l'asserita introduzione dell'odc in assenza di disciplina legislativa, essendo inoltre non costituzionalmente obbligata. Conclude l'A. sottolineando il rischio che, tramite l'abuso dell'obiezione, venga meno lo stesso obbligo della prestazione. Ancora, M. E. BUCALO, *La "circoscritta (e puntellata) area" di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. fra self-restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, *Ibidem*, p. 118 ss. L'A. utilizza un'argomentazione analogica, sottolineando come la stessa l. 219/17 su cui si modella la procedura delineata dalla Corte contenga sia l'obiezione sia l'obbligo delle strutture di garantire la prestazione. Tuttavia, aggiunge, potrebbe esserci anche una seconda lettura della pronuncia, secondo la quale non si introdurrebbe né obbligo di prestazione né, conseguentemente, diritto all'obiezione. Si veda infine N. VETTORI, *Suicidio assistito e amministrazione sanitaria. Note a prima lettura sulle prospettive aperte dalla Corte costituzionale*, *Ibidem*, pp. 226-227, che cita tre argomentazioni a favore della sussistenza dell'obbligo per l'amministrazione sanitaria:

Sembra peraltro che vi siano molti argomenti per sostenere il contrario. La Corte si sarebbe, cioè, limitata a depenalizzare una procedura, senza che la stessa, tuttavia, assurga a diritto reclamabile dal paziente presso le strutture del SSN. *In primis* vi è un argomento letterale: la Corte non utilizza la terminologia “obiezione di coscienza” (termine utilizzato, invece, per l’invito rivolto al legislatore); nell’affermare che non si introduce alcun obbligo di procedere in capo ai medici, aggiunge, inoltre, che questi potranno decidere se “esaudire” le richieste del paziente, quasi si trattasse di un desiderio e non di un diritto⁴⁹⁹. In secondo luogo, la Corte più volte ribadisce l’importanza dell’intervento del legislatore, delineando una disciplina “ponte”, destinata ad essere necessariamente provvisoria e pertanto non dettagliata né perfezionata. La Corte, ben conscia degli abusi dell’obiezione all’aborto, ben conscia delle garanzie che la legge 194/1978 ha previsto (tra tutte, la mobilità dei medici non obiettori), non menziona nessuna di queste garanzie, né vi fa rinvio citando l’art. 9 della legge 194/1978. Appare perlomeno inverosimile che la mancata previsione di limiti all’obiezione sia dovuta a una scelta politica o alla distrazione dei giudici costituzionali. Appare ancor più strano pensare che la Corte non si sia resa conto che con questo inciso avrebbe vanificato ogni garanzia della prestazione, riconoscendo un’obiezione generalizzata che, come si è ampiamente argomentato nei paragrafi precedenti, non trova avallo nemmeno dalla dottrina minoritaria.

È invece più verosimile ipotizzare che la Corte abbia voluto porre una toppa nell’ordinamento, prevedendo un’area di non punibilità che tutelasse i casi di aiuto al suicidio già verificatisi e offrisse una garanzia per quelli futuri e finanche, pure, per la simile ipotesi di eutanasia. Non pare esservi, dunque, alcun obbligo del SSN, né diritto del paziente, che sarebbe davvero garantito solo con un inserimento della prestazione nei LEA, che è tuttavia riservato al legislatore.

Nella formulazione utilizzata dalla Corte non può leggersi, pertanto, una vera e propria obiezione di coscienza, in quanto manca l’elemento principale della fattispecie: la prestazione obbligatoria per legge⁵⁰⁰. Sembrerebbe che la Corte lasci quindi al legislatore la scelta sull’introduzione di un eventuale

l’importanza dei diritti costituzionali sui quali si fonda il presunto diritto al suicidio, la non necessità di una normativa a copertura del nuovo obbligo e la previsione dell’obiezione di coscienza.

⁴⁹⁹ Critica in questo senso la terminologia utilizzata dalla Corte, pur ritenendo che la stessa introduca un vero e proprio diritto, U. ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, cit., p. 50.

⁵⁰⁰ La presente trattazione non può però esaurire un tema così complesso. In senso contrario, ravvisando nelle parole della Consulta il riconoscimento di una vera e propria obiezione di coscienza, oltre agli autori già citati M. BIANCA, *L’aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell’aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Corriere Giur.*, 2020, 2, p. 145 ss. Conforme, invece, una delle due interpretazioni alla sentenza offerte da M. E. BUCALO, *La “circoscritta (e puntellata) area” di incostituzionalità dell’art. 580 c.p. fra self-restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, cit., p. 119 e B. LIBERALI, *L’aiuto al suicidio “a una svolta”, fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *diritticomparati.it*, la quale argomenta altresì in maniera approfondita sul perché la sentenza non introdurrebbe un diritto al suicidio assistito. Detta interpretazione pare condivisa anche dal Consiglio dell’Ordine dei Medici, giacché, nella modifica approvata il 6 febbraio 2020 all’art. 17 cod. deont. si parla di “libera scelta del medico” di agevolare il proposito suicidario del paziente. Giacché l’obiezione, si ricordi, è un’eccezione, in linea generale non si dovrebbe poter parlare di “libera scelta”, ma di obbligo del medico. La terminologia e l’impostazione adottata è parecchio diversa, infatti, dall’obiezione all’interruzione di gravidanza.

diritto al suicidio assistito (e all'eutanasia) e di un eventuale diritto all'obiezione di coscienza dei medici. Tuttavia, vale la pena notare come le leggi sull'eutanasia adottate nei paesi del Benelux, gli unici Paesi europei nei quali è legalizzato questo trattamento, non prevedono un diritto all'obiezione, né alcun obbligo di intervento in capo al medico⁵⁰¹. Questo modello favorisce il diffondersi dell'eutanasia presso centri privati specializzati, analogamente che per la PMA, circostanza che scongiura la presenza di obiettori nella struttura e che garantisce l'erogazione a scopo lucrativo secondo un meccanismo di domanda/offerta. È un metodo evidentemente inadatto a garantire l'erogazione del trattamento nelle strutture pubbliche, come dispone la Consulta.

In conclusione, per quanto riguarda l'eutanasia attiva e il suicidio assistito, spetterà al legislatore decidere se imporre l'obbligo, nelle strutture pubbliche, di garantire la prestazione, eventualmente prevedendo una clausola di coscienza e le relative garanzie per prevenire degli abusi. Il legislatore potrà altresì decidere se consentire l'erogazione del trattamento anche nelle strutture private, convenzionate o no.

Diversa è l'ipotesi dell'eutanasia passiva: a seguito del distacco dai presidi di sostegno vitale, la morte del paziente, sottoposto a sedazione profonda, sopraggiunge per cause naturali.

Questa pratica, più comunemente designata come rifiuto o interruzione delle cure o dei sostegni vitali, è consentita in molti Paesi europei, senza però prevedere un diritto all'obiezione di coscienza⁵⁰².

In Italia l'assenza testuale dell'obiezione è stata guardata con sfavore innanzitutto dai cattolici, poiché

⁵⁰¹ L'art. 15 della legge del Lussemburgo sull'eutanasia e il suicidio assistito, emanata il 16 marzo 2009, consultabile al link <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2009/03/16/n2/jo>, dispone che nessun medico ha l'obbligo di eseguire l'eutanasia o il suicidio assistito; in caso di rifiuto del medico questo è tenuto, su richiesta del paziente o del fiduciario, a comunicare la cartella clinica a un altro medico designato da questi ultimi. La legge olandese del 12 aprile 2001, consultabile al link <https://wetten.overheid.nl/BWBR0012410/2020-03-19>, non prevede alcuna clausola di coscienza, né prevede espressamente la possibilità del personale sanitario di non partecipare all'eutanasia. Detta possibilità si è comunque pacificamente affermata per prassi. Infine, la legge belga del 24 maggio 2002, consultabile al link http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2002052837, già prevedeva, all'art. 14, che la richiesta di eutanasia non fosse vincolante per il personale sanitario. Con legge del 23 marzo 2020, all'art. 14 si è però aggiunto un comma che prevede l'espressa possibilità del medico di rifiutare di effettuare l'eutanasia invocando la libertà di coscienza, con l'obbligo di indirizzare il paziente ad altro medico designato da quest'ultimo o da una sua persona di fiducia; in ogni caso, il medico ha l'obbligo di indirizzare il paziente a un centro specializzato sull'eutanasia. Si noti come il suicidio assistito, a differenza dell'eutanasia, sia legale anche in Germania, nella quale detta possibilità è stata introdotta dagli interventi della giurisprudenza costituzionale. Anche in questo caso, però, si è chiarito che il medico non ha obbligo di prender parte alle procedure di suicidio assistito. Per approfondimenti F. LAUS, *Sentenza del 26/02/2020, Anche la Corte costituzionale tedesca interviene sul suicidio assistito*, in *federalismi.it*; F. CAMPLANI, *Diritto penale e fine vita in Germania. I reati di omicidio su richiesta e di sostegno professionale al suicidio nello Strafgesetzbuch*, in *Giurisprudenza penale web*, 1 bis, 2019, p. 426 ss.

⁵⁰² Si veda ad esempio la legge francese n. 370 del 22 aprile 2005 e la legge 87 del 2 febbraio 2016, su legifrance.gouv.fr, che impongono al medico di rispettare la volontà del paziente che rifiuti o decida di interrompere le cure. Proprio un caso francese, avviato su ricorso dei parenti del defunto sig. Lambert nei confronti dei medici che ne interruppero i trattamenti di sostegno vitale (col consenso della moglie, secondo la quale detta interruzione era conforme alle volontà del marito già espresse in vita), ha dato occasione alla Corte E.D.U. di pronunciarsi in tema di interruzione delle cure: si veda Corte E.D.U., Grande Sez., 5 giugno 2015, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, 7, p. 895 ss. In tale occasione, la Corte ha dichiarato che l'interruzione delle cure adoperata dai medici non ha violato il diritto alla vita; la Corte ha inoltre constatato la presenza di un consenso diffuso tra gli ordinamenti europei relativamente all'importanza dei desideri del paziente, in qualunque modo gli stessi siano espressi. Anche la normativa tedesca, che regola le disposizioni del paziente al § 1901^o e seguenti del BGB, non prevede l'obiezione del medico all'interruzione dei trattamenti.

ogni concorso nel suicidio potrebbe assimilarsi all'omicidio secondo la teoria della cooperazione al male; pertanto, l'intervento del medico nel decorso causale della morte del paziente sarebbe contrario alla coscienza del cristiano⁵⁰³.

L'obbligo di interrompere i trattamenti salvavita, con una modalità che richiede «una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico [...] (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)»⁵⁰⁴, potrebbe urtare anche la coscienza del laico⁵⁰⁵.

È il caso, innanzitutto, in cui possano sorgere dubbi sull'effettiva rispondenza dell'interruzione alla volontà del paziente: o per incertezze sulla sua reale capacità d'intendere e volere, o perché, come si è rilevato spesso nelle sedute dei lavori parlamentari alla legge 219/2017, il paziente potrebbe determinarsi alla morte solo se venga abbandonato a sé stesso o soffra di una forte condizione di solitudine⁵⁰⁶. Ancora, si è sostenuto che obbligare il medico all'interruzione dei trattamenti secondo la volontà del paziente equivarrebbe a ridurlo a una sorta di esecutore testamentario, privandolo della propria autonomia professionale⁵⁰⁷.

La legge è stata redatta secondo una logica di minimo intervento nel rapporto tra medico e paziente, in ossequio a un indirizzo di diritto mite o *soft law*. Non viene prevista una procedimentalizzazione dell'interruzione dei trattamenti: nessuna tempistica delle verifiche sanitarie necessarie, nessun periodo

⁵⁰³ L'eutanasia viene assimilata all'omicidio e il medico che la esegue incorrerebbe nelle relative sanzioni del cod. can.; sembrava potersi assimilare a detta ipotesi il caso dell'eutanasia passiva. Tuttavia, le dichiarazioni di Papa Giovanni Paolo II, per il quale «la nutrizione e l'idratazione, anche artificialmente somministrate, rientrano tra le cure di base dovute al morente. La loro sospensione non si giustifica, perché può avere il significato di un vero e proprio atto eutanascico», sembrano sovvertite dalle più recenti dichiarazioni di Papa Francesco del 16 novembre 2017 (*Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Meeting regionale europeo della "World medical association" sulle questioni del "Fine-vita"*, su vatican.va), che distinguono l'eutanasia dalla rinuncia all'accanimento terapeutico: «Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire [...] Questa differenza di prospettiva restituisce umanità all'accompagnamento del morire, senza aprire giustificazioni alla soppressione del vivere [...] Le decisioni devono essere prese dal paziente, se ne ha la competenza e la capacità [...] È anzitutto lui che ha titolo, ovviamente in dialogo con i medici, di valutare i trattamenti che gli vengono proposti e giudicare sulla loro effettiva proporzionalità nella situazione concreta, rendendone doverosa la rinuncia qualora tale proporzionalità fosse riconosciuta mancante.»

⁵⁰⁴ Parole di C. cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

⁵⁰⁵ A tal proposito, giudicava opportuno prevedere il diritto di obiezione al distacco dai macchinari salvavita M. RICCIO, *Aspetti clinici e pratici dell'obiezione di coscienza*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, cit., p. 142 ss.

⁵⁰⁶ Detto pensiero trova conferma nel celebre libro del dott. Veronesi: «per non arrivare all'eutanasia, passiva o attiva che sia, c'è un fondamentale obiettivo da raggiungere: prevenire il desiderio di morte facendo il possibile perché il malato, in particolare il malato terminale, non arrivi a un tale stato di sofferenza. Se è curato bene, difficilmente il paziente chiede di morire. Se è curato con affetto, con amore, senza dolore, non chiederà la buona morte» U. VERONESI, *Da bambino avevo un sogno*, Milano, 2002, p. 119. La discussione parlamentare, tuttavia, non si è concretizzata in alcuna proposta o disposizione. Tutelare il consenso informato e l'autodeterminazione del paziente, non avrebbe infatti impedito una parallela azione sul fronte psicologico del paziente, prevedendo l'intervento dei servizi sociali in casi di particolare debolezza e solitudine. L'unica possibilità di assistere il paziente in questo senso è prevista al comma 5 dell'art. 1 della l. 219/17, laddove si dispone che il medico può avvalersi dell'assistenza psicologica.

⁵⁰⁷ È una preoccupazione fortemente emersa nelle discussioni parlamentari. Detta argomentazione risente, in realtà, di una radicata concezione paternalistica del ruolo del medico. Ogni professionista, in virtù della propria competenza, è sicuramente il soggetto più adatto a individuare quale sia la migliore decisione da assumere nel caso concreto. Tuttavia, tale circostanza può determinare il professionista a tenere un ulteriore colloquio col cliente, cercando di spiegare meglio la situazione attuale, le prospettive future, i rischi, finanche cercando di convincerlo a cambiare idea; ma non può mai spingersi fino a giustificare l'imposizione della volontà del professionista sul cliente, né sul paziente.

di riflessione obbligatorio⁵⁰⁸, nessun obbligo di coinvolgere l'assistenza psicologica.

Dalla lettura dei lavori parlamentari si evince che questa impostazione è una delle ragioni dell'assenza del diritto di obiezione di coscienza: si è voluto evitare di poter sollevare un'obiezione preventiva e generalizzata, laddove dovrebbe esser possibile astenersi da determinati trattamenti solo a seconda del caso specifico e per ragioni di coscienza professionale.

Come si è sostenuto in dottrina, al medico non è data la possibilità di astenersi dal distacco dei supporti vitali se tale distacco non è contrario alle pratiche mediche e il rifiuto del professionista è dettato da soli motivi coscienziali⁵⁰⁹. Pertanto, è ragionevole ritenere che, poiché i pazienti incapaci di vivere senza meccanismi artificiali generalmente sono affetti da patologie croniche e senza speranza di miglioramento, difficilmente il distacco dai macchinari potrà qualificarsi come contrario alle *leges artis*, ma piuttosto si qualificerebbe come desistenza dall'accanimento terapeutico⁵¹⁰.

Vale la pena, infine, di ricordare che il Codice di deontologia medica contiene, al titolo V, dedicato all'assistenza ai malati inguaribili, l'art. 17, rubricato "Atti finalizzati a provocare la morte", che così dispone: «il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte». Detto articolo, letto in combinato disposto con l'art. 1, comma 6, della l. 219/2017, laddove prevede che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali», non può però costituire una valida ragione per astenersi dall'interruzione dei trattamenti per ragioni di coscienza professionale⁵¹¹. È il codice deontologico, infatti, che deve adeguarsi alla legge, non il contrario. Viceversa, si ammetterebbe che una categoria professionale possa, col codice che essa redige, esimersi dall'applicazione della legge⁵¹². Alla luce dell'intervento della Corte costituzionale è intervenuta una recente modifica dell'art. 17 cod. deont., figlio dell'antica tradizione del c.d. "Ippocratismo", che esclude ogni sanzione disciplinare per il medico che, in violazione del divieto generale di compiere atti finalizzati alla morte del paziente, agevoli, per libera scelta, il proposito suicidario del medesimo, quando sussistano

⁵⁰⁸ Come per i 7 giorni imposti per garantire la serietà della scelta della donna nell'ivg; come pure è previsto nella legge belga sull'eutanasia (legge del 28 maggio 2002), la quale, all'art. 3, prevede -seppur in determinate circostanze - l'obbligo di far decorrere un mese tra la richiesta del paziente e l'attuazione dell'eutanasia.

⁵⁰⁹ D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, cit., p. 32

⁵¹⁰ Si ricordi che la giurisprudenza, con Corte Assise App. Genova, 20 maggio 2021, in *giurisprudenzapenale.com*, ha ampliato la nozione di trattamento di sostegno vitale, prima generalmente limitata ai trattamenti NIE e al respiratore artificiale. La Corte, nel confermare l'assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby dall'imputazione ex art. 580 c.p. per l'aiuto al suicidio di Davide Trentini, afferma che, benché la malattia del Trentini non richiedesse il ricorso a macchinari, «il trattamento farmacologico era tuttavia per lui essenziale per la sopravvivenza». I giudici di primo grado avevano dato rilievo anche allo svuotamento dell'intestino, che però non viene ritenuto determinante dal giudice d'appello (anche per motivi processuali: specificamente, detta circostanza era stata acquisita dal CTP, ma non dai testimoni, pertanto ponendosi al di fuori del quadro probatorio).

⁵¹¹ Cfr. L. ORSI, *Il punto di vista di un medico rispetto alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, cit., pp. 428-429, che sottolinea in particolare l'incompatibilità del dispositivo della Corte con l'art. 17 cod. deont. L'A. evidenzia la ritrosia di molti medici ad attuare il dispositivo sul suicidio assistito, dato il rischio di essere sanzionati dal Consiglio dell'Ordine e non esclude una modifica del Codice entro tempi brevi.

⁵¹² Il rinvio al codice deontologico è stato largamente criticato in dottrina, come evidenziato in nota 454.

i quattro presupposti indicati dalla Consulta⁵¹³.

Ancora non risultano precedenti giurisprudenziali in tema di astensione del medico e obblighi di cui alla legge 219/2017.

⁵¹³ Il 6 febbraio 2020 il Consiglio nazionale della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri (FNOMCeO) ha approvato gli “indirizzi applicativi” dell’articolo 17, precisando che «la libera scelta del medico di agevolare [...] il proposito di suicidio [...] va sempre valutata caso per caso e comporta, qualora sussistano tutti gli elementi sopra indicati, la non punibilità del medico da un punto di vista disciplinare».

CAPITOLO 4:

L'ABORTO

SOMMARIO: 1. Esiste un diritto all'aborto? La problematica del fondamento del diritto all'aborto nel primo trimestre: diritto all'autodeterminazione o alla salute della donna - 2. Aborto e tutela della salute: il consenso informato della gestante e il colloquio preliminare - 3. Le tre fattispecie previste dalla legge e le tipologie di aborto. In particolare, le novità sull'aborto farmacologico. - 4. Obiezione di coscienza e aborto: ambito soggettivo e oggettivo. In particolare, l'obiezione in consultorio e il divieto di obiezione di struttura. - 5. La procedura per l'esercizio del diritto di obiezione e l'assenza di una prestazione sostitutiva; il problema degli obiettori di comodo, l'alto tasso di obiettori e la discriminazione dei non obiettori. - 6. L'aborto nella giurisprudenza CEDU e nel diritto internazionale. - 7. Critica all'art. 9, comma 4, come unica garanzia di attuazione del diritto all'aborto; i correttivi introdotti nella pratica ed auspicati dalla dottrina. In particolare, è possibile eliminare l'obiezione di coscienza?

1. Esiste un diritto all'aborto? La problematica del fondamento del diritto all'aborto nel primo trimestre: diritto all'autodeterminazione o alla salute della donna.

Da quando è entrata in vigore la legge 194/1978 si è ampiamente discusso, soprattutto in dottrina, sulla natura della posizione giuridica soggettiva costituita in favore della donna. La problematica è sicuramente meno sentita in giurisprudenza, in quanto, ferme le modalità di erogazione del trattamento, la qualificazione della prestazione come diritto, aspettativa o fattispecie a formazione progressiva ha poco rilievo concreto: sussistenti determinati presupposti, la donna può esigere dal SSN l'aborto, una prestazione inserita nei LEA. Lo Stato si adopera, quindi, per garantire che vi siano delle strutture nelle quali effettuare tale trattamento, garantirne la copertura dei costi, in tutto o in parte, la presenza di personale medico e ausiliario per effettuarlo e per l'assistenza precedente e successiva all'intervento.

È fuor di dubbio, pertanto, che la donna possa ottenere, stanti i requisiti richiesti dalla legge, la prestazione in oggetto e che, correlativamente, lo Stato sia obbligato a garantirla secondo lo schema del diritto relativo alla prestazione sanitaria già esaminato nella prima sezione del capitolo precedente. Come mai, allora, incalza la disputa sulla natura della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare la donna che si determina all'aborto?

È importante sottolineare che il problema sorge soprattutto per l'aborto nel primo trimestre, giacché nel successivamente è palese che la richiesta dell'aborto coincida con la tutela del diritto alla salute: la donna che ha volontariamente portato avanti la gravidanza per oltre tre mesi non vuole abortire, ma è

costretta a farlo per ragioni sanitarie¹; la tutela del diritto all'aborto in tal caso coincide, pertanto, con la tutela del diritto fondamentale alla salute, intesa nel senso stretto di assenza di malattia, ed è subordinata all'oggettivo riscontro di patologie da parte di un medico che abbia le competenze per farlo. Diverso il caso dell'aborto nel primo trimestre, quando la volontà della donna sembra avere un ruolo maggiore e non è generalmente possibile riscontrare alcun problema oggettivo e fisiologico alla salute della gestante, tanto più che nella prima fase della gravidanza la stessa può anche non accorgersi di essere incinta.

Certamente, come sempre in relazione a questioni moralmente connotate, tra le ragioni della disputa sul fondamento del diritto all'aborto (disputa che, ad esempio, non si registra per il diritto alla PMA), si può ravvisare anche un fine etico, ossia il tentativo di delegittimare la prestazione legalmente garantita². D'altra parte, sembra esservi una confusione tra i piani del diritto all'autodeterminazione soggettiva e del diritto all'autodeterminazione del paziente: storicamente, si dice che l'aborto non sia un diritto in quanto, nel primo trimestre, non è rimesso alla volontà della donna, ma alla sussistenza di presupposti oggettivi, ossia di problemi alla salute³, e pertanto non si fonderebbe sulla semplice autodeterminazione. Vedremo che queste conclusioni sono legate a una lettura meramente superficiale della legge, giacché da uno studio approfondito della stessa emerge l'esatto contrario. Ma andiamo per gradi.

La dottrina italiana contraria al riconoscimento del diritto all'aborto si divide principalmente in tre aree di pensiero, volte a sostenere, rispettivamente quanto segue: l'aborto non è un diritto ma un atto depenalizzato; l'aborto non è un diritto autonomo ma semplice riflesso della tutela della salute; l'aborto è un interesse legittimo.

La maggior parte degli autori sostiene che la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza tuteli solamente la salute, non la libertà di procreare, e che, dunque, piuttosto che riconoscere un diritto all'aborto si voglia regolamentare il fenomeno per prevenirlo. Questa tesi si basa anche su un argomento letterale: la legge non parla di diritto all'interruzione di gravidanza; pertanto, introdurrebbe una prestazione sanitaria fruibile a certe condizioni, espressione della volontà di tutelare il diritto alla salute⁴.

¹ Questo è in parte vero nel caso di aborto ex art. 6, lett. b; il discorso si approfondirà in seguito.

² Ad esempio, si veda la connotazione a-giuridica della posizione di V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 101, che, pur riconoscendo nella tutela preposta dalla legge 194/1978 un plusvalore rispetto al mero riconoscimento della non punibilità dell'aborto, tenta comunque di restringerne in qualche modo l'ambito, affermando che, anche a volerlo considerare un diritto, non assurge tuttavia a "valore".

³ È una disputa sentita anche in altri Paesi europei: ad esempio, in Belgio, solo a seguito delle modifiche alla legge intervenute nel 2018, che hanno eliminato i riferimenti all'*état de détresse*, si è ritenuto potesse parlarsi di diritto della donna all'aborto. Per approfondire si rimanda alla sezione due del capitolo successivo.

⁴ In questo senso: R. TOMMASINI, *Interruzione volontaria della gravidanza, art. 1*, in L. BALESTRA (a cura di), *Vol. IV Della Famiglia. Leggi collegate*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2010, p. 397; B. PEZZINI, *Inizio e interruzione di gravidanza*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1658 ss.; A. SARLO, *Rinominare l'aborto nel 2015*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 220, che sostiene che l'aborto sia «un atto medico al pari degli altri»; si veda anche F. GALLO, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza*, in *Ibidem*, p. 188, la quale afferma che la legge 194/1978 introduca «un vero e proprio diritto fondamentale, connesso alla salute e alla vita della donna». Nel senso di ricollegare l'aborto solo ed esclusivamente alla tutela della salute anche L. PALMIERI, *Riflessioni medico-legali su due fenomeni contrastanti: l'interruzione volontaria della gravidanza e la fecondazione assistita*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, cit., p. 95, il quale, tuttavia, pur partendo da quella premessa, conclude inevitabilmente che l'estensione

Autorevole dottrina ha rilevato come questa tesi, però, non pregiudicherebbe la tutela dell'autodeterminazione della donna, alla quale spetta comunque decidere, sebbene nell'ambito dell'autodeterminazione del paziente. Questa stretta connessione tra aborto e diritto alla salute, lungi dal rappresentare un pregiudizio per la gestante, costituirebbe, anzi, una garanzia, rivestendo la prestazione abortiva delle tutele legate al diritto fondamentale ex art. 32 Cost⁵.

In secondo luogo, una parte consistente della dottrina sostiene che la legge 194/1978 non abbia introdotto un diritto, ma abbia delineato delle ipotesi nelle quali l'aborto è semplicemente non punibile: al di fuori di queste, infatti, l'aborto è reato anche se effettuato dalla donna su sé stessa. I casi nei quali l'aborto è legale si configurerebbero, quindi, come una sorta di scriminanti, secondo un meccanismo analogo allo stato di necessità⁶.

smisurata del concetto di salute da parte dell'OMS finisce per legittimare un'interruzione «veramente volontaria» della gravidanza. In senso analogo B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p.473 ss., la quale definisce l'aborto un «vero e proprio trattamento sanitario», purtuttavia sottolineando che il medico non può sindacare le ragioni per le quali la donna, nei primi 90 giorni, chiede il trattamento e che, pertanto, la legge delinea un modello che riconosce alla donna un'ampia libertà di scelta nel primo trimestre. Ancora, si veda G. GENTILE, *Sui presupposti morali della giurisprudenza costituzionale in materia di interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 689, che afferma che «l'interruzione della gravidanza non costituisce un diritto che deve essere protetto dalle intromissioni statali, ma uno strumento estremo di cui lo Stato si fa carico (anche finanziariamente) per salvaguardare la vita e la salute della donna».

⁵ Così M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 134 ss.: secondo l'A. è chiara l'intenzione del legislatore di non limitarsi a prevedere la non punibilità dell'aborto, prevedendo, invece, laddove ne ricorrano i presupposti, un diritto di ottenere la prestazione sanitaria da parte del SSN. Tuttavia, continua l'A., «il riferimento al diritto alla salute della donna non mette fuori gioco l'autodeterminazione, cui semplicemente non si fa esplicito richiamo». Infatti, benché anche nei primi 90 giorni le varietà di ragioni che possono presiedere all'IVG non siano in sé sufficienti, dovendo ripercuotersi sulla salute della donna, alla donna sola spetta questo sindacato. Però, come già Palmieri nella nota sopra, anche la Iadicicco sottolinea (p. 230 ss.), che la nuova nozione di salute non è più legata a manifestazione fisiologiche, ma a un'assenza di benessere in un'ottica in cui rilevano le relazioni culturali, sociali, antropologiche, etiche e spirituali.

⁶ In dottrina, l'autore che ha maggiormente analizzato e argomentato questa posizione è D. FARACE, *Interruzione volontaria della gravidanza e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2018, p. 798 ss., che, dopo aver esaminato e scartato le varie situazioni giuridiche soggettive, conclude che la legge 194/1978 configura l'IVG come causa di non punibilità, una scriminante in grado di rimuovere l'antigiuridicità della condotta. L'A. fonda la sua tesi principalmente sul tenore letterale della legge, che non menziona un diritto ad abortire, e sul fatto che, al di fuori delle ipotesi legali, l'aborto è reato anche se autoprocurato. L'A. sostiene, dunque, che un conto è depenalizzare una fattispecie secondo un meccanismo del tutto analogo all'art. 54 c.p., «altro è attribuire un diritto soggettivo suscettibile di una giuridica pretesa». A riprova di ciò, afferma che l'aborto non potrebbe essere un diritto per assenza dell'interesse giuridicamente rilevante da tutelare, non potendo questo identificarsi con la volontà di uccidere il feto e che l'obiezione di coscienza non renderebbe neppure coercibile la prestazione nelle strutture sanitarie. Pur partendo da queste premesse, che sembrano assimilare la donna che chiede l'aborto a chi invochi lo stato di necessità per non essere incriminato per aver leso un terzo, l'A. riconosce infine che la volontarietà della donna ha un ruolo nell'aborto e che «la situazione giuridica tutelata rimane il diritto alla salute (o alla vita) che nessuno ovviamente pone in discussione» affermando in maniera apparentemente contraddittoria che «altro è un preteso diritto soggettivo di abortire; altro è il diritto di accedere alle strutture competenti per ricevere un'assistenza specializzata». Si veda anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, in *Iustitia*, 1984, p. 38 ss., che sottolinea, a riprova della natura eccezionale delle norme che autorizzano l'aborto, come lo stesso sia accessibile solo passando per «un iter obbligatorio di coscientizzazioni e ripensamenti»; L. EUSEBI, *Aborto. Parte giuridica. Diritti positivi odierni* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 27 ss., secondo il quale la legge non introduce un diritto ma «una situazione di non punibilità rispetto a una condotta che, in linea di principio, costituisce reato». L'A., tuttavia, riconosce che nella pratica «le cose stanno ben diversamente» e che, nei primi 90 giorni, sebbene ritenga che il documento che rilascia il medico abbia «valore autorizzativo», di fatto i presupposti per l'accesso coincidono con il regime di autodeterminazione della donna ricusato dalla Corte costituzionale nel 1975. Si veda, infine, A. D'ALOIA – P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1347 ss., che afferma che «per la nostra legge [...] l'aborto non è un diritto, è un fatto [...] che l'ordinamento sceglie di non sanzionare (solo) quando alla sua base ci sono una serie di ragioni e di situazioni che riescono [...] a giustificare il sacrificio della vita “nascente”» salvo dare atto nella pagina successiva che «almeno con riferimento all'aborto nei primi tre mesi è nettamente orientato verso un principio di autodeterminazione della gestante [...] nel senso che in

Infine, secondo una tesi minoritaria, la prestazione interruttiva della gravidanza costituirebbe un interesse legittimo⁷.

Vi è invece una parte della dottrina, invero sempre più numerosa, che sostiene che la possibilità legalmente prevista di abortire nei primi novanta giorni si configuri come un diritto e che tuteli la volontà e l'autodeterminazione della donna⁸.

Quanto alla giurisprudenza, la Consulta non ha mai parlato di diritto all'aborto, limitandosi a discorrere di "richiesta"⁹ o "promozione della procedura"¹⁰; tutt'al più si è spinta a definirlo "esercizio di una facoltà"¹¹ o a non contestare il giudice *a quo* ove la definisse "diritto"¹². Riguardo all'importanza

questo arco temporale è rimessa alla donna la valutazione sull'opportunità dell'intervento». La tesi dell'aborto come scriminante è stata sostenuta anche da un'isolata sentenza della Suprema Corte, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., laddove afferma che «infatti, per come è strutturata la legge n. 194/1978, il c.d. diritto all'aborto da parte della gestante non ha una propria autonomia, [...] ma si pone in una fattispecie di tutela del diritto alla salute della gestante. In altri termini il diritto che ha la donna è solo quello di evitare un danno (serio o grave, a seconda delle ipotesi temporali) alla sua salute o alla sua vita [...] l'interruzione della gravidanza, al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 4 e 6 l. n. 194/1978, costituisce reato anche per la stessa gestante, per cui la facoltà della donna di esercitare l'interruzione della gravidanza integra non un diritto autonomamente individuato, ma il diritto di avvalersi di una peculiare e tipizzata forma dell'esimente dello stato di necessità»

⁷ È la posizione fondante la richiesta di referendum dei Radicali, così come esposta in Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 26, in *Foro It.*, 1981, I, p. 918 ss., con nota di PIZZORUSSO, al punto 3 dei *Ritenuto in fatto*. Invero, la tesi, seppur poco battuta in dottrina, sembra riposare su un presupposto rilevante benché sottovalutato, ossia il valore del documento del medico che, seppur dando atto solo della richiesta della donna e della gravidanza in corso, autorizza di fatto l'accesso alla prestazione, secondo un meccanismo analogo a quello dell'attività amministrativa vincolata. Sembra accennare a questa problematica L. EUSEBI, *Aborto. Parte giuridica. Diritti positivi odierni* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 27 ss., laddove afferma che detto documento ha un valore autorizzativo. Anche la tesi dell'interesse legittimo verrà approfondita in seguito.

⁸ Si veda P. BENCIOLINI, *Aborto. Aspetti medico-legali* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 57 ss., che sottolinea come nei primi 90 giorni l'aborto sia rimesso all'autodeterminazione della donna, tant'è che il documento, firmato dalla stessa e dal medico, accerta solo l'avvenuto incontro, dunque la sussistenza della gravidanza e l'espressione della volontà della donna e che, inoltre, per questo incombente non è ammessa l'obiezione di coscienza, come formalmente enunciato già all'indomani della pubblicazione della legge dalla circolare della Regione Veneto n. 54 del 1978 della Giunta regionale. L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione. Il problema morale e il ruolo del diritto*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, cit., p. 12 ss., che sottolinea come la stessa legge 194/1978 individui un termine per l'aborto non in funzione alla natura dell'embrione, che resta rimessa alla morale soggettiva, ma in funzione dell'autodeterminazione della gestante, che deciderà se portare avanti la gravidanza o no. M. POLI, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana*, cit., p. 37 ss., che, riguardo all'aborto nel primo trimestre, sottolinea che «l'accertamento del pericolo (alla salute), in un'ottica autodeterminativa, è rimesso alla percezione della diretta interessata [...] L'IVG assume quindi rilevanza giuridica, nei confronti della donna, in relazione al diritto alla salute, ex art. 32 Cost., nel significato più ampio di benessere, ma anche al diritto all'autodeterminazione». G. GALLI – V. ITALIA – F. REALMONTE – M. T. SPINA – C. E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria di gravidanza: (commento alla legge 22 maggio 1978, n.194: norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, cit., pp. 26, 32, 40, riconoscono il diritto all'aborto come il diritto soggettivo di autodeterminarsi, rifiutandola, in ordine a una procreazione già avvenuta. F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2015, pp. 97-99; P.A. conclude che «sembra potersi ricavare la prevalenza di una interpretazione che valorizza l'autodeterminazione della donna, nell'ottica sì della protezione della propria salute psicofisica». C. D'ORTA, *La disciplina dell'aborto: confini giuridici ed etici ed «initium vitae»*. *L'esperienza brasiliana, statunitense e italiana*, cit., p. 1135 ss.; P.A. afferma che il nostro ordinamento riconosce «alla donna-gestante il diritto alla scelta in virtù del principio di autodeterminazione, invero nel consenso all'interruzione volontaria di gravidanza» e che il punto di convergenza si coglie nell'art. 13 Cost sulla libertà personale, quale «vero e inalienabile fondamento della dignità». M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *Biolan journal*, 3/2018, p. 96: «la disciplina italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza si affida ad un modello fondato sulla libertà di scelta della donna, all'interno di un procedimento che tiene in massima considerazione il compito informativo e di sostegno della consulenza statale».

⁹ Corte cost., 25 giugno 1981, n. 109, in *Giur. It.*, 1982, I,1, p. 170 ss.

¹⁰ Corte cost., 25 giugno 1981, n. 108, in *Giur. It.*, 1982, I,1, p. 176 ss. e 109, cit.

¹¹ Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196, in *Giust. Civ.*, 1987, I, p. 2163 ss.

¹² Si veda il punto 6, Considerato in diritto, di Corte cost., 25 giugno 1981, n. 109, cit.

dell'autodeterminazione della donna, vi sono indicazioni contrastanti: quando si tratta di proteggere la decisione della donna da interferenze altrui, del giudice tutelare o del *partner*, si afferma che l'aborto è una "responsabilità" della sola donna¹³; viceversa, laddove si tratta di contrapporre la scelta della donna alla tutela dell'embrione, si sottolinea l'importanza della serietà degli accertamenti sanitari preliminari al trattamento. È soprattutto la storica sentenza del 1975 ad aver posto l'accento sulla necessità di tali accertamenti¹⁴; impostazione confermata dalla stessa Corte costituzionale nel 1997, che, con un *revirement* rispetto al 1981, dichiara l'inammissibilità di un referendum volto alla sostanziale liberalizzazione dell'aborto nel primo trimestre, con l'abrogazione degli artt. 1, 4 e 5 della legge, affermando che questi ultimi partecipano del contenuto costituzionalmente vincolato della legge. La sentenza del 1997 si sofferma, in particolare, sull'intangibilità dei presupposti dell'aborto nel primo trimestre volti a vincolare il trattamento «ad una previa valutazione del serio pericolo per la salute fisica o psichica della madre, promuovendo, oltre che "i necessari accertamenti medici", ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto»¹⁵.

La Suprema Corte, viceversa, con indirizzo ormai costante parla di diritto all'interruzione di gravidanza¹⁶. Anche in questo caso, l'approccio è diverso quando si tratta di difendere la scelta della donna da interferenze esterne, in particolare dall'indebito esercizio dell'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario. La Cassazione penale ha allora sottolineato che la decisione di abortire, nel primo trimestre, è rimessa all'autodeterminazione della donna, tanto da ritenere sussistente una sostanziale

¹³ Per il giudice tutelare si veda Corte cost., Ord., 4 dicembre 2002, n. 514, in *Giur. Costit.*, 6/2002, che afferma che «la decisione di interrompere la gravidanza sia rimessa esclusivamente alla responsabilità della donna, anche se minore di età, sì che, in quest'ultima ipotesi, il provvedimento del giudice costituisce solo uno dei presupposti dell'articolato procedimento». Per la legittimità della pretermissione del *partner* si veda Corte cost., Ord., 31 marzo 1988, n. 389, in *Giust. Civ.*, 1988, I, p. 1381 ss., che avalla la scelta del legislatore di «lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza».

¹⁴ Specificamente, Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, cit., sembrava obbligare il legislatore alla legalizzazione del solo aborto terapeutico, laddove affermò la necessità di «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».

¹⁵ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, cit.

¹⁶ Si parla spesso di diritto all'aborto nei giudizi di risarcimento del danno da procreazione indesiderata, soprattutto negli ultimi anni. Tra le altre, Cass., Ord., 10 novembre 2020, n. 25156; Cass., Ord., 26 giugno 2020, n. 12931, Cass., 14 novembre 2019, n. 29497, tutte in *leggiditaliaprofessionale.it*; Cass., Sent., 26 novembre 2019, n. 30727, in *Studium juris*, 2020, 6, p. 747, ss.; Cass., Ord., 26 maggio 2020, n. 9706, in *Studium juris*, 2021, 1, p. 80 ss., che menzionano il diritto all'aborto e/o ad interrompere la gravidanza; Cass., 6 luglio 2020, n. 13881, in *Danno e Resp.*, 2021, 1, p. 89 ss., con nota di POIATTI, che parla specificamente di diritto all'aborto terapeutico e di «diritto alla autodeterminazione alla scelta abortiva». Tale diritto si ritiene fondato spesso sulla sola tutela della salute o concepito come diritto all'autodeterminazione della paziente: Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, cit.; Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, cit., che cassa la decisione di secondo grado, la quale respingeva la domanda sulla base dell'insussistenza del diritto all'aborto; ancora, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Giur. It.*, 2007, 8-9, p. 1921 ss., con nota di LUBELLI e Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., riconducono il risarcimento al «non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa nella condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto»; Cass., 28 febbraio 2017, n. 5004, in *leggiditaliaprofessionale.it* dove si afferma che «la violazione del diritto al consenso informato in capo ad una donna in gravidanza non incide solo sulla autodeterminazione delle scelte abortive».

liberalizzazione dell'aborto in quel periodo¹⁷.

Tirando le fila degli approdi dello stato dell'arte sul tema, sembrerebbe chiaro, allora, che nel primo trimestre la scelta di abortire spetta solo alla donna: non rileva la volontà del giudice tutelare o dei genitori quando la donna è minorenni, né la volontà del *partner* presunto padre biologico, né del medico, cui è addirittura precluso l'esercizio dell'obiezione di coscienza e che, in ogni caso, deve limitarsi a rilasciare un certificato che dà atto dell'accertamento della gravidanza della donna e della sua volontà di abortire.

In particolare, e questo è un dato su cui è fondamentale concentrarsi, nonostante la legge subordini l'aborto all'accertamento che la «prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica» non vi è nessun medico deputato a tale accertamento, che di fatto si riduce a un'enunciazione meramente formale¹⁸. Ove si tratti di problemi legati alla «salute psichica», dovrebbe essere uno psicologo o psichiatra a prognosticare l'insorgenza di un «serio pericolo». Ma il certificato preliminare all'accesso all'aborto nel primo trimestre viene rilasciato da un medico del consultorio (generalmente, ginecologo), dal medico di base, da un medico del servizio ostetrico-ginecologico o, più raramente, di altra struttura¹⁹, che nessuna competenza ha per accertare tale pericolo alla salute psichica. Riguardo alla salute fisica -intesa, quindi, come malattia-, sono davvero rare le ipotesi in cui tali problemi siano pronosticabili già dal primo trimestre: si pensi, ad esempio, a una chemioterapia in corso, a patologie degenerative della colonna vertebrale, a certe patologie della vista o al verificarsi, a seguito delle precedenti gravidanze, di una gravissima depressione post-partum²⁰. Si tratta sempre di condizioni che non sono accertabili dal medico di base o dal medico del consultorio;

¹⁷ Soprattutto nell'ambito della giurisprudenza penale, ma non solo, il diritto all'aborto si ritiene fondato anche sulla tutela dell'autodeterminazione, in particolare nei primi 90 giorni: Cass. pen., 30 gennaio 1998, n. 2866, in *Riv. It. Medicina Legale*, 1999, p. 1713 ss., afferma che «l'interruzione volontaria della gravidanza (IVG), 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 [...] l'ultima definitiva decisione». Si veda anche la recente Cass. civ., Sez. Unite Sent., 15 febbraio 2021, n. 3780, in *leggidigitaliprofessionale.it*, che, nel confermare il provvedimento disciplinare adottato contro il magistrato di sorveglianza che nega, con provvedimento privo di motivazione, a una carcerata di uscire dalla prigione per abortire, afferma che «la nozione di "indispensabili esigenze di vita", contemplata dall'art. 284 c.p.p., comma 3, deve essere intesa non in senso meramente materiale o economico, bensì tenendo conto della necessità di tutelare i diritti fondamentali della persona, tra cui è compresa la libertà di scelta e di autodeterminazione della donna di interrompere volontariamente la gravidanza al ricorrere delle condizioni previste dalla L. n. 194 del 1978, a tutela della sua salute anche psichica»; Cass. pen., 2 aprile 2013, n. 14979, in *Dir. Pen. e processo*, 2013, 5, p. 539 ss., che afferma che «il diritto all'aborto è stato riconosciuto come ricompreso nella sfera di autodeterminazione della donna».

¹⁸ In senso contrario, si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., pp. 476-7, secondo la quale il medico non deve limitarsi ad accertare lo stato gravidico e la volontà della donna, ma deve svolgere un vero e proprio accertamento dei requisiti ex art. 4 l. 194/1978.

¹⁹ Si veda p. 43 della *Relazione del ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/1978). Dati definitivi 2019 e dati preliminari 2020*, 16 settembre 2021.

²⁰ In realtà le ragioni di salute fisica costituiscono una percentuale bassissima delle motivazioni addotte per l'aborto nel primo trimestre. Poiché nel nostro ordinamento la gestante non è obbligata a dichiarare per iscritto le cause del serio pericolo alla salute, a titolo esemplificativo si possono illustrare le statistiche sull'applicazione della legge sull'aborto in Belgio, precedentemente all'eliminazione dell'*état de détresse*: solo il 2% circa delle donne dichiarava di voler interrompere la gravidanza per problemi di salute. Questi ultimi sorgono invece più frequentemente dopo il primo trimestre e son legati a complicazioni della gestazione (metrorragia, cancro al seno, pre-eclampsia), rimanendo comunque dei casi estremamente residuali, essendo la maggior parte degli aborti tardivi legati all'insorgenza o alla scoperta di anomalie fetali.

si potrebbe obiettare che tali accertamenti siano già stati fatti dai medici competenti. Tuttavia, la gestante non ha nessun obbligo di esibire la relativa documentazione.

Ma vi è di più. Gli accertamenti relativi al pericolo alla salute fisica o al pericolo alla salute psichica neppure devono essere certificati dal medico, tant'è che la legge dispone che il documento «firmato anche dalla donna, *attesta* lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta»²¹

È dunque chiaro che il nostro ordinamento, nel primo trimestre di gravidanza, ha scelto di tutelare l'autodeterminazione della donna, tanto più facendo riferimento anche a circostanze relative allo stato socioeconomico della gestante che possano ripercuotersi nel suo stato di salute psicofisica. L'emancipazione della legge dai requisiti richiesti dalla Corte costituzionale nel 1975, che sembravano preludere alla legittimità del solo aborto terapeutico, è stata chiara a tutti fin dai lavori preparatori e ancor di più dopo l'entrata in vigore ed attuazione della legge²².

Si potrebbe replicare che l'interesse tutelato dalla legge nel primo trimestre sottintende l'adozione di una nozione di salute in senso estremamente ampio, come stato di completo benessere legato anche a circostanze culturali, sociali, antropologiche ed etiche. Ma una simile nozione di salute, che comporta «l'affrancamento [...] da una dimensione prevalentemente biologico-fisica, per abbracciare anche quella etico-relazionale»²³, finisce inevitabilmente per confondere il piano della salute con i desideri e le aspirazioni personali, portando all'insostenibile esito per cui ogni aspirazione che gratifichi il benessere dell'individuo -anche di natura estetica- debba tradursi in un obbligo del SSN di tutela del diritto alla salute²⁴.

È invece vero che, per la peculiarità e unicità del trattamento sanitario di cui si parla, il concetto di autodeterminazione finisce necessariamente per intrecciarsi con quello di autodeterminazione della paziente, e questo per due motivi. In primo luogo, perché, pur affermando che sia la donna a scegliere se effettuare l'aborto, una volta esaurita la sua autodeterminazione come persona si deve avere riguardo alla sua autodeterminazione come paziente, dovendo la stessa fornire un consenso informato a un trattamento sanitario²⁵. In secondo luogo, perché, ove si negasse alla donna di concretizzare la sua

²¹ Corsivo aggiunto. L'ultimo comma dell'art. 5 della legge 194/1978 recita "attestante".

²² Si veda la discussione dell'art. 4 nei lavori parlamentari in *Atti Parlamentari. Camera dei deputati. VII Legislatura – Discussioni – Seduta dell'11 aprile 1978*, p. 15197 ss.: più deputati hanno denunciato la sostanziale liberalizzazione dell'aborto nei primi 90 giorni; anche coloro che erano contrari alla formula utilizzata dall'art. 4, come i parlamentari del gruppo radicale, ne riconobbero però la sostanziale libertà della donna di decidere, seppur mascherata da una moralista "libertà di mentire" e di collocarsi arbitrariamente in una delle ipotesi della legge senza che il medico potesse sindacare alcunché. Si è altresì rilevato già allora il profondo scostamento rispetto alle indicazioni della Corte costituzionale. Riguardo la giurisprudenza successiva, si veda in particolare Trib. Pesaro, 9 giugno 1978, inedita, analizzata in C. D'ORTA, *La disciplina dell'aborto: confini giuridici ed etici ed «initium vitae». L'esperienza brasiliana, statunitense e italiana*, cit., p. 1143 ss., che sottolinea come, mentre la Corte subordinava l'aborto a un pericolo alla salute medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, la legge introduce anche l'ipotesi di aborto socio-economico.

²³ M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 239.

²⁴ Non si può trarre un diritto alla salute da ogni aspirazione che gratifichi il benessere dell'individuo; invero, neppure l'OMS intendeva verosimilmente giungere a questi esiti, ma piuttosto legittimare trattamenti basati su problemi mentali, dunque invisibili e slegati da una nozione di salute come assenza di malattia fisica: è il caso, ad esempio, del transessualismo.

²⁵ Potremmo dire, in parole povere, che la sola autodeterminazione della donna regge il se recarsi in ospedale ad abortire,

volontà abortiva, l'alternativa sarebbe una gravidanza forzata o un aborto clandestino, ciò che sicuramente lederebbe la salute della persona²⁶, e considererebbe il corpo della donna come un mero contenitore di embrioni, «come una macchina acefala, come un'incubatrice»²⁷. Tuttavia, ciò non deve far credere che l'aborto nel primo trimestre tuteli parimenti l'autodeterminazione e la salute: la prima resta il bene principalmente tutelato; si pensi, infatti, che il discorso sulla gravidanza forzata varrebbe anche per l'aborto dopo il terzo trimestre, laddove la donna si pente della scelta o sopraggiungano degli stravolgimenti nella sua vita tali da non poterle più consentire di affrontare serenamente la maternità. Il legislatore, però, ha scelto in tali ipotesi di non tutelare la mera autodeterminazione, richiedendo l'accertamento di determinati presupposti sanitari da parte dei medici competenti, tanto da non dare alcuna rilevanza a un eventuale ripensamento.

Appurato, allora, che il nostro legislatore ha scelto di tutelare soprattutto l'autodeterminazione della donna nel primo trimestre di gravidanza, garantendole l'erogazione di una prestazione sanitaria inserita nei LEA, occorre ora inquadrare questa fattispecie in una situazione giuridica soggettiva.

Certamente non si può condividere la tesi di coloro che reputano che il legislatore abbia voluto semplicemente depenalizzare l'aborto in certi casi o individuare una scriminante, giacché un conto è il non-illecito o il non punibile per stato di necessità, altro è il poter pretendere una prestazione, pena la denuncia per omissione di atti d'ufficio ex art. 328 c.p. e/o l'obbligo di risarcimento del danno da illecito civile. Neppure è condivisibile, come si è visto, la teoria che vede nell'aborto nel primo trimestre una semplice estrinsecazione della tutela della salute, giacché sarebbe l'unica prestazione sanitaria subordinata a un'accezione così ampia e onnicomprensiva del termine salute, nonché slegata da ogni indicazione terapeutica e accertamento sanitario, sia fisico che psichico, eccezion fatta per la sussistenza della gravidanza. Il legislatore ha scelto, invece, pur non avendo il coraggio di esplicitarlo, di andare oltre la tutela della salute, oltre la legalizzazione del solo aborto terapeutico, per tutelare l'autodeterminazione della donna. Resta allora da approfondire la tesi dell'aborto come interesse legittimo.

Come esposto dalla dottrina, quando ci si trova davanti ad un interesse qualificato normativamente potrà trattarsi sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo²⁸.

ma, una volta varcata la soglia della struttura sanitaria, essa sarà trattata come paziente.

²⁶ Sottolinea questa seconda circostanza L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione. Il problema morale e il ruolo del diritto*, in G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, cit., p. 22 ss., laddove afferma che il diritto all'aborto è prima di tutto una libertà dal non essere costrette a diventare madri, un *habeas corpus* ex art. 13 Cost. Si veda anche l'intervista di S. RODOTÀ a *Repubblica.it* del 5 Febbraio 1997, *Per le donne sarebbe un incubo*, relativa agli effetti del riconoscimento della capacità giudica all'embrione, che rileva come, se lo Stato potesse decidere sulla prosecuzione o meno della gravidanza della donna, sarebbe minacciata non solo la sua autodeterminazione, ma addirittura la sua libertà personale; Per lo stesso autore si veda anche la prefazione di C. VALENTINI, *La fecondazione proibita*, Milano, 2004, p. 12. Per approfondimenti sull'argomento della gravidanza coatta si veda anche C. LALLI, *C'è chi dice no: dalla leva all'aborto*, cit., p. 73. Sostiene che la negazione dell'aborto comporterebbe l'imposizione della volontà di altri, finanche dello Stato, sul corpo della donna, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 117.

²⁷ Sebbene concluda a favore della tutela dell'embrione, è la suggestiva descrizione di L. LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione e le vite diversamente importanti*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di Bioetica*, Bari, 1993, p. 369

²⁸ Tra gli altri, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo – Parte speciale*, II, Milano, 2013, p. 80 ss.

Il diritto soggettivo è tutelato da una norma di relazione, che garantisce al titolare il soddisfacimento delle proprie pretese in modo pieno nei confronti di altri soggetti, -correlativamente gravati da obblighi- delimitando le rispettive sfere giuridiche. Questa situazione giuridica soggettiva può sommariamente definirsi come «la posizione di vantaggio che compete al soggetto, il quale esercita legittimamente poteri o facoltà»²⁹, posizione che comprende il potere di esigere il comportamento prescritto dal soggetto correlativamente gravato dall'obbligo, il potere di azione davanti al giudice ordinario e la facoltà di agire in modo tale da attuare l'esercizio del potere.

La nozione di interesse legittimo, invece, è parecchio discussa; si può sommariamente affermare che esso sussiste quando la situazione soggettiva del singolo (necessariamente di soggezione al potere della P.A.³⁰) è tutelata da norme d'azione stabilite per il pubblico potere, ma invocabili dall'interessato in proprio favore, in vista della possibilità di ottenere la caducazione o la riforma degli atti amministrativi che abbiano violato tali norme. Le norme di azione, a differenza delle norme di relazione, disciplinano una situazione ove il limite delle sfere giuridiche è già tracciato ed è necessario verificare proprio il rispetto di questo limite, al fine di garantire il conseguimento del bene della vita del privato tutelato dalla norma³¹.

Il discrimine tra le due situazioni risiede, allora, innanzitutto nell'immediatezza e pienezza della tutela che caratterizza il diritto, discendente da norme che non sono volte a disciplinare l'esercizio di potestà altrui e che danno diritto a una tutela immediata, che non passa attraverso il corretto esercizio dell'attività della PA, una tutela ripristinatoria o comunque sostitutiva dell'interesse leso. Mentre il diritto, inoltre, può tutelare anche un interesse prettamente privato (*in primis* quelli patrimoniali), l'attività amministrativa necessita della presenza di un interesse pubblico³².

La situazione si complica in caso di attività amministrativa vincolata, ossia quando il giudizio della P.A. è già fissato -in tutti i suoi elementi- rigidamente dalla legge, sicché il compito dell'amministrazione si riduce a una mera verifica tra la fattispecie descritta nella legge e quella concreta. Ove si voglia far rientrare la procedura ex artt. 4 e 5 della legge 194/1978 nell'attività amministrativa, sembrerebbe questo

²⁹ M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA – R. SACCO – P. G. MONATERI – M. GRADZIADEI, *Il diritto soggettivo*, in P. G. MONATERI – G. COSTANTINI (a cura di), *La parte generale del diritto civile, II*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2001, p. 3; Simile anche la definizione di F. GALGANO, *Trattato di diritto civile, I*, Milano, 2014 p. 23.

³⁰ G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo – Parte speciale*, II, p. 81.

³¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 127 ss., qualifica l'interesse legittimo non più come diritto processuale o interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, bensì come tutela strumentale di un interesse sostanziale ed effettivo; si veda anche Cass. civ. Sez. Unite, 22 luglio 1999, n. 500, in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, 9, p. 832 ss., con nota di TORCHIA: «L'interesse legittimo non rileva infatti come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, [...] ma ha anche natura sostanziale» ossia come «posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere».

³² Questo aspetto emerge innanzitutto dalla legge 241/1990 sul procedimento amministrativo (artt. 11, 14.3, 14bis.2, 21quinquies e nonies); in particolare, all'art. 22 lett. e, in materia di accesso ai documenti amministrativi, laddove considera come pubblica amministrazione anche i privati, «limitatamente alla loro attività di pubblico interesse» come rileva R. DI PACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in A. M. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 226-260.

l'unico tipo di attività amministrativa qualificabile: infatti, il medico deve firmare un documento nel quale, come prescritto dalla legge, attesta lo stato di gravidanza e la richiesta della donna, con la sottoscrizione anche di quest'ultima. Non vi è spazio per alcuna discrezionalità nella valutazione del requisito di "serio pericolo", né per l'obiezione di coscienza, pena una condanna per omissione di atti d'ufficio ex art. 328 c.p.

A questo punto, però, la difficoltà di scriminare tra diritto soggettivo e interesse legittimo all'aborto nel primo trimestre viene meno. Un indirizzo consolidato, infatti, sembra costante nel ritenere che nei casi di attività amministrativa strettamente vincolata la competenza appartenga al giudice ordinario e la situazione tutelata configuri un diritto soggettivo³³. Più volte le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato la propria competenza nel giudicare fattispecie relative, ad esempio, alla concessione della carta di circolazione o all'iscrizione agli albi professionali, alla quantificazione e concessione di contributi di sostegno alla popolazione in difficoltà o, ancora, all'assunzione obbligatoria di determinati soggetti e al pagamento di obbligazioni pecuniarie. In tutti questi casi il dato comune si individua nel legame diritto soggettivo – attività vincolata: la giurisdizione spetta al giudice ordinario «poiché [...] l'attività della amministrazione è rigorosamente vincolata dai criteri predisposti dalla legge, a tutela delle posizioni dei singoli [...], le quali pertanto hanno consistenza di diritti soggettivi»³⁴.

Alla luce di quanto esposto, si può affermare che il nostro ordinamento, con la legge 194/1978 abbia introdotto un diritto soggettivo all'aborto, fondato, nel primo trimestre, soprattutto sull'autodeterminazione e successivamente sulla salute. Poiché l'attuazione del diritto implica un *facere* da parte di un medico che operi come incaricato di pubblico servizio, in caso di rifiuto di adempimento agli obblighi di legge si potrà sporgere denuncia per il reato ex art. 328 c.p., peraltro configurabile solo in caso di attività vincolata³⁵, e al risarcimento del danno patrimoniale e non da illecito civile.

Dopo il primo trimestre, si è detto, il diritto all'aborto non è legato all'autodeterminazione, ma è

³³ Per la dottrina, si veda per tutti S. VINTI – D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 99 ss., che cita numerosi autori d'accordo nel ritenere che l'attività amministrativa vincolata generi una situazione giuridica di diritto soggettivo (G. Guarino, O. Ranelletti, E. Capaccioli, A. Orsi Battaglini, P. Virga). Per la giurisprudenza del Consiglio di Stato, si vedano Cons. Stato, 12 dicembre 1996, n. 1299, in *Foro Amm.*, 1996, p. 3227 ss., riguardante l'iscrizione all'albo, che afferma che la stessa «risulta condizionata dal riscontro della esistenza di requisiti rigidamente e tassativamente predeterminati dalla legge, senza che residuino spazi per valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, e, pertanto, la posizione giuridica vantata dal privato è di diritto soggettivo»; Cons. Stato, 20 ottobre 1997, n. 1212, in *Foro Amm.*, 1997, p. 2750 ss.; Cons. Stato, 09 giugno 2008, n. 2781 e Cons. Stato, 27 aprile 2017, n. 1958, in *leggiditaliaprofessionale.it*

³⁴ Cass. civ., Sez. Unite, Ord., 29 marzo 2017, n. 8115, in *Quotidiano Giuridico*, 2017. Si vedano anche Cass. civ., 11 aprile 1981, n. 2113, in *Foro Amm.*, 1981, I, p. 1892 ss.; Cass. civ., Sez. Unite, 9 aprile 1999, n. 213; Cass. civ., Sez. Unite, 10 maggio 2001, n. 182, entrambe in *leggiditaliaprofessionale.it*; Cass. civ., Sez. Unite, 04 novembre 2002, n. 15439, in *Foro It.*, 2003, I, p. 2722 ss.; Cass. civ., Sez. Unite, 28 marzo 2006, n. 7024, in *Rass. Dir. Farm.*, 2006, 6, p. 1265 ss.;

³⁵ Nell'ambito dell'attuazione della legge 194/1978 il medico è considerato incaricato di pubblico servizio (si veda, tra le altre, Cass. pen., 30 giugno 1994, n. 1408, in *Giust. Pen.*, 1994, II, p. 636 ss.); come è ormai unanimemente sostenuto, il reato ex art. 328 c.p. non è configurabile ove sussista della discrezionalità nell'attività pubblica, mentre ben si può configurare nei casi di attività vincolata; si veda, G. LATTANZI, *Codice penale. Annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008, p. 935; A. MACRILLÒ, *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione*, Padova, 2013, p. 167; In giurisprudenza, tra le altre, Cass. pen., 26 febbraio 2009, n. 42589, in *Foro It.*, 2010, 6, 2, p. 344 ss.

espressione del fondamentale diritto alla salute: la donna non vorrebbe determinarsi ad abortire, ma è costretta a farlo per il suo stato di salute.

Occorre ora fare un'ultima precisazione. L'attendibilità di questo approdo e di quest'ultima affermazione, infatti, sembra vacillare nell'ipotesi dell'aborto ex art. 6, lett. b, limitatamente al caso in cui «siano accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna». Rispetto all'accertamento del grave pericolo derivante alla donna dal partorire un figlio malato sembrano, infatti, potersi porre le stesse domande relative all'accertamento della prognosi del danno alla salute nel primo trimestre. Inoltre, il legislatore avrebbe potuto riferirsi, nell'articolo 6, lettera b, solo alla circostanza che la prosecuzione della gravidanza avrebbe probabilmente aggravato una patologia in corso, senza riferimento allo stato del feto, ma soffermandosi solo sull'accertamento oggettivo della patologia fisica o psichica in corso.

Preliminarmente, si rileva come la giurisprudenza abbia analizzato un'ampia casistica sull'aborto conseguente ad anomalie fetali, essendo la principale causa delle azioni da nascita indesiderata. Questa giurisprudenza sembra concorde nel ritenere che presupposto per l'esercizio del diritto all'aborto nell'ipotesi in esame sia legato esclusivamente alla salute psichica; si noti, tra l'altro, che sebbene si riferisca talvolta della necessità di constatare "l'insorgenza" di turbe psichiche, la norma è chiara nel subordinare l'aborto terapeutico all'accertamento di processi patologici già in atto, i quali potrebbero poi aggravarsi col parto. Correttamente, allora, si è affermato che il semplice accertamento della malformazione non è sufficiente a legittimare l'aborto e che, nel caso di mancato esercizio del diritto per diagnosi tardiva delle anomalie, occorre verificare che la donna avrebbe potuto esercitare detto diritto. Si tratta, allora, di verificare, *ex post*, l'accertamento della prognosi di aggravamento del danno psichico, ciò che secondo la Suprema Corte può accadere, stante la difficoltà dell'onere probatorio, sia per via induttiva, mediante la presunzione secondo la quale l'effettuazione delle analisi prenatali può suggerire la volontà di abortire in caso di anomalie, sia e soprattutto con riguardo a «"precedenti anamnestici clinici" relativi al pregresso stato di salute della donna (deponenti per instabilità psichica, fenomeni depressivi ricorrenti, trattamenti farmacologici, ecc.), ovvero attraverso la definizione del "tipo psicologico" della persona (difficoltà relazionali, visione negativa del mondo, incapacità di accettazione delle difficoltà e traversie, ecc.), o ancora attraverso la "storia familiare e sociale" del soggetto (ad es. affetto da altre diverse patologie anche fisiche che lo collocano in una situazione disperante e precaria; oppure già impegnato a sopportare il dolore determinato dalla presenza in famiglia di altri soggetti gravemente menomati; o ancora evidenziante oggettive caratteristiche della personalità segnate da particolari e profonde esperienze negative e disperanti)»³⁶.

³⁶ Si vedano per tutte Cass., Ord., 26 maggio 2020, n. 9706, in *Studium juris*, 2021, 1, p. 80 ss., da cui è tratta la citazione e Cass., Sez. Unite Sent., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

Da chi vengono accertati questi problemi psichici?

L'art. 7 dispone che «i processi patologici [...] vengono accertati da un medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero in cui deve praticarsi l'intervento, che ne certifica l'esistenza. Il medico può avvalersi della collaborazione di specialisti». Sembra allora che, a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 4, vi sia qui non solo l'obbligo di certificare la sussistenza del problema psichico e dell'anomalia fetale, ma altresì la possibilità di avvalersi della collaborazione di un medico psichiatra o psicologo che sia competente a diagnosticare tali processi patologici.

La prassi applicativa sembra però raccontare un'altra realtà: basterebbe, cioè, certificare le anomalie fetali per legittimare la fattispecie di aborto in esame³⁷. Nessun accertamento si svolgerebbe sulle patologie psichiche passate, né su quelle -richieste dalla legge- che siano in corso. Sembrerebbe invece sufficiente, seppur contro la lettera della legge, la prognosi di una futura insorgenza di turbe psichiche legate alla nascita del figlio malato, ciò che si risolverebbe nella presa d'atto della volontà della donna di non sentirsi in grado di far fronte all'enorme e maggiore carico di responsabilità derivante dalla genitorialità di un figlio malato.

Vi è allora, anche qui, un ampio riconoscimento del ruolo dell'autodeterminazione della donna, la quale, pur non patendo attualmente alcun danno alla salute oggettivamente certificabile, possa decidere di abortire dopo la scoperta dell'anomalia fetale?

Non risulta alcun precedente relativo al diniego della certificazione necessaria per l'accesso all'aborto nel caso in esame; non è dato dunque sapere come la giurisprudenza qualificherebbe un ipotetico diniego al rilascio della stessa ove il medico non riscontri alcuna patologia psichica in capo alla gestante. Stando alla lettera della legge, l'aborto ex art. 6, lett. b, non tutela l'autodeterminazione della gestante, la quale, pertanto, ove abbia le capacità mentali per affrontare la genitorialità, dovrà partorire il figlio con malformazioni. Rimarrebbe forse spazio per una giurisprudenza evolutiva, che cerchi di svincolarsi dalla spinosa questione dell'aborto eugenetico e trovi il coraggio di affermare che a carichi di responsabilità diversi possano corrispondere tutele differenti e, pertanto, che non vi sia nessuna discriminazione nel consentire che la donna (o la coppia) possa decidere di non proseguire la gravidanza e non assumersi le responsabilità della genitorialità di un figlio con gravi anomalie³⁸.

³⁷ Non è ovviamente possibile provare una prassi simile, che, essendo contraria alla legge, non potrebbe essere certificata. Tuttavia, degli indizi in tal senso possono cogliersi dalla giurisprudenza. Innanzitutto, in ambito di danno da procreazione, si è più volte affermato che un indice della volontà di abortire potesse cogliersi dall'effettuazione delle analisi prenatali, giacché, secondo *l'id quod plerumque accidit*, normalmente alla scoperta dell'anomalia segue l'aborto, il quale ultimo viene pertanto riconosciuto strettamente alla salute del feto più che a quella della donna, essendo ovviamente più dispendioso, in termini di energie e denaro, crescere un figlio malato. Tale impostazione è stata solo parzialmente sconsigliata, giacché alla richiesta delle analisi prenatali si conferisce comunque rilievo, benché queste debbano inserirsi in un quadro probatorio che dimostri la volontà della donna di abortire e scongiurare assolutamente la nascita di un figlio malato. In secondo luogo, un'altra indicazione può trarsi dalla giurisprudenza costituzionale in tema di diagnosi preimpianto, analizzata nelle sezioni due e tre del capitolo precedente, laddove, nel legittimarla, ci si riferisce sempre alla sussistenza di anomalie o malformazioni fetali aventi i requisiti di gravità di cui all'art. 6, lett. b, sebbene la gravità debba in realtà riferirsi al problema psichico della donna.

³⁸ Si ricordi, infatti, che la legge richiede la sussistenza di "rilevanti" anomalie o malformazioni, pertanto delle anomalie di

2. Aborto e tutela della salute: il consenso informato della gestante e il colloquio preliminare

Nel precedente capitolo è stata illustrata la tutela della salute nel sistema sanitario nazionale; con D.P.C.M. del 2001³⁹ sono stati elencati per la prima volta i LEA, ossia le prestazioni sanitarie incluse tra i livelli essenziali di assistenza, le quali devono essere garantite senza discriminazione territoriale in ogni Regione e la cui erogazione deve essere assicurata senza eccessive lungaggini delle liste d'attesa, anche mediante incentivazioni alle equipe, erogazione di prestazioni professionali dallo stesso personale in misura aggiuntiva, o il ricorso a contratti a termine con liberi professionisti.

Nell'allegato al D.P.C.M., alla lettera G del punto 2 (Assistenza distrettuale) è inserita tra i LEA l'assistenza «sanitaria e sociosanitaria rivolta alle donne, alle coppie e alle famiglie a tutela della maternità, per la procreazione responsabile e l'interruzione di gravidanza».

La collocazione dell'aborto nei LEA è stata confermata dal successivo e tutt'ora vigente D.P.C.M. del 2017⁴⁰, col quale sono stati aggiornati i livelli essenziali di assistenza.

Pertanto, lo Stato si impegna non solo a garantire l'erogazione della prestazione abortiva in tutto il territorio nazionale, ma altresì a coprire i costi dell'intervento: l'interruzione volontaria di gravidanza risulta attualmente tra i trattamenti esenti da partecipazione al costo e anche esente da ticket, sia nelle strutture autorizzate che negli ospedali pubblici. Saranno a carico della donna solamente i farmaci per il trattamento successivo all'intervento.

Si ricordi che l'interruzione di gravidanza può essere fatta solo negli ospedali pubblici o nelle strutture private convenzionate; non è possibile effettuare la prestazione a pagamento in strutture private non convenzionate. Il costo dell'aborto, che entro i 90 giorni è di circa 1.000€ se effettuato chirurgicamente, verrà rimborsato all'ospedale o alla casa di cura convenzionata a seguito dell'intervento⁴¹. Il legislatore ha voluto compiere una scelta coraggiosa nell'ottica di massima tutela della donna, alla quale viene risparmiato l'ulteriore sacrificio economico.

Sembra pertanto che, da un lato, il legislatore, preso atto della gravità del fenomeno degli aborti clandestini, abbia deciso di garantire la gratuità di una prestazione che, nel primo trimestre, non essendo relazionata a problemi di salute in senso stretto, avrebbe potuto essere posta a carico della donna. D'altra

poco conto, che non si potrebbero ripercuotere in un aggravio consistente delle responsabilità genitoriali, non sarebbero comunque sufficienti ad integrare il presupposto di legge.

³⁹ D.P.C.M. 29 novembre 2001.

⁴⁰ D.P.C.M. 12 gennaio 2017.

⁴¹ Specificamente, l'aborto, e gli accertamenti necessari, compresi esami ematochimici e strumentali (ecografia, eventuale ecg ecc) sono gratuiti per le donne con assistenza sanitaria. La Regione rimborsa alla struttura (azienda sanitaria locale, azienda ospedaliera, clinica privata convenzionata) l'importo del DRG (Diagnosis Related Group), o l'importo previsto dal nomenclatore regionale per le prestazioni ambulatoriali. Il rimborso è lo stesso, indipendentemente dalle giornate di ricovero, o dagli accertamenti fatti, ecc. A titolo esemplificativo, nel Lazio i costi per le procedure in Day Hospital sono: 1099 euro per l'IVG chirurgica e 460 euro per l'IVG farmacologica.

parte, pare che l'attuale sistema possa rispondere anche a un bisogno di escludere ogni possibilità di lucrare sull'aborto⁴².

L'interruzione volontaria di gravidanza, in quanto trattamento sanitario, si ottiene previa sottoscrizione del consenso informato. Tuttavia, la legge prevede anche una procedura atipica e più complessa, che varia a seconda che il trattamento avvenga nei primi novanta giorni (con differenze nel caso in cui si riscontri l'urgenza di intervenire) o successivamente.

Il paradigma della procedura è disciplinato dall'articolo 5, relativo all'interruzione di gravidanza richiesta dalla donna maggiorenne nei primi novanta giorni e senza urgenza.

Il primo passo dell'*iter* prevede che la donna si rivolga al consultorio, a un ginecologo o a un medico di altra struttura sanitaria, o al proprio medico di fiducia -anche il medico di base-, per ottenere il certificato che, firmato da lei e dal professionista, attesta la gravidanza in corso e la volontà di abortire. Il passaggio preliminare e obbligatorio della donna in queste strutture, che le impedisce di potersi rivolgere direttamente all'ospedale o alla casa di cura privata, potrebbe assimilarsi al passaggio obbligatorio dal medico per l'impegnativa per le prestazioni specialistiche. Tuttavia, la procedura delineata prevede, soprattutto per l'incontro in consultorio, delle incombenze ben diverse dalla semplice richiesta, ossia l'obbligo di un colloquio approfondito tra donna e personale⁴³. Specificamente, in questo colloquio la donna dovrebbe esporre i motivi per i quali vorrebbe interrompere la gravidanza e il personale del consultorio «in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante», dovrebbe esaminare con la stessa le possibili soluzioni ai problemi paventati, aiutarla a rimuoverne le cause, a far valere i suoi diritti di lavoratrice e madre e a promuovere ogni opportuno intervento per sostenerla. All'incontro può partecipare, ove la donna lo consenta, anche il suo partner⁴⁴.

In questo colloquio, che la legge delinea come un passaggio obbligatorio, con l'unico accorgimento del necessario «rispetto della dignità e della riservatezza della donna» e del partner che eventualmente partecipi, molti vi hanno letto una volontà del legislatore di dissuadere la gestante dall'abortire⁴⁵. È

⁴² In particolare, un regime di libero mercato con costi variabili potrebbe incentivare i medici privati a indurre la donna ad abortire piuttosto che a dissuaderla come presuppone l'impianto della legge 194/1978.

⁴³ La lettera della legge, che differenzia l'ipotesi della fase preventiva nel consultorio o struttura socio-sanitaria -es ostetrico-ginecologica- (art. 5, comma 1) e dal medico di fiducia (art. 5, comma 2) sembra far desumere che in quest'ultimo caso la finalità sia solo informativa, non dovendosi prospettare le soluzioni o rimuovere le cause come prescritto nel comma precedente. Lo rilevano anche G. SPAGNOLO, *Studio sull'interruzione di gravidanza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, IV, 1993, p. 1265 ss.; L. EUSEBI, *Aborto. Parte giuridica. Diritti positivi odierni* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 38 ss.

⁴⁴ Lo studio condotto in E. GIUS – D. CAVANNA, *Maternità negata: ricerca su vissuti e atteggiamenti nell'interruzione di gravidanza*, Milano, 1988, p. 259, rileva come la maggioranza delle donne assuma la decisione insieme al partner.

⁴⁵ In questo senso M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, cit., p. 109, secondo la quale la consulenza statale non deve convincere la donna, ma soltanto garantire una scelta consapevole; S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 135 ss.; l'A. sostiene che detto colloquio a finalità dissuasiva sia un residuo della riprovevolezza penale dell'aborto, comportando l'intromissione del pubblico nel privato. Detto colloquio avrebbe inoltre lo scopo, moralmente connotato, di far simbolicamente pagare alla donna un prezzo per l'aborto, dovendo rendere pubbliche le proprie scelte, con una sorta di confessione che la costringerebbe ad ammettere la

evidente che la conduzione del colloquio è rimessa al personale del consultorio e che, pertanto, potrà orientarsi in senso informativo, con maggiore attenzione ai diritti della donna, come sarebbe opportuno, piuttosto che in senso dissuasivo. Non si può però fare a meno di constatare l'infelice formula della legge, che richiedendo "in ogni caso" la ricerca di soluzioni e l'aiuto alla rimozione delle cause dell'aborto implica che la donna sia costretta a "confessare" circostanze anche molto intime della propria vita, oppure ad avvalersi di una «libertà di mentire»⁴⁶; si deve allora ricordare che «in una democrazia liberale i sentimenti sottesi all'esercizio dei diritti [...] non dovrebbero ricoprire alcun interesse per lo Stato»⁴⁷.

I rilievi appena esposti valgono solo in parte per il colloquio effettuato col medico di fiducia. Infatti, sebbene non sussista alcun dovere di esaminare le possibili soluzioni dei problemi o di aiutare la donna a rimuovere le cause che la inducono ad abortire, l'art. 5 al comma 2 dispone che il medico, oltre agli opportuni obblighi informativi, valuti «le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza»⁴⁸. Anche in questo caso non si può fare a meno di constatare l'infelice scelta lessicale del legislatore, che rimanda a una concezione paternalista secondo la quale il medico potrebbe "valutare" la scelta della donna meglio di quest'ultima.

Esaurita la fase preliminare, che si conclude con il rilascio obbligatorio del certificato, la donna potrà recarsi in ospedale o in una casa di cura autorizzata per effettuare il trattamento sanitario. Prima, però, dovranno trascorrere sette giorni, il cosiddetto periodo di riflessione⁴⁹; anche questa previsione, invero diffusa in pochi Stati europei, sembra prestare il fianco alle stesse critiche relative al colloquio con finalità dissuasive. Si potrebbe, inoltre, cogliere una contraddizione rispetto allo spirito professato, almeno formalmente, dalla legge: una donna che accusa un "serio pericolo" alla salute psicofisica relativo alla prosecuzione della gravidanza non potrebbe che acutizzare questo dolore nella settimana che è obbligata a far trascorrere, consapevole che il feto continua a svilupparsi e a crescere dentro di lei.

Una volta recatasi nella struttura sanitaria per eseguire il trattamento, la donna dovrà prestare il proprio consenso informato.

gravità dei propri intenti. Infine, questo colloquio partirebbe dall'erroneo presupposto secondo il quale l'aborto sarebbe sempre una scelta dolorosa e sofferta per la donna. In vari Stati degli USA si è registrata una tendenza ad esasperare i tratti dissuasivi e morali del colloquio, tanto da richiedere l'intervento della Corte Suprema che ha annullato, ad esempio, i provvedimenti che introducevano l'obbligo per il medico di mostrare alla donna le immagini dell'ecografia. Per approfondimenti sull'esperienza statunitense si veda S. MANCINI, *Ibidem*, p. 169 ss.; C. D'ORTA, *La disciplina dell'aborto: confini giuridici ed etici ed «initium vitae». L'esperienza brasiliana, statunitense e italiana*, cit., p. 1100 ss.

⁴⁶ Parole della deputata Emma Bonino in sede di discussione dell'approvazione dell'art. 4 l. 194/1978, in Atti Parlamentari. Camera dei deputati. VII Legislatura – Discussioni – Seduta dell'11 aprile 1978, p. 15204.

⁴⁷ S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 138.

⁴⁸ Sulle considerazioni circa le differenze tra il contenuto del colloquio presso il consultorio e presso il medico di base di rimanda a nota 43.

⁴⁹ Si noti che detto periodo non è presente, ad esempio, nell'ipotesi di ricorso alla cosiddetta eutanasia passiva, ossia nel caso in cui il paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale decida di rinunciarvi ai sensi della legge 219/2017. Non è previsto neppure nella procedura introdotta dalla Corte costituzionale per il suicidio assistito, ma verosimilmente il problema non si pone perché l'articolato *iter* difficilmente potrebbe svolgersi in pochi giorni.

La disciplina del consenso informato sembra potersi dedurre dall'articolo 14: «Il medico che esegue l'interruzione della gravidanza è tenuto a fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite, nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi, che devono comunque essere attuati in modo da rispettare la dignità personale della donna». Inoltre, l'art. 15 prevede l'obbligo di aggiornamento del personale medico sull'uso delle tecniche più moderne e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza; sebbene la legge taccia a riguardo, è opportuno ritenere che di tali tecniche il medico dovrà essere non solo adeguatamente edotto, ma dovrà anche informarne la donna, per garantire il suo diritto di scelta.

Detta scarna normativa, rispondente alla coscienza sociale e alle prassi mediche del tempo, non ancora molto attente alla volontà del paziente, deve necessariamente ritenersi integrata dalle disposizioni della legge 219/2017⁵⁰. In particolare, dall'articolo 1, rubricato “consenso informato”, che dispone che nessun trattamento sanitario possa essere iniziato o proseguito senza il consenso libero e informato della persona interessata. Detto consenso deve essere, ai sensi del quarto comma, documentato per iscritto o con videoregistrazioni, e detta documentazione deve essere inserita nella cartella clinica e nel fascicolo elettronico.

Una disposizione di particolare interesse relativamente alla procedura di interruzione di gravidanza si rinviene al terzo comma dell'articolo 1, laddove si introduce il diritto del paziente di «rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni», rifiuto anch'esso necessariamente registrato nella cartella clinica e nel fascicolo elettronico. Detta disposizione sembra contrastare con l'articolo 5, l. 194/1978, laddove si prevede l'obbligo del personale del consultorio di esaminare “in ogni caso” con la donna le possibili soluzioni ai propri problemi e aiutarla a rimuovere le cause che la inducono ad interrompere la gravidanza, nonché l'obbligo del medico di fiducia di valutare le circostanze che la inducono ad abortire. Come illustrato, però, questa consulenza preliminare si pone al di fuori del consenso informato. Tuttavia, sebbene la legge 194/1978 si configuri certamente come normativa speciale rispetto alla legge 219/2017, ragion per cui non potrebbe in ogni caso ritenersi abrogata dalla legge successiva, si ritiene che, alla luce della maggiore attenzione verso il paziente riconosciuta nel nostro ordinamento attuale e consacrata dalla legge sul consenso informato, possa adeguatamente sostenersi che la soluzione alle apparenti antinomie risieda nell'inciso, contenuto nell'art. 5 della legge sull'aborto, «nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna». Ciò significa che ove la donna non voglia motivare la richiesta di interruzione di gravidanza ed esporre i propri problemi personali e/o non voglia analizzare e cercare di rimuovere queste cause, potrà dichiararlo senza dover subire “in ogni caso” l'analisi e le proposte del consultorio o le valutazioni del medico di fiducia. In tal caso il colloquio si limiterà alla sola esposizione e informativa sugli interventi legalmente previsti a tutela della maternità e sui diritti sociali e lavorativi

⁵⁰ Legge 22 dicembre 2017, n. 219, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

che la donna potrebbe esercitare⁵¹.

La procedura per l'interruzione di gravidanza successiva ai novanta giorni è molto più snella: non è previsto alcun colloquio preliminare, né alcun tentativo di dissuasione: la donna dovrà recarsi all'ospedale (non è possibile eseguire l'aborto terapeutico nelle case di cura autorizzate), dove un medico, eventualmente con l'ausilio di altri specialisti, certificherà i processi patologici di cui all'art. 6 e dove, senza che sia necessario attendere il decorso di alcun periodo di riflessione, potrà effettuare l'intervento il prima possibile⁵².

La legge prevede, inoltre, delle procedure speciali per la prestazione del consenso nel caso di accesso all'aborto da parte di donna minorenni e di donna interdetta.

Per la richiesta della minorenni nei primi novanta giorni è necessario il coinvolgimento di un terzo soggetto (tutore o giudice tutelare) volto a rimuovere gli ostacoli all'esercizio del diritto da parte della donna; in nessun caso questo coinvolgimento è volto ad integrare o influenzare la volontà della minore⁵³. L'accesso all'interruzione di gravidanza per la minorenni si svolge normalmente secondo le stesse procedure già illustrate per la donna maggiorenne, senonché la prima deve recarsi al consultorio o dal medico di fiducia assieme ai propri genitori o al tutore⁵⁴, che dovranno dare l'assenso -si noti, non

⁵¹ Questa ricostruzione sembra confermata dai dati a p. 44 della *Relazione del ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/1978). Dati definitivi 2019 e dati preliminari 2020*, 16 settembre 2021, che evidenziano come il *counseling* non avvenga nella totalità dei casi.

⁵² L'assenza del colloquio preliminare è condivisibile ed è verosimilmente dovuta al fatto che la donna non sceglie di effettuare l'interruzione di gravidanza, ma vi è costretta da processi patologici in corso e pertanto a nulla varrebbero le valutazioni del medico sulle cause dell'aborto né tantomeno i tentativi di rimuovere dette cause o di cercare delle soluzioni alle stesse. Un discorso diverso potrebbe farsi, forse, nel solo caso dell'aborto dovuto a malformazioni fetali: sarebbe opportuno in questo caso prevedere l'obbligo informativo del medico (il quale potrebbe attingere anche a documenti prestampati), relativamente agli aiuti statali per la crescita di un figlio gravemente malato. Critica l'assenza del colloquio preliminare nell'aborto terapeutico L. EUSEBI, *Aborto. Parte giuridica. Diritti positivi odierni* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 38.

⁵³ In particolare, relativamente al giudice tutelare, la Corte costituzionale ha parlato di provvedimento "meramente attributivo della facoltà di decidere", aggiungendo però che lo stesso «rientra pur sempre nell'ambito degli schemi autorizzatori *adversus volentem*: unicamente di integrazione, cioè, della volontà della minorenni, per i vincoli gravanti sulla sua capacità d'agire», come nel caso dell'interdetto (Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196, cit., *idem* Corte cost., Ord., 14 aprile 1988, n. 463, in Foro It., 1988, I, p. 2109 ss., con nota di ROMBOLI). Detta qualifica può essere fuorviante, in quanto può rimandare a un'integrazione, nel merito, della volontà della minorenni. In realtà, l'integrazione è relativa solo all'accesso all'aborto, essendovi appunto un'integrazione, un *quid pluris*, rispetto alle procedure dettate per la maggiorenne. Il compito del giudice, invece, «non può configurarsi come potestà co-decisionale, la decisione essendo rimessa - alle condizioni previste - soltanto alla responsabilità della donna» (Corte cost., 15 marzo 1996, n. 76, in Giust. Civ., 1997, I, p. 41 ss., con nota di GIARDINA). Al giudice spetta, piuttosto, di verificare, tramite l'esame della relazione e del parere del medico, l'adeguatezza dell'informazione e dello svolgimento del colloquio preliminare, tali da poter garantire un'adeguata consapevolezza della scelta della minore.

⁵⁴ Vale la pena ricordare che, in caso di sospensione o revoca dei genitori dall'esercizio della responsabilità genitoriale, il Tribunale per i minorenni nomina un tutore legale, generalmente un avvocato specializzato nel diritto di famiglia, al quale è demandato il compito di promuovere le iniziative legali a tutela del minore. Si specifica, inoltre, che piuttosto che ai genitori, il riferimento è a coloro o colui/colei che esercita la responsabilità genitoriale (come esplicitato dalla legge a seguito delle modifiche all'art. 12 introdotte nel 2014); è ad oggi sempre più comune che, a causa della lontananza o essendo separati, entrambi i genitori non possano accompagnare la minore; l'assenso dovrà allora essere comunicato con altre forme che siano attendibilmente riconducibili al soggetto: ad esempio, tramite pec o comunicazione con firma digitale. Infine, vale la pena rilevare come l'ipotesi dell'interruzione volontaria di gravidanza costituisca senz'altro una delle ipotesi che devono essere oggetto di comunicazione affinché, anche in caso di affidamento cosiddetto "super-esclusivo", il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale possa vigilare sulle condizioni di vita del figlio.

consenso- alla richiesta di aborto. Tuttavia, se il tutore o i genitori dissentono, rifiutano di esprimersi, danno pareri discordanti o non sia possibile o consigliabile consultarli, tenuto conto anche della volontà della minore, quest'ultima potrà recarsi da sola presso il consultorio o il medico di fiducia, che effettueranno il colloquio preliminare. Inoltre, a seguito di questo colloquio dovranno redigere una relazione, corredata da un parere, ed inviarla al giudice tutelare territorialmente competente entro sette giorni dall'incontro con la minore. Entro cinque giorni dalla ricezione della relazione⁵⁵, il giudice, esaminata la relazione e sentita personalmente la donna in un'udienza appositamente fissata, deve⁵⁶ autorizzarla ad accedere al trattamento interruttivo della gravidanza con provvedimento non reclamabile.

Dopo i novanta giorni, l'accesso all'aborto per la minorenni avviene secondo la stessa procedura dell'aborto terapeutico per la maggiorenne: la minore deve rivolgersi all'ospedale e, a seguito delle certificazioni dei processi patologici, potrà richiedere il trattamento. Ciò senza dover coinvolgere i genitori, il tutore o il giudice tutelare⁵⁷.

Più complicato è l'accesso all'aborto per la donna interdetta. La richiesta, che deve essere accompagnata necessariamente dalla conferma dell'interessata, può provenire anche dal tutore o dal marito non legalmente separato, in quest'ultimo caso sentito il parere del tutore. Si prevede poi una procedura celere, i cui termini sono identici a quelli delineati dall'art. 12. La donna, il tutore o il marito possono rivolgersi al consultorio o a un medico di fiducia, che, entro sette giorni, devono redigere una relazione nella quale si dà atto della richiesta, dell'identità del soggetto richiedente, dell'atteggiamento

⁵⁵ Il momento da cui decorre il termine è specificato nell'art. 13 relativo all'interruzione di gravidanza per l'interdetta e deve intendersi analogamente applicabile all'ipotesi in esame.

⁵⁶ Sebbene la norma reciti "può", la Corte costituzionale ha chiarito che «una volta che i disposti accertamenti siano identificati quale antifatto specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene» e che il termine "può" «è piuttosto da riferire, in particolare, alla attività sostitutiva, anche in presenza di rifiuto da parte della patria potestà». Così Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196, cit. Detto rilievo sembra essere contraddetto da Corte cost., Ord., 14 aprile 1988, n. 463, cit. e Corte cost., Ord., 24 giugno 1993, n. 293, in Riv. It. Medicina Legale, 1994, p. 757 ss., che affermano che «il diniego o il consenso alla integrazione della volontà della minore è in relazione al giudizio che il magistrato si forma in ordine alla capacità della giovane di dare adeguata valutazione alla gravità e all'importanza dell'atto». Queste considerazioni devono reputarsi superate dalla successiva giurisprudenza, che sembra porre, in maniera condivisibile, l'accento sul colloquio preliminare, al quale, solo, può spettare il compito di informare e rendere la minore consapevole di quanto accade; pertanto, una volta tenutosi regolarmente tale colloquio, sarebbe precluso al magistrato un giudizio di non-consapevolezza della minore. Si è quindi affermato che «la decisione di interrompere la gravidanza sia rimessa esclusivamente alla responsabilità della donna, anche se minore di età» e «che in ogni caso il giudice non potrebbe discostarsi dagli accertamenti compiuti (dal medico, ndr) ai sensi degli artt. 4 e 5, i quali si pongono perciò come antifatto specifico di carattere tecnico» (Corte cost., Ord., 4 dicembre 2002, n. 514, cit.). L'autorizzazione del giudice è piuttosto rimessa non tanto alle capacità intellettive della minore, secondo il proprio giudizio, quanto alla regolarità e adeguatezza del colloquio preliminare, da valutare sulla base della relazione e del parere del medico, sentita altresì personalmente la donna, secondo un giudizio di idoneità a garantire la consapevolezza della situazione in capo alla minore. Interesse a presidio della necessità del provvedimento del giudice è, infatti, «l'esistenza delle condizioni nelle quali la decisione della minore possa essere presa in piena libertà morale» e massima consapevolezza (Corte cost., 15 marzo 1996, n. 76, cit.). Da ciò l'importanza di sentire personalmente la minore, tant'è che, ove la stessa non compaia in udienza, il giudice non potrà emettere un provvedimento favorevole; così Trib. Mantova, ord., 29 febbraio 2016, in *diritto24.ilsolo24ore.com*.

⁵⁷ Si veda P. BENCIOLINI, *Aborto. Aspetti medico-legali* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 57, che sottolinea come l'integrazione rispetto alla procedura ordinaria sia richiesta, dopo i novanta giorni, solo per l'aborto della donna interdetta.

assunto dalla donna e della natura della sua infermità mentale, nonché del parere del tutore, se espresso⁵⁸. Il giudice tutelare, secondo una formula parecchio diversa da quella utilizzata per la minore, «sentiti, se lo ritiene opportuno, gli interessati, decide entro cinque giorni dal ricevimento della relazione, con atto non soggetto a reclamo»⁵⁹.

Poiché il primo comma dell'articolo 13 rinvia anche all'articolo 6, per l'aborto terapeutico dell'interdetta si segue la stessa procedura⁶⁰. La donna, il tutore o il marito dovranno rivolgersi all'ospedale e il medico competente redigerà entro sette giorni la relazione da presentare al giudice tutelare, che deciderà entro cinque giorni. Si introduce pertanto uno scostamento rispetto alla procedura tipica sopra illustrata, la quale, tenuto conto che l'aborto terapeutico è sempre considerato urgente, elimina l'obbligo di colloquio preventivo, nonché, nel caso della minore, il necessario provvedimento del giudice tutelare, consentendo alla donna di rivolgersi immediatamente all'ospedale.

Quid iuris delle altre ipotesi di misure di protezione delle persone prive di autonomia? Nell'assenza di indicazioni giurisprudenziali deve ritenersi applicabile la disciplina della legge 219/2017 che, valorizzando al massimo l'autodeterminazione del paziente, all'articolo 3 prevede che il consenso al trattamento sanitario della persona inabilitata sia espresso personalmente dalla medesima, mentre, in caso di amministrazione di sostegno, l'amministratore sia deputato a prestare il consenso solo laddove tale potere gli sia stato conferito nel decreto di nomina, in via esclusiva o unitamente al beneficiario, secondo il grado di capacità di quest'ultimo⁶¹. Riguardo alla donna in stato di incapacità che non sia

⁵⁸ La dicitura "se espresso" di cui all'art. 13 deve intendersi riferita alla possibilità in cui detto parere non sia necessario, ossia in caso di richiesta del tutore stesso. Non è chiaro se possa, invece, intendersi nel senso che oggetto dell'obbligo non sia tanto il parere in sé, cosicché l'inerzia del tutore possa paralizzare la procedura, quanto piuttosto la richiesta di detto parere, analogamente a quanto avviene nelle procedure in cui è richiesto il parere obbligatorio del P.M. Considerato che un marito potrebbe anche non esistere, l'imprescindibilità della presenza di un terzo imparziale che tuteli la donna fa concludere per la necessità del parere. In caso di inerzia del tutore è verosimile che si possa nominare d'urgenza un altro soggetto.

⁵⁹ L'assenza della formula "può decidere", ricollegandosi a quanto rilevato riguardo l'interruzione della gravidanza della minore, deve ritenersi motivata dal necessario intervento del giudice tutelare, previsto a prescindere dal consenso del marito e del tutore. Riguardo il contenuto necessariamente positivo del provvedimento decisivo si rimanda alle considerazioni in nota 56: è opportuno ritenere che il giudice debba necessariamente autorizzare l'accesso all'aborto dell'interdetta, previa verifica del corretto svolgimento della procedura a garanzia della tutela della stessa. Ovviamente, non essendo possibile in questo caso verificare la consapevolezza e la libera scelta della gestante, il controllo si concentrerà maggiormente sul parere del tutore ed eventualmente del marito. È invece discutibile la mera possibilità di sentire gli interessati, laddove sarebbe auspicabile almeno l'obbligo di sentire personalmente la donna, quando possibile.

⁶⁰ Questa circostanza può creare significativi problemi nel caso in cui l'aborto terapeutico debba avvenire a ridosso della soglia di vitalità del feto (22-24 settimane), giacché la procedura ordinaria (sette giorni per la relazione più cinque per la decisione) comporta un decorso aggiuntivo di tempo che, considerati i tempi di ricezione della relazione, può spingersi sino alle due settimane. Nonostante ciò, depone a favore dell'adeguatezza della disciplina B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., pp. 489-490, che condivide la necessità di una procedura a garanzia della tutela della donna interdetta. È più condivisibile rilevare però che, se detta procedura potrebbe comunque giustificarsi nei casi di urgenza dovuti a prossima scadenza del primo trimestre, pone invece più perplessità nel caso di urgenza dovuta a motivi di salute: onde evitare che la sofferenza della donna si prolunghi ulteriormente, potrebbe allora accedersi al trattamento direttamente su richiesta dell'interdetta e del tutore al personale medico ospedaliero che effettuerà l'intervento, eliminando l'obbligo di relazione e l'intervento del giudice tutelare per conferire maggiore importanza, come già accade nel caso della maggiorenne e della minorenni, al ruolo dei medici.

⁶¹ In questo senso sembra deporre anche l'unico precedente reperibile, Trib. Como, decr., 12 novembre 2007, in *personaedanno.it*, dove il giudice tutelare è stato chiamato a decidere sull'opportunità di una nomina di amministratore provvisorio *ad hoc* per consentire l'interruzione di gravidanza della persona caduta in stato di incapacità e che aveva

tuttavia sottoposta ad alcuna misura di protezione legalmente prevista, è auspicabile che il personale del consultorio o il medico di base o ginecologo ai quali la stessa si rivolga per abortire, accortisi della palese infermità mentale, possano sollecitare con ricorso urgente la nomina di un tutore o di un amministratore di sostegno, affinché la donna venga adeguatamente tutelata⁶².

Infine, differenti e più snelle procedure sono previste generalmente nei casi di urgenza.

Per la maggiorenne, se la ragione d'urgenza si presenta entro i novanta giorni, non è necessario attendere il periodo di riflessione e il certificato di cui all'art. 5 legittima la donna ad andare direttamente in ospedale o in casa di cura convenzionata per effettuare il trattamento⁶³. Se la gestante è minorenni, la constatazione di un motivo d'urgenza esonera dall'attesa del periodo di riflessione e non è necessario l'assenso del tutore o dei genitori, né il provvedimento del giudice tutelare: la minore è in questo caso completamente equiparata alla maggiorenne⁶⁴.

Si ricordi che tutti gli interventi abortivi effettuati dopo i novanta giorni di gravidanza (aborto terapeutico) sono considerati urgenti e devono essere eseguiti immediatamente: non è previsto nessun colloquio preliminare e la gestante -sia maggiorenne che minorenni, e in questo caso senza l'assenso dei genitori o il provvedimento del giudice tutelare- potrà ottenere l'intervento dopo la certificazione dei processi patologici e, naturalmente, dopo la sottoscrizione del consenso informato nella struttura dove avverrà il trattamento.

In caso di pericolo imminente di vita, il comma 3 dell'art. 7 svincola l'accesso alla prestazione da ogni procedura, che può avvenire anche al di fuori di una struttura ospedaliera. Come si è detto, non sembrano sussistere modifiche nella procedura in caso di urgenza per l'interruzione di gravidanza nella donna interdetta; tuttavia, deve ritenersi applicabile anche all'interdetta la procedura di cui all'articolo 7, comma 3.

A conclusione di quanto esposto, si può sottolineare come la decisione sia del tutto lasciata alla donna, l'unica deputata alla sottoscrizione del consenso informato, eccetto nel caso di interdizione.

precedentemente espresso valido consenso all'aborto. Il giudice rigetta l'istanza sostenendo che essendo la donna maggiorenne e non interdetta «nessun potere di intervento è devoluto dalla legge al G.T.», né potrebbe demandarsi a un amministratore provvisorio una decisione su una questione personalissima come l'aborto.

⁶² Così M. R. IELASI, *Amministratore di sostegno: tra compiti istituzionali e necessità di vita e di tutela*, in *rivistafamiglia.it*, 2019, la quale sostiene che il precedente giurisprudenziale già descritto in nota precedente debba ritenersi fondato sulla prestazione del valido consenso prima di cadere in stato di incapacità, mentre non escluderebbe la possibilità di nomina di un amministratore per l'interruzione di gravidanza. P. BENCIOLINI, *Aborto. Aspetti medico-legali* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 57, cita una giurisprudenza inedita e assai risalente che sostenne la possibilità, per la donna, di farsi rappresentare dal marito.

⁶³ Si ricordi che un motivo di urgenza per l'aborto nel primo trimestre può ravvisarsi anche nella prossima scadenza del termine. La legge italiana, infatti, non prevede, a differenza di altre, la sospensione del decorso dei termini durante il periodo di riflessione. Peraltro, dalla relazione resa disponibile il 16 settembre 2021, si segnala che nel 2019 è aumentato il ricorso all'aborto d'urgenza nel primo trimestre, il che può essere conseguenza delle lunghe liste d'attesa per l'accesso alla prestazione, in genere di circa due settimane, o della necessità di rientrare nei tempi per l'accesso all'aborto farmacologico (circostanza che, però, sembra più improbabile, stante l'utilizzo ancora sporadico di questa metodica).

⁶⁴ Lo rileva anche Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196, cit.: «in caso di urgenza, [...] la posizione della minorenni viene parificata in toto».

Il *partner* della donna, che in maniera inopportuna la legge chiama “padre del concepito”, è reso partecipe della decisione solo su consenso della stessa, e la Consulta ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale che lamentava l’assenza di un suo ruolo⁶⁵; d’altra parte, l’impostazione adottata dal legislatore ha trovato anche il consenso di molta dottrina ed è stata confermata dalla giurisprudenza di Cassazione e della Corte EDU⁶⁶.

Allo stesso modo la Corte costituzionale, conformemente alla concezione dell’aborto come atto personalissimo, ha affermato che quello del giudice tutelare è un provvedimento volto a garantire che la minore, a seguito del corretto espletamento della procedura legale, abbia raggiunto una adeguata consapevolezza della situazione e si sia liberamente determinata ad abortire; il giudice tutelare non potrà discostarsi dalla relazione e dal parere del medico, che costituisce un imprescindibile antecedente tecnico, senza che possa configurarsi una sua volontà additiva o una co-decisione su questioni intime della donna; analoghe considerazioni valgono per il caso dell’interdetta⁶⁷.

Infine, la minore deve ritenersi affrancata anche dalla volontà dei genitori: sono state respinte le questioni di legittimità costituzionale volte a censurare la procedura, che prevede la possibilità di escluderli ove sia impossibile o sconsigliato sentirli. Tale scelta, ha affermato la Corte, rientra nella discrezionalità del legislatore, verosimilmente volta a prevenire l’aborto clandestino; inoltre, se è vero che essi non sono obbligatoriamente coinvolti, il giudice tutelare potrà coinvolgerli ove lo reputi opportuno⁶⁸.

⁶⁵ Corte cost., Ord., 31 marzo 1988, n. 389, cit., che afferma che «la norma impugnata è frutto della scelta politico- legislativa -insindacabile da parte di questa Corte- di lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza; che tale scelta non può considerarsi irrazionale in quanto e coerente al disegno dell’intera normativa e, in particolare, all’incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna». Il coinvolgimento del partner sembra potersi concretizzare nella possibilità di partecipare, assieme alla donna, alle visite e ai colloqui e poter così formare un proprio punto di vista sulla questione, da comunicare alla gestante, alla quale in ogni caso sarà lasciata l’ultima parola, potendo anzi estrometterlo dalle fasi successive del procedimento.

⁶⁶ In dottrina si veda R. ROMBOLI, *Il consenso del non avente diritto*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2111 ss., in nota a Corte cost., Ord., 31 marzo 1988, n. 389, cit.; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., pp. 35 e 250 ss., che ipotizza che l’estromissione del padre sia valutabile nel giudizio di separazione con addebito; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione : concretezza dei casi e astrattezza della norma*, cit., p. 125, che acutamente rileva come la partecipazione del padre potrebbe deporre a favore della prosecuzione della gravidanza, ma anche dell’aborto, così esponendo la donna al rischio di interventi sanitari obbligatori ex art. 32 Cost. Riguardo la giurisprudenza di cassazione si veda Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., punto 6.2 delle motivazioni in diritto, che rileva come la donna sia a ciò legittimata «dalla natura, prima ancora che dal diritto». Infine, per la giurisprudenza della Corte EDU si vedano *Paton vs. UK*, 13 maggio 1980; *RH c. Norvegia*, 19 maggio 1992 e *Boso c. Italia*, 5 settembre 2002, cit. La Corte non censura le leggi statali in quanto afferma che la vita del feto «è intimamente connessa con quella della gestante e non può essere considerata separatamente dalla stessa», pertanto l’art. 2 non può tutelare la vita del feto, in quanto viceversa questa si porrebbe al di sopra della tutela della gestante.

⁶⁷ Si rimanda alle considerazioni di cui in nota 56 e 59.

⁶⁸ Corte cost., 25 giugno 1981, n. 109, cit.; Corte cost. Ord., 10 maggio 2012, n. 126, in *Foro It.*, 2012, 10, 1, p. 2553 ss., con nota di DE MARZO.

3. Le tre fattispecie previste dalla legge e le tipologie di aborto. In particolare, le novità sull'aborto farmacologico.

La legge 194/1978 prevede tre fattispecie di aborto che si differenziano in base al periodo di gestazione in cui sono accessibili e ai presupposti richiesti.

Preliminarmente, bisogna rilevare come la legge non specifichi da quando decorrano i termini per l'aborto: l'inizio della gestazione può individuarsi mediante il criterio dell'età gestazionale o dell'età concezionale. Adoperando il primo, il *dies a quo* risulta il primo giorno dell'ultima mestruazione; col secondo criterio si cerca, invece, di individuare il giorno in cui è presumibilmente avvenuto il concepimento, ossia il periodo dell'ovulazione, circa 14 giorni dopo l'ultima mestruazione⁶⁹. Sarebbe pertanto preferibile applicare il secondo criterio, che avrebbe il pregio non solo di collocare l'inizio della gravidanza al momento effettivo della stessa, ossia quello del concepimento, ma altresì perché l'altro criterio determina l'enorme svantaggio di aggiungere due settimane a una tempistica già parecchio ristretta. È d'obbligo rilevare come entrambi i metodi difficilmente possano condurre a risultati certi. In particolare, relativamente al criterio dell'età gestazionale, si deve tener conto del fatto che la data dell'ultima mestruazione è fornita dalla stessa donna, la quale ben potrebbe avere interesse a posticiparla, in modo da rientrare nei limiti temporali stabiliti nella legge. Una risalente giurisprudenza ha sposato il criterio dell'età gestazionale⁷⁰, ma si ritiene condivisibile l'impostazione di chi ritiene che la disposizione sia compatibile con entrambi i criteri: sarà il ginecologo, nell'ambito della discrezionalità professionale, ad individuare il metodo più consono⁷¹; nella pratica, sembra prevalere l'utilizzo del criterio dell'età gestazionale⁷².

Tanto premesso, le tre fattispecie che si possono trarre dall'analisi della legge 194 sono:

- l'aborto nei primi novanta giorni (art. 4), rimesso, come si è visto, sostanzialmente all'autodeterminazione della donna;
- l'aborto terapeutico ex art. 6, lett. b, praticato dal novantesimo giorno fino al momento in cui il feto ha presumibilmente raggiunto la soglia di vitalità⁷³, ove la donna presenti dei processi

⁶⁹ Per approfondimenti M. ZANCHETTI, *Interruzione della gravidanza: profili penalistici*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, cit., p. 1693, che propende per l'applicazione del criterio dell'età concezionale.

⁷⁰ Trib. Padova, 19 novembre 1985, con nota critica di F. ALBEGGIANI, in *Foro.it*, 1988, II, p. 465 ss.; l'A. propende per il criterio opposto, dell'età concezionale, in modo da praticare l'I.V.G. dopo 90 giorni effettivi di gravidanza. In tal senso anche P. BENCIOLINI, *Aborto. Aspetti medico-legali* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 57.

⁷¹ Così P. BENCIOLINI – A. APRILE, *Interruzione volontaria della gravidanza. Compiti, problemi, responsabilità*, Padova, 1990, p. 53.

⁷² In generale, il criterio dell'età concezionale non figura mai in alcun precedente di merito relativo al danno da nascita indesiderata, il che fa dedurre che la maggior parte dei ginecologi propendano per il criterio dell'età gestazionale. Ciò sembra confermato dall'ultima relazione ministeriale sull'attuazione della legge 194/1978, che riferisce solo di età gestazionale, e dalla circolare del Ministro della Salute del 12 agosto 2020 di aggiornamento delle linee guida sull'aborto farmacologico, che ne autorizza l'utilizzo «entro le nove settimane compiute di età gestazionale».

⁷³ Si ricordi che il legislatore volontariamente ha omesso di indicare dei termini prestabiliti per l'individuazione della soglia di vitalità fetale, che verrà determinata dal medico; T.A.R. Lombardia Milano, 29 dicembre 2010, n. 7735, cit., per tali

patologici attualmente in corso che determinino un grave pericolo per la sua salute fisica o psichica;

- l'interruzione di gravidanza ex artt. 6, lett. a e 7, comma 2, praticabile senza limiti temporali, (sebbene, oltre la soglia di vitalità fetale, l'interruzione si concretizzi in un parto prematuro indotto), nel caso in cui la gravidanza rappresenti un grave pericolo per la vita della donna, che può essere non attuale o imminente.

Riguardo alla prima fattispecie, l'articolo 4, nel suo unico comma, enuncia gli ambiti in relazione ai quali può insorgere il serio pericolo alla salute fisica o psichica che legittima l'aborto nei primi novanta giorni. Il serio pericolo alla salute della donna richiesto dalla legge deve sorgere «in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito». Si è già detto della possibilità della donna, secondo una lettura compatibile con i principi costituzionali espressi dalla legge 219/2017, di esimersi dal dichiarare in quali di queste circostanze versi. Si è altresì evidenziato come il medico cui si rivolge la donna non possa in alcun modo rifiutarsi di consegnare tale certificato. Si può ora aggiungere che tali circostanze dovranno comunque essere esaminate in un'ottica preventiva, tenendo conto dell'indicazione della Cassazione: le circostanze devono sussistere attualmente, ma il pericolo alla salute no⁷⁴. Sarà la donna, in termini futuri e probabilistici, a compiere tale valutazione secondo la sua personale concezione della vita, e in base alla propria etica e alla propria coscienza.

Le condizioni economiche costituiscono una delle circostanze più prettamente soggettive: proprio per la valutazione prognostica del danno alla salute, potrebbero legittimare la richiesta di aborto anche per una donna non indigente, ma che non si senta in grado di crescere un figlio in maniera adeguata secondo i propri personali standard di mantenimento. Le condizioni sociali e familiari riguardano un'ampia casistica, nella quale può rientrare verosimilmente anche l'ipotesi di donna che si senta troppo giovane per avere un figlio, che preferisca ultimare gli studi e trovare un lavoro stabile o che, avendo già uno o più figli, senta che la propria famiglia sia già completa. Le circostanze in cui è avvenuto il concepimento che possano causare una maternità dalla quale origini un serio pericolo per la salute riguardano principalmente stupro e incesto, ma non sembra potersi escludere, ad esempio, l'ipotesi di un concepimento avvenuto in seguito a un rapporto occasionale.

Infine, una considerazione a parte merita l'ultima ipotesi, relativa alla presenza di malformazioni o anomalie del feto; la stessa è presente anche nell'art. 6, lett. b. Ciò potrebbe far dedurre che ove l'anomalia sia rilevata prima dei novanta giorni, la gestante che, conscia della malattia fetale, non abbia abortito, non possa più farlo dopo il primo trimestre. In realtà, l'analisi del criterio distintivo delle due

motivi annullò il provvedimento regionale che fissava il termine in esame in 22 settimane più 3 giorni, vincolando la valutazione professionale del medico e slegandola dal caso concreto.

⁷⁴ Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, cit.: «l'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni costituisce un intervento profilattico nei confronti di un danno temuto per la salute della gestante, intesa in senso lato».

fattispecie suggerisce che si possa abortire anche dopo novanta giorni, sebbene l'anomalia fosse già diagnosticata. Per comprendere il tema bisogna approfondire la seconda fattispecie di aborto.

L'articolo 6, lett. b, prevede, come presupposto, la presenza di un processo patologico che metta in grave pericolo la salute -fisica o psichica- della donna.

La norma parla di processi patologici “accertati” e, come la Cassazione ha confermato, ciò comporta che la fattispecie in questione richieda la presenza di una patologia attuale⁷⁵; viceversa, la gravità richiesta dalla legge può anche essere valutata in termini probabilistici e futuri. L'articolo può dunque leggersi in questo modo: si richiede la presenza di un processo patologico attualmente sussistente e certificabile che metta la salute in pericolo, anche non grave, ma suscettibile di evolversi e di connotarsi in futuro come grave. Tale processo patologico può consistere, ad esempio, in un tumore, una psicosi, una metrorragia, una pre-eclampsia, una grave forma di miopia degenerativa o in altre malattie indipendenti dal feto⁷⁶. Ciò significa che l'aborto terapeutico potrà riguardare anche un feto sano. Questo è conforme alla *ratio* della legge, che fa prevalere la salute della gestante sulla vita del feto non ancora autonomo⁷⁷; se tale prevalenza valesse solo per i feti malati, questi ultimi sarebbero discriminati rispetto ai feti sani.

Invero, una tale discriminazione sembrerebbe sottesa all'inciso del medesimo art. 6, lett. b, laddove ammette la possibilità di ravvisare nella rilevante malformazione o anomalia fetale la causa scatenante il processo patologico. Si sottolinea che deve trattarsi di patologie “rilevanti”, quindi gravi: non esiste alcun elenco, essendo rimessa ai medici tale valutazione⁷⁸.

Si noti come l'anomalia o malformazione fetale è l'unica circostanza presente sia tra i presupposti dell'aborto nel primo trimestre che successivamente: nessuna rilevanza conferisce il legislatore, ad esempio, alla sopravvenuta perdita del lavoro, tale da non consentire alla gestante di crescere dignitosamente il nato. La ragione di tale circostanza risiede verosimilmente nel fatto che la gran parte delle anomalie fetali vengono riscontrate dopo il primo trimestre⁷⁹. Tuttavia, se ciò che rileva è la patologia attuale della donna, nell'ottica di tutelare la sua salute e farla prevalere sulla vita del feto, ben avrebbe potuto il legislatore omettere l'inciso in esame: una volta accertate le turbe -che, come rilevato

⁷⁵ Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, cit.

⁷⁶ Si tratterebbe di altre patologie organiche o processi patologici psichici secondo P. BENCIOLINI – A. APRILE, *Interruzione volontaria della gravidanza. Compiti, problemi, responsabilità*, cit., p. 63.

⁷⁷ Lo rileva P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, cit., p. 138.

⁷⁸ Dalla giurisprudenza sul danno da procreazione si evince che rientra tra le anomalie gravi ai sensi della norma esaminata anche la sindrome di Down. Cass., 11 aprile 2017, n. 9251, in *Foro It.*, 2017, 10, 1, p. 3120 ss., ha avallato la ricostruzione del giudice di merito, ritenendo che la mancanza della mano destra non potesse integrare il requisito di gravità richiesto dalla norma.

⁷⁹ Si veda F. POGGI, *The wailing of the lambs. La libertà di autodeterminazione femminile alla luce dei recenti progressi in tema di uteri artificiali*, cit., p. 22. L'A riporta che «attualmente le tre principali tecniche diagnostiche sono, per la diagnosi genetica, la villocentesi, che si effettua tra la 11esima e la 12esima settimana, e l'amniocentesi, che si effettua tra la 15esima e la 17esima settimana, nonché, per la diagnosi morfologica, l'ecografia (detta, appunto, morfologica), che si effettua tra la 18esima e la 22esima settimana [...] occorre attendere almeno una settimana per i risultati e [...] secondo l'ultima relazione del Ministro della salute, i tempi di attesa medi si aggirano intorno alle 2 settimane».

dalla giurisprudenza, in questo caso sarebbero esclusivamente psichiche⁸⁰- il presupposto si perfezionerebbe, a prescindere dalla causa della sua insorgenza.

Qual è allora la *ratio* del riferimento alle rilevanti anomalie o malformazioni fetali?

Dai lavori parlamentari si apprende che i deputati si sono concentrati maggiormente sulle caratteristiche da attribuire a dette malformazioni, preoccupandosi che solo quelle estremamente gravi o incurabili potessero assurgere a presupposto della norma⁸¹. Altresì, nell'ambito della discussione emergono sia le concrete difficoltà a cui vanno incontro i disabili, sia una naturale correlazione tra la scoperta di essere incinta di un feto malato e lo stato di profondo malessere e ansia della donna, preoccupata da tutte le difficoltà che segneranno la vita del figlio. Proprio questo stato di malessere sarebbe la chiave per escludere l'introduzione di un aborto eugenetico.

Detto questo, sembra allora che, da una parte, l'inciso in esame introduca, anzi, una garanzia per il feto affetto da anomalie; specificamente, ove la causa del processo patologico attualmente diagnosticabile nella donna sia riconducibile alla malattia del feto, non in ogni caso la stessa potrebbe abortire -erodendo così l'ambito dell'art. 6- ma solo ove le anomalie o malformazioni siano rilevanti. D'altra parte, questa volta a garanzia della donna e della coppia, sembra scorgere in tale norma una volontà del legislatore di tutelare il diritto alla procreazione cosciente e responsabile: si vorrebbe evitare, cioè, che un genitore debba forzatamente farsi carico di responsabilità (spesso gravosissime) delle quali non poteva tenere conto.

Si noti che benché formalmente si richieda la certificazione della turba psichica conseguente alla notizia dell'anomalia fetale, i medici raramente approfondiscono tale profilo, limitandosi alla diagnosi della malattia del feto; la stessa Cassazione ha fatto trasparire l'automatismo tra diagnosi di anomalia fetale e perfezionamento della fattispecie ex art. 6 b, sviluppando un consolidato orientamento che vede nella sola richiesta di ecografia (o analoghi accertamenti), una presunzione *iuris tantum* di realizzazione dei presupposti del diritto all'aborto ex art. 6 b, ove si fossero rilevate anomalie fetali. Detto orientamento è stato parzialmente sconfessato solo dal 2015, conferendo maggior importanza alla necessità di provare la turba psichica che sarebbe insorta nella donna, tuttavia considerando la richiesta delle analisi prenatali come un argomento rilevante nel quadro probatorio⁸². Tale automatismo sembra scorgersi sia dalle preoccupazioni dei deputati, volte a specificare la gravità delle anomalie, sia dalla stessa lettera della legge poi approvata, che sembra escludere la possibilità di effettuare l'aborto terapeutico, nonostante le turbe psichiche eventualmente accertate, ove queste derivino da un'anomalia lieve o curabile.

⁸⁰ Si veda la parte finale del paragrafo 1 del presente capitolo.

⁸¹ Atti Parlamentari. Camera dei deputati. VII Legislatura – Discussioni – Seduta del 13 aprile 1978, p. 15626 ss.

⁸² Per la giurisprudenza che ricollegava la richiesta di analisi prenatali alla volontà di abortire un feto malato si veda Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, cit.; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.; per l'orientamento successivo si veda l'ultima parte del paragrafo 1 del presente capitolo

Volendo allora risolvere il quesito iniziale, potranno accedere all'aborto terapeutico anche coloro che già avevano avuto notizia della malformazione, purché sia certificata la sussistenza -attuale al momento della richiesta- di processo patologico in corso, ossia di una turba psichica: «se così non fosse, le malformazioni del nascituro, che nei primi novanta giorni possono essere causa di serio pericolo per la salute [...] sotto il profilo della mera prognosi, si trasformerebbero alla scadenza di detto termine, costituendo ed esaurendo esse stesse il requisito del "processo patologico", [...] mentre detto processo patologico deve essere relativo alla gestante e costituisce il *quid pluris* rispetto alla prima fattispecie»⁸³.

Infine, l'ultima fattispecie riguarda il caso in cui la prosecuzione della gravidanza metta in grave pericolo la vita della donna. Questi presupposti legittimano l'interruzione di gravidanza anche oltre la soglia di vitalità del feto. Stante la possibilità di vita autonoma del feto e la pericolosità di un simile intervento per la salute della donna, sembra che la gravità di questo pericolo non possa essere prognosticabile nel futuro, ma debba essere attuale al momento della richiesta del trattamento sanitario. Tuttavia, depone per una diversa interpretazione la lettura della norma in combinato disposto con l'art. 7, comma 2, che disciplina specificamente la procedura in caso di pericolo imminente per la vita della donna⁸⁴.

Volendo ora analizzare le metodologie concretamente adottate per eseguire l'interruzione di gravidanza, bisogna premettere che, secondo gli ultimi dati disponibili⁸⁵, l'83,1% degli aborti vengono effettuati entro la decima settimana di amenorrea, ossia successiva all'ultima mestruazione (età gestazionale). Solo l'11,4% vengono effettuati nelle ultime due settimane del primo trimestre e sono rarissime, solo il 5,4%⁸⁶, le interruzioni di gravidanza effettuate dopo i novanta giorni. Bisogna altresì premettere che l'ultima relazione resa disponibile dal Ministro della salute, pubblicata il 16 settembre 2021, riporta i dati del 2019 e, relativamente al 2020, solo dei dati preliminari, in considerazione dei ritardi legati alla diffusione della pandemia da covid-19⁸⁷.

Ciò premesso, l'aborto nel primo trimestre (ossia quello che avviene nel 94,5% dei casi) può avvenire in tre modi: raschiamento, isterosuzione -anche detta aspirazione-, metodo farmacologico. Il primo

⁸³ Cass., 1 dicembre 1998 n° 12195, cit.

⁸⁴ L'interpretazione della norma sullo stato di necessità, che rinvia a un "pericolo attuale", equipara l'attualità all'imminenza dello stesso (tra le altre, Cass. pen., 14 novembre 2017, n. 319, in *leggiditaliaprofessionale.it*). Pertanto, è verosimile ritenere che l'art. 6, lett. a, riguardi la diversa ipotesi in cui sussista un pericolo attuale per la vita della donna, suscettibile di qualificarsi in futuro come grave; non dovrebbe, però, essere necessariamente attualmente grave, giacché vi sarebbe, in tal caso, una duplicazione della norma che riguarda il pericolo imminente per la vita della donna. Si ricordi che, in caso di pericolo imminente per la vita della donna, è ragionevole ritenere che la procedura di cui all'art. 7, comma 2, si applichi anche all'interdetta. In questo senso anche G. GALLI – V. ITALIA – F. REALMONTE – M. T. SPINA – C. E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria di gravidanza: (commento alla legge 22 maggio 1978, n.194, cit., p. 268.*

⁸⁵ Il riferimento è alla *Relazione del ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/1978). Dati definitivi 2019 e dati preliminari 2020*, 16 settembre 2021, alla quale si rinvia per tutte le considerazioni e i dati che seguiranno, salvo diversa fonte indicata in nota.

⁸⁶ Sommando le statistiche manca lo 0,1% anche nei dati ufficiali

⁸⁷ Questa circostanza è di particolare importanza per considerare i dati degli aborti eseguiti tra la settima e la nona settimana, giacché, al tempo di rilevazione delle statistiche, l'aborto farmacologico era erogabile solo fino alla settima settimana di età gestazionale.

consiste nella dilatazione della cervice uterina e successivo inserimento di uno strumento, detto curetta, per eliminare, con un movimento meccanico effettuato dal ginecologo, il prodotto del concepimento. Il secondo metodo consiste nella dilatazione della cervice uterina e successiva aspirazione del prodotto del concepimento per mezzo di una cannula; questa metodica è quella maggiormente praticata in Italia⁸⁸. Entrambi i due metodi appena descritti si eseguono in anestesia generale e solo raramente in anestesia locale. Il terzo metodo avviene senza sedazione, mediante la somministrazione di mifepristone e prostaglandine, insieme o separati; il suo utilizzo, legale dal 2009, è in costante crescita.

L'aborto farmacologico richiede un particolare approfondimento.

La legge 194/1978 prevede, all'art. 15, l'obbligo di aggiornamento formativo del personale sanitario coinvolto nell'erogazione dell'aborto «sull'uso delle tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza». Sebbene fosse già eseguito negli altri Stati europei, l'aborto farmacologico viene autorizzato in Italia solo nel 2009, in ottemperanza a una procedura europea⁸⁹. Nello stesso anno l'AIFA ha determinato le condizioni di somministrazione del farmaco⁹⁰: l'aborto farmacologico era ammesso entro la settima settimana di età gestazionale ed in regime di ricovero dal momento dell'assunzione fino al momento dell'espulsione del prodotto del concepimento. Poiché l'aborto farmacologico avviene nella maggior parte dei casi mediante somministrazione di due farmaci a distanza di 36-48 ore, il ricovero era fissato generalmente in tre giorni, sebbene quasi il 90% delle donne rilasciasse la struttura per dimissioni volontarie entro le 24 ore, ritornandovi successivamente per i necessari controlli. Molte regioni avevano pertanto previsto il *day-hospital*. L'accesso all'aborto farmacologico è stato però estremamente lento, difficoltoso e differenziato per Regione; solo nel 2012, dopo l'attivazione del servizio anche nelle Marche, questo trattamento è diventato fruibile in tutta Italia⁹¹. Ancora nel 2019, sebbene la stragrande maggioranza

⁸⁸ La Relazione del Ministro della salute erroneamente scinde l'isterosuzione dal metodo Karman, giacché quest'ultimo, che presuppone l'utilizzo di una pompa manuale, non viene praticato. I dati sull'isterosuzione dovrebbero pertanto comprendere anche il metodo Karman, unificando le due categorie. Tanto premesso, la Relazione differenzia le due metodologie e riporta che viene effettuato con metodo di Karman il 43,7 % degli aborti e il 16,7% con isterosuzione di altro tipo, per un totale di 60,4%. È curioso constatare che l'isterosuzione, che consente di aspirare l'embrione o il feto intero (si ricordi che generalmente si parla di feto dopo le 8 settimane, quindi generalmente si aspira l'embrione), è stata spesso demonizzata negli USA. Molte legislazioni statali, infatti, hanno vietato specificamente la D&E (*dilatation and evacuation*); si veda C. D'ORTA, *La disciplina dell'aborto: confini giuridici ed etici ed «initium vitae». L'esperienza brasiliana, statunitense e italiana*, cit., p. 1123 ss.

⁸⁹ Con determina del direttore generale dell'AIFA n. 1460 del 24 novembre 2009, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 286 del 9 dicembre 2009, è stata autorizzata l'immissione in commercio della RU-486, medicinale a base di mifepristone, a seguito della conclusione positiva della procedura europea n. FR/H/137/01/E002. F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, cit., pp. 114-115 rileva come normalmente il procedimento autorizzativo dell'AIFA si concluda in tre mesi; in questo caso son stati necessari circa due anni. Si noti come l'utilizzo del farmaco fosse già possibile prima del 2009 mediante l'importazione dall'estero per le cure *off label*.

⁹⁰ Delibera del consiglio di amministrazione AIFA n. 14 del 30 luglio 2009.

⁹¹ Sembrerebbe che in tale estremo ostruzionismo giochi un ruolo la retorica del dolore, secondo la quale l'aborto dovrebbe essere sempre sofferente ed accompagnarsi anche a una componente visiva che responsabilizzi la donna sulla gravità del gesto. Enuncia questa ipotesi M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 322 ss. L. EUSEBI, *Aborto. Parte giuridica. Diritti positivi odierni* (voce), in AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, cit., p. 47 ss. denuncia, invece, che le metodiche abortive precoci comporterebbero una «minore percezione psicologica dell'effetto abortivo». L'A. si scaglia, in particolare, proprio contro la RU-486, alla quale attribuisce una «potenziale rimozione della portata

delle interruzioni di gravidanza avvenissero entro l'ottava settimana, l'aborto farmacologico risultava utilizzato solo nel 27,8% dei casi.

Con circolare del 12 agosto 2020, complice forse la grave situazione sanitaria conseguente alla diffusione, da febbraio dello stesso anno, della pandemia da covid-19⁹², il Ministero della salute ha aggiornato le linee guida sull'aborto farmacologico⁹³. Detta metodologia è ora praticabile fino alla nona settimana compiuta di età gestazionale (63 giorni dall'ultima mestruazione), non richiede più l'ospedalizzazione ed è erogabile, pertanto, anche al di fuori degli ospedali o delle case di cura autorizzate -dove è comunque accessibile in *day hospital*-, specificamente in strutture ambulatoriali pubbliche adeguatamente attrezzate, funzionalmente collegate all'ospedale e autorizzate dalle Regioni, nonché presso i consultori. L'aborto farmacologico, pertanto, avviene attualmente con le seguenti modalità: una prima somministrazione di un farmaco per via orale di Mifepristone; nelle 36-48 ore successive la donna deve tornare in struttura -oppure può assumere il farmaco al proprio domicilio⁹⁴- per la somministrazione dell'analogo delle prostaglandine, sempre per via orale o, in caso di età gestazionale successiva a 49 giorni, necessariamente per via vaginale.

Di fatto, però, dai dati preliminari del 2020 emerge che solo la Toscana ha attivato il servizio in strutture extraospedaliere; tredici Regioni hanno dichiarato di impegnarsi ad effettuare l'aborto farmacologico in strutture extraospedaliere nel 2021, mentre in Calabria, fino a novembre 2020 non erano neppure state distribuite o segnalate le nuove linee guida alle strutture che effettuano aborti⁹⁵.

Dopo il primo trimestre l'approccio all'intervento cambia. Innanzitutto, si ricordi che si tratta generalmente di gravidanze volute e interrotte per gravi motivi e contro le aspettative della donna e della coppia. Inoltre, il feto è certamente più sviluppato e più grande, pertanto l'intervento è più rischioso e le modalità utilizzate sono differenti. L'aborto avviene, secondo le condizioni di salute e i rischi che corre la donna, mediante isterectomia o mediante travaglio indotto con una soluzione chimica iniettata nell'utero o la somministrazione di un farmaco per via vaginale. In ogni caso, e a differenza di quanto

abortiva» perché visivamente agirebbe causando una perdita di sangue analoga a quella delle mestruazioni. L'A. si spinge fino ad affermare che detta circostanza si rifletterebbe sulla credibilità dell'intento di prevenzione dell'aborto professato dal legislatore.

⁹² Con circolare del 30 marzo 2020 il Ministro della salute ha disposto la sospensione di tutte le attività ambulatoriali, salvo quelle urgenti. Tra queste rientrava l'aborto. Tuttavia, la Relazione sull'applicazione della legge 194/1978 da atto di come non poche Regioni avessero riscontrato problemi con delle strutture sanitarie, le quali autonomamente avevano deciso di interrompere il servizio di aborto oppure di ridurre il numero di interventi settimanali o, ancora, di sospendere l'accesso a certe procedure, come quella farmacologica o quella chirurgica. Le parlamentari dell'intergruppo Donne, diritti e pari opportunità hanno allora sollecitato il Ministro della salute a promuovere l'aborto farmacologico per ridurre i ricoveri.

⁹³ Circolare del Ministero della salute del 12 agosto 2020 sull'aggiornamento delle *Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con Mifepristone e prostaglandine*.

⁹⁴ Quella di somministrare alla donna il primo farmaco e consegnarle il secondo, con l'avvertimento di assumerlo dopo 48 o 36 ore presso il proprio domicilio, è la prassi diffusa nei consultori del Lazio.

⁹⁵ L'aborto farmacologico risulta ancora parecchio osteggiato. Si pensi che la Regione Umbria ha emanato una delibera di giunta regionale (n. 467 del 10 giugno 2020) per disporre che l'aborto farmacologico avvenisse in regime di ricovero per tre giorni, in sostituzione del precedente regime di *day hospital*. Tra le Regioni che hanno attuato l'accesso all'aborto farmacologico nel 2021 vi è il Lazio, seppur non risulti dai dati preliminari della Relazione.

accade in altri Paesi, l'interruzione di gravidanza, in caso di constatazione del raggiungimento della soglia di vitalità del feto, si concretizza in un parto prematuro indotto, accompagnato dal dovere del medico di adottare ogni accorgimento per salvare la vita del feto⁹⁶.

4. Obiezione di coscienza e aborto: ambito soggettivo e oggettivo. In particolare, l'obiezione in consultorio e il divieto di obiezione di struttura.

L'articolo 9 della legge sull'interruzione di gravidanza regola, nei suoi sei commi, la procedura per l'esercizio del diritto di obiezione di coscienza all'aborto.

Il primo comma indica, tra l'altro, i soggetti che possono esercitare tale diritto: il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie può essere esonerato dalla partecipazione agli interventi interruttivi della gravidanza.

Per quanto riguarda il riferimento al personale sanitario, vi sono compresi ginecologi ed anestesisti, ossia i medici indicati nella Relazione; ciò sebbene l'anestesista non compia nessun atto direttamente finalizzato alla morte o espulsione del feto⁹⁷. I dubbi sono sorti, specificamente, sull'individuazione del personale esercente le attività ausiliarie e sull'opportunità di comprendere, nel personale esercente le attività ausiliarie, anche il personale non sanitario⁹⁸.

La soluzione deve essere individuata interpretando il comma in esame con il disposto dei commi 3 e 5 dello stesso articolo, che limitano la possibilità di sollevare obiezione e, conseguentemente, di esimersi dalle attività professionali, alle sole attività specificamente e necessariamente dirette all'interruzione della gravidanza. Pertanto, è necessario limitare la portata soggettiva del diritto di obiezione al solo personale ausiliario sanitario (cd. paramedico) che svolge attività di assistenza all'intervento abortivo: nella specie, l'ostetrica e l'infermiere specializzato ferrista⁹⁹. Infatti, non è possibile sostenere che i lavoratori del personale ausiliario non medico, quali portantini e inservienti,

⁹⁶ Per approfondimenti si veda il paragrafo 6 della sezione 3 del capitolo 3 sulla vitalità del feto. Si veda altresì il capitolo 5 del presente lavoro, dove si dà atto che in Spagna e Belgio è possibile effettuare un vero e proprio aborto oltre la soglia di vitalità fetale, mediante un'iniezione di cloruro di potassio che causa la morte del feto in utero, con successiva indotta espulsione dello stesso.

⁹⁷ Specificamente, l'anestesista non può considerarsi concretamente coinvolto nell'aborto, in quanto il suo intervento ha solo la finalità di non far sentire dolore, ma non è indispensabile al trattamento stesso. La Relazione annuale sull'applicazione della legge 194/1978 però ricomprende stabilmente questo professionista tra coloro che possono sollevare obiezione all'aborto; in tal modo sembra ricollegarsi alla giurisprudenza di Pret. Ancona, 9 ottobre 1979, in *Giur. di Merito*, 1982, p. 973 ss., che considera esentabili «le attività immediatamente precedenti l'anestesia, l'anestesia vera e propria e l'intervento abortivo».

⁹⁸ In senso favorevole all'estensione dell'obiezione anche a portantini o inservienti, si veda V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone*, cit., p. 111.

⁹⁹ In tal senso, U. SALANITRO, *Art. 16, Obiezione di coscienza*, in L. BALESTRA (a cura di), *Della Famiglia. Leggi collegate*, in *Commentario del Codice Civile*, cit., p. 629, che adotta quest'impostazione sia per la P.M.A. che per l'I.V.G. In realtà, sembrerebbe che per l'ostetrica valgano le stesse considerazioni relative all'anestesista: l'assistenza che può prestare l'ostetrica durante l'aborto, in particolare quello terapeutico (perché per quello eseguito nel primo trimestre bastano pochi minuti e non c'è bisogno di altri oltre al medico e al ferrista), non sia comunque causalmente diretto alla morte o espulsione del feto.

possano svolgere attività specificamente connesse all'aborto, ossia attività che non svolgono per altri interventi¹⁰⁰.

Molto più problematica l'interpretazione del terzo comma dell'art. 9, che delimita l'ambito oggettivo del diritto di obiezione, specificando che il diritto di astensione dall'attività professionale riguarda le sole «attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza» e non si estende «all'assistenza antecedente e conseguente all'intervento».

Per quanto la formula sia *ictu oculi* restrittiva, la sua interpretazione è stata per lungo tempo strumentalizzata per l'ampliamento dell'ambito dell'obiezione. Complice anche un'errata interpretazione del suesposto primo comma, si è giunti finanche a ritenere che i sanitari deputati all'espletamento delle procedure per il rilascio del documento ex art. 5 potessero invocare l'obiezione di coscienza per non svolgere la prestazione¹⁰¹.

La giurisprudenza di merito si è più volte addentrata nell'ombroso cammino della distinzione tra operazioni “necessariamente dirette” e non, arrivando addirittura a qualificare la preparazione di un campo sterile o l'esecuzione di analisi da laboratorio come attività specificamente dirette all'aborto e dunque coperte dall'obiezione¹⁰².

Sembrerebbe quasi che, nell'individuazione del discrimine tra attività coperte da obiezione oppure no, fosse stato adottato, piuttosto che un criterio di specifica necessità, il criterio della *condicio sine qua*

¹⁰⁰ Si pensi al lavoratore che deve cambiare le lenzuola al letto in cui deve essere ricoverata la donna per l'isterosuzione; si tratta di attività che il soggetto svolge in maniera identica per ogni trattamento sanitario e che non possono assolutamente qualificarsi come specificamente connesse all'interruzione di gravidanza.

¹⁰¹ In questo senso: D. PARIS, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 354; V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone*, cit., p. 106 e sempre in V. TURCHI, *Obiezione di coscienza*, in *Dig. Disc. Priv.*, cit., p. 539. Quest'impostazione era diffusa anche nella pratica, come dimostra la sentenza T.A.R. Puglia, 14 settembre 2010, n. 3477, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 11, p. 1217 ss. che, seppur annulli il bando riservato ai soli non-obiettori, condanna questa pratica come illecita e adotta un'interpretazione restrittiva della legge; si veda anche T.A.R. Lazio Roma, Sent., 2 agosto 2016, n. 8990, in *leggiditaliprofessionale.it*, che conferma il provvedimento regionale che esclude che il personale del consultorio possa sollevare obiezione di coscienza. Nel senso opposto, un esempio virtuoso e risalente si rinviene nella circolare della Regione Veneto n. 54 del 1978 della Giunta regionale, che affermò che non è possibile sollevare obiezione al rilascio del documento ex art. 5. A favore dell'interpretazione restrittiva anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 632, secondo la quale la specificità rinvia alla direzione degli atti posti in essere in astratto e la necessità si riferisce alla direzione degli atti in concreto.

¹⁰² Rispettivamente, Trib. Ancona, 8 giugno 1984, in riforma a Pretura Penne, 6 dicembre 1983, (quest'ultima in *Giur. It.*, 1984, II, p. 314 ss., con nota di NAPPI), che viceversa condannò ex art. 328 c.p. le ostetriche che si rifiutarono di preparare un campo sterile per la collocazione di un dispositivo per la dilatazione della cervice della paziente. Il provvedimento del Tribunale di Ancona, inedito, viene approfondito in C. CASSANI, *La disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – M. PAPA – A. MANNA (a cura di), *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari, VII, Milano, 2011, p. 587; T.A.R. Emilia-Romagna, 29 gennaio 1981, n. 30, in *Trib. Amm. Reg.*, 1981, I, p. 961 ss., che arriva a sostenere la «genericità od onnicomprensività della formulazione dell'art. 9», concludendo che anche le analisi di laboratorio potessero rientrare nell'ambito dell'obiezione ove necessarie a una donna che avesse richiesto l'I.V.G. La sentenza è stata confermata da Cons. Stato, 10 ottobre 1983, n. 428, in *Cons. Stato*, 1983, I, p. 1027 ss. In senso favorevole a un'interpretazione restrittiva della norma Pretura Ancona, 9 ottobre 1979, cit., considera l'esecuzione dell'elettrocardiogramma come attività non specificamente necessaria all'I.V.G., condannando per omissione di atti d'ufficio ex art. 328 c.p. il medico che si rifiutò di eseguirlo per una donna che manifestò l'intenzione di interrompere la gravidanza; il provvedimento viene approfondito in C. CASSANI, *La disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 587. Per un'analisi della giurisprudenza risalente si veda anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 630 ss.

non, qualificando esentabili tutte le prestazioni senza l'esecuzione delle quali non fosse possibile attuare un aborto sicuro.

Solo nel 2012 si è espressa la Suprema Corte, con provvedimento pubblicato l'anno successivo, e ha adottato esplicitamente una lettura restrittiva del terzo comma dell'art. 9, condannando ex art. 328 c.p. -ad un anno di reclusione più all'interdizione per un anno dall'esercizio della professione e al risarcimento dei danni- il medico di guardia in servizio notturno che si rifiutò di assistere una paziente che aveva subito un'interruzione di gravidanza con metodo farmacologico, ma non aveva ancora espulso la placenta¹⁰³. Con motivazione condivisibile, la Cassazione afferma che l'esonero ex art. 9 concerne solo le attività che presentano un nesso causale diretto rispetto all'aborto, i «fatti causativi dell'aborto», ossia il compimento dell'attività chirurgica o di somministrazione farmacologica che provoca la morte e l'espulsione del feto¹⁰⁴. La Corte delinea specificamente l'area delle attività professionali esentabili nel caso dell'aborto farmacologico: «la fase rispetto alla quale opera l'esonero da obiezione di coscienza è limitata alle sole pratiche di predisposizione e somministrazione dei farmaci abortivi [...] nella specie, non vi è dubbio che la richiesta di assistenza ha riguardato una fase successiva all'intervento di interruzione della gravidanza, dovendosi considerare tale il c.d. secondamento».

L'espulsione della placenta è pertanto un'attività alla quale deve partecipare anche il personale obiettore; l'esonero da obiezione si ferma al momento dell'espulsione del feto, giacché la Corte conferma la condanna per la dottoressa di guardia per il suo rifiuto di assistere la paziente «anche dopo l'espulsione del feto e in assenza di espulsione della placenta».

Questa lettura restrittiva della norma è stata confermata nel 2020¹⁰⁵; anzi, il caso all'esame della Corte riguardava, questa volta, l'esecuzione di un'ecografia preliminare alle dimissioni delle pazienti, volta a verificare se l'aborto fosse avvenuto regolarmente, se non si fosse verificato o se, come raramente accade con la procedura farmacologica, vi fossero dei residui fetali nell'utero. L'espulsione del feto poteva quindi non essersi del tutto verificata. Ciononostante, la Suprema Corte conferma la condanna resa in secondo grado, disattendendo la tesi del medico ecografista volta a differenziare il suo caso da

¹⁰³ Cass. pen., Sent., (ud. 27 novembre 2012), 2 aprile 2013, n. 14979, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 5, p. 539 ss. L'assistenza era cioè necessaria per il cosiddetto secondamento.

¹⁰⁴ In concreto, cioè, riguardo al primo trimestre saranno coperte da obiezione tutte le attività necessarie al raschiamento o all'isterosuzione (dilatazione utero, inserimento curetta o cannula di Karman, estrazione del prodotto del concepimento; la Relazione annuale sull'applicazione della legge sembra implicitamente ricomprendere anche l'anestesia preliminare), oppure la somministrazione dei due farmaci per l'aborto farmacologico (in concreto, la consegna dei farmaci che la paziente assumerà per via orale, oppure la consegna del primo farmaco da assumere per via orale e la somministrazione del secondo per via vaginale. Vale la pena sottolineare come le ipotesi relativamente alle quali un'estensione delle prestazioni esentabili sarebbe ancor più dannosa sono proprio quelle, più pericolose per la donna, di aborto terapeutico; data la maggiore complessità dell'intervento è necessario un maggior numero di personale.

¹⁰⁵ Cass. pen., Sent., 17 novembre 2020, n. 18901, in *Quotidiano Giuridico*, 2021. Si noti che il soggetto, cui non sono state riconosciute neppure le attenuanti generiche, è stato altresì condannato in sede lavoristica, perdendo il ricorso ex art. 700 c.p.c. volto a riconoscergli il diritto di essere esonerato dall'adempimento dell'ordine di servizio del primario di effettuare le ecografie preliminari alle dimissioni delle pazienti che avessero subito un aborto. Si veda App. Genova, Sez. lavoro, Sent., 27 ottobre 2020, in *Lavoro nella Giur.*, 2021, 3, p. 319 ss.

quello portato all'attenzione della Corte anni prima, sostenendo l'importanza di considerare che l'espulsione del feto, termine ultimo, secondo il ricorrente, per delimitare una legittima astensione, non si era ancora verificata con certezza. La Corte si concentra allora sulla specificità dell'attività e conclude che detto esame «anche nel caso in cui fosse stato accertato che l'aborto non si era verificato, non avrebbe avuto nessuna valenza rispetto a ciò che successivamente sarebbe potuto accadere [...] L'imputato era stato chiamato a svolgere un'attività meramente constatativa».

Sembra, pertanto, che l'area dell'obiezione si estenda, temporalmente, alle attività comprese tra l'inizio dell'aborto chirurgico (anestesia o dilatazione della cervice, non vi sono precedenti giurisprudenziali sul punto¹⁰⁶) o farmacologico (somministrazione del primo farmaco) e l'espulsione del feto, ma che, anche in questo arco temporale, il personale debba assicurare ogni attività non finalizzata a causare la morte o espulsione del feto¹⁰⁷.

Infine, l'art. 9, comma 5, prevede che anche il personale obiettore è tenuto ad assicurare la propria partecipazione all'interruzione di gravidanza «quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo». Il rinvio è alle ipotesi di cui all'art. 7, secondo comma.

L'indirizzo adottato dalla Suprema Corte ha una portata molto significativa, chiaramente escludendo la possibilità del personale del consultorio, del medico di fiducia o del medico della struttura sanitaria cui si rivolga la donna, di invocare l'obiezione di coscienza per essere legalmente esonerati dall'obbligo di rilasciare il documento di cui all'art. 5. Altresì, la donna avrà diritto a che il personale, anche obiettore, effettui le analisi volte ad accertare i processi patologici in corso ex art. 6 e le rilasci il certificato ex art. 7, pena la condanna per omissione di atti d'ufficio.

La questione dell'obiezione di coscienza all'interno del consultorio è invero problematica, sia perché, come si è visto, è stata oggetto di diversi orientamenti, sia perché deve essere rivalutata alla luce delle

¹⁰⁶ Si veda nota 97.

¹⁰⁷ Invero, una giurisprudenza futura potrebbe mettere in discussione anche la possibilità di esentare le stesse attività relative all'espulsione del feto, adottando un'interpretazione ancora più restrittiva che consideri coperte da obiezione le sole attività dirette a provocarne la morte. Se questa problematica non si poneva per l'aborto chirurgico (isterosuzione, raschiamento), nel quale l'atto che cagiona la morte dell'embrione è sostanzialmente contestuale a quello che lo rimuove, nel caso dell'aborto farmacologico un primo farmaco provoca l'interruzione della gravidanza e un secondo l'espulsione del materiale abortivo. La problematica ha ancor più rilievo se si considera che è difficile verificare se l'espulsione in atto dopo l'aborto farmacologico sia relativa alla placenta o all'embrione: trattandosi di pratica effettuata in una fase assai precoce della gravidanza (entro la nona settimana, e si ricordi che convenzionalmente si parla di "feto" dall'ottava), l'espulsione si presenta come un flusso di sangue, una sorta di mestruazione, e sembra impossibile distinguere tra feto e placenta. Sarebbe allora coperta da obiezione la sola somministrazione del primo farmaco, non le attività precedenti o successive. In quest'ultima direzione sembra muoversi la prassi adottata dai consultori del Lazio per l'aborto farmacologico, nel quale però l'obiezione alla somministrazione del secondo farmaco è esclusa dalla circostanza che questo viene consegnato alla donna e auto-somministrato a domicilio. Diversa la tesi di B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 650 ss., secondo la quale non dovrebbe ammettersi alcuna obiezione in caso di aborto farmacologico perché la consegna del farmaco non sarebbe univocamente diretta all'aborto, ben potendo la donna pentirsi; secondo l'A., inoltre, la somministrazione del primo farmaco dovrebbe inquadarsi tra le attività precedenti all'aborto. Si ricordi, però, che la somministrazione dei farmaci deve avvenire sotto la supervisione di un medico, sebbene nei fatti avvenga anche in sua assenza (si vedano i fatti descritti nel caso portato all'attenzione di SC 18901/2020, cit. in nota 105, nel quale la somministrazione era avvenuta in presenza di un'infermiera).

nuove disposizioni sull'aborto farmacologico, che prevedono la possibilità di erogare questa prestazione anche nei consultori¹⁰⁸.

Nell'ambito dell'illustrazione dei diversi orientamenti sull'estensione dell'obiezione, è opportuno dare atto in questa sede anche delle problematiche rilevate in sede amministrativa. Specificamente, ancor prima della presa di posizione della Cassazione penale nel 2013, l'amministrazione regionale ha cercato di scongiurare l'abusivo esercizio del diritto di obiezione di coscienza per il rilascio del documento ex art. 5, sostanzialmente vietando, pur mediante diverse tecniche normative, l'esercizio di questo diritto all'interno dei consultori, nei quali, prima del 2020, non si poteva in alcun modo effettuare l'aborto chirurgico o farmacologico.

Due casi hanno catturato in particolare l'attenzione dei giuristi: si tratta delle vicende accadute in Puglia e nel Lazio.

Nel 2010 la Regione Puglia adotta una deliberazione con la quale dispone l'integrazione del personale del consultorio con medici e ostetriche non obiettori¹⁰⁹; questo atto viene impugnato davanti al TAR, denunciandone la finalità discriminatoria rispetto al personale obiettore, cui sarebbe precluso l'accesso ai relativi concorsi pubblici. Benché il TAR abbia accolto il ricorso, annullando gli atti nei limiti impugnati, enuncia un principio di portata generale che avrebbe anticipato l'indirizzo poi sposato dalla Cassazione: il medico del consultorio non può sottrarsi all'attività consultiva e al rilascio del documento ex art. 5. All'esercizio abusivo del diritto di obiezione, però, non può porsi rimedio mediante un bando che – secondo il TAR – presenta profili discriminatori; semmai, il Tribunale suggerisce di prevedere una riserva identica, pari al 50%, dei posti a concorso per i turni vacanti per personale obiettore e non¹¹⁰.

Il caso della Regione Lazio prende avvio dalla pubblicazione del provvedimento, nel 2014, volto alla riorganizzazione delle attività dei consultori, modificando le linee di indirizzo regionali e sostanzialmente escludendo che il personale del consultorio potesse sollevare obiezione di coscienza¹¹¹. Il provvedimento è stato impugnato immediatamente al TAR relativamente sia all'obbligo di rilasciare il certificato ex art. 5, sia all'obbligo di prescrizione dei contraccettivi post-coitali. Con ordinanza

¹⁰⁸ Sull'obiezione di coscienza nei consultori si veda in particolare A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2015, p. 121 ss. Diversa questione riguarda i bandi volti a selezionare personale non obiettore all'interno non del consultorio, ma delle strutture sanitarie, per effettuare concretamente l'aborto. La questione sarà approfondita nell'ultimo paragrafo.

¹⁰⁹ Deliberazione di Giunta Regionale Puglia n. 735 del 15 marzo 2010.

¹¹⁰ T.A.R. Puglia, 14 settembre 2010, n. 3477, cit. Per approfondimenti si veda anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 633 ss.; M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 367 ss.

¹¹¹ Specificamente il provvedimento della Regione Lazio del 12 maggio 2014 n. 152 prevede che «In merito all'esercizio dell'obiezione di coscienza fra i medici ginecologi [...] si ribadisce come questa riguardi l'attività degli operatori impegnati esclusivamente nel trattamento dell'interruzione volontaria di gravidanza [...] 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 [...]». La specificazione, che è posteriore alla nota sentenza della Cassazione penale, sembra esser stata piuttosto mossa dall'intento di scongiurare l'obiezione alla pillola del giorno dopo; in tal senso F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, cit., p. 109.

cautelare il TAR ha rigettato l'istanza di sospensione dell'efficacia¹¹²; decisione poi ribaltata dal Consiglio di Stato¹¹³. Il TAR Lazio ha poi deciso il ricorso nel merito, rigettandone entrambi i profili, pertanto avallando la legittimità del provvedimento che esclude l'esercizio dell'obiezione di coscienza per il rilascio del certificato ex art. 5¹¹⁴.

Questo indirizzo giurisprudenziale deve essere rivisto alla luce del recente aggiornamento delle linee guida sull'aborto farmacologico¹¹⁵, che ha introdotto l'obbligo di effettuare detto trattamento, oltre che negli ospedali, nelle strutture sanitarie attrezzate e autorizzate dalla Regione e nei consultori. Benché solo poche Regioni si siano adoperate per attivare il servizio nei consultori, prima o poi si dovrà affrontare il problema dell'obiezione di coscienza all'interno degli stessi. In realtà, la modifica appena illustrata non influisce sull'impossibilità di esonerarsi dal rilascio del certificato ex art. 5; dovranno decadere, però, i provvedimenti amministrativi che escludono la possibilità di sollevare obiezione all'interno dei consultori. Il problema sarà, allora, analogamente a come accade negli ospedali e nelle case di cura autorizzate, quello di garantire la presenza di personale medico non-obietto che possa eseguire le attività direttamente volte a cagionare la morte del feto e l'espulsione dello stesso.

Si noti che l'aggiornamento delle linee guida sull'aborto farmacologico crea una discrasia nel quadro legislativo, giacché l'obbligo di effettuare l'interruzione di gravidanza sussiste solamente per le case di cura e gli ospedali, ossia uniche le strutture originariamente deputate all'erogazione del trattamento sanitario di IVG.

Infatti, tornando al tema dell'ambito soggettivo del diritto di obiezione, il comma 4 dell'art. 9 prevede che «gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'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».

Detta disposizione concretizza il cosiddetto divieto di obiezione di coscienza di struttura¹¹⁶.

È opportuno in questa sede accennare alla problematica degli istituti di cura ecclesiastici, che sembrano oggetto di una disciplina particolare, delineata dall'art. 8, comma 2, l. 194/1978, che recita: «Gli interventi possono essere altresì praticati presso [...] gli istituti ed enti di cui all'articolo 1, penultimo comma, della legge 12 febbraio 1968, n. 132, e le istituzioni di cui alla legge 26 novembre 1973, n. 817, ed al decreto del Presidente della Repubblica 18 giugno 1958, n. 754, sempre che i rispettivi organi di

¹¹² T.A.R. Lazio, Sede di Roma, Sezione III Quater., ord. Caut., 8 ottobre 2014, n. 4843, inedita.

¹¹³ Cons. Stato, ord. Caut., 5 dicembre 2015, n. 588, in *centrostudiliviano.it*, che ha ritenuto l'appello cautelare «assistito da profili di fondatezza nella parte in cui contesta il dovere del medico operante presso il Consultorio familiare di attestare, anche se obietto di coscienza, lo stato di gravidanza e la richiesta della donna di voler effettuare l'IVG, ai sensi dell'art. 5». È inevitabile sollevare perplessità sul contenuto del provvedimento, che sembra dettato dall'ignoranza dell'orientamento espresso dalla Suprema Corte due anni prima.

¹¹⁴ T.A.R. Lazio Roma, Sent., 02 agosto 2016, n. 8990, in *leggiditaliaprofessionale.it*. Per approfondimenti sulla vicenda si veda anche M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 371 ss.; veda G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. DI COSIMO - A. PUGIOTTO - S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, cit., p. 10 ss.

¹¹⁵ Circolare del Ministero della salute del 12 agosto 2020.

¹¹⁶ C. LALLI, *C'è chi dice no: dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*, cit., p. 78.

gestione ne facciano richiesta»¹¹⁷. L'articolo delinea così tre ipotesi nelle quali le strutture sanitarie, pur dotate dei locali e delle strumentazioni adatte all'uso, non abbiano l'obbligo di eseguire aborti, essendo necessaria, invece, una specifica richiesta degli organi di gestione, dunque del consiglio di amministrazione della struttura.

Gli istituti di cura religiosi possono inquadarsi in tre categorie. In primo luogo vi sono gli ospedali classificati o equiparati, i quali, nonostante la loro natura formalmente privata legata al carattere ecclesiastico, sono inseriti nel sistema sanitario pubblico e sono obbligatoriamente finanziati con apposite convenzioni. Questi ospedali erogano prestazioni sulla base di accordi con le Regioni siglati ai sensi del d.lgs. 502/1992. L'art. 1, ultimo comma, della legge 132/1968, ha concesso per la prima volta la possibilità agli ospedali religiosi di essere classificati, su richiesta, in una delle categorie ospedaliere già previste dalla stessa legge n. 132¹¹⁸. Il successivo D.P.R. 130/1969, all'art. 129, ha infine equiparato gli enti ospedalieri ecclesiastici classificati a quelli pubblici. L'ultimo intervento in materia si deve alla legge 133/2008, la quale, nell'ottica di ridurre il crescente deficit della sanità, ha invertito la tendenza e ha ridimensionato l'equiparazione degli ospedali classificati alle strutture pubbliche, stabilendo che possono essere poste a carico del SSN solo le prestazioni svolte dagli enti classificati nell'ambito degli accordi, mentre, a differenza di ciò che accade negli ospedali pubblici, quelle erogate oltre i limiti non possono essere remunerate. L'equiparazione solo parziale è stata confermata anche dal Consiglio di Stato¹¹⁹.

In secondo luogo, vi sono case di cura istituite da associazioni religiose non riconosciute; la disciplina prevista per questi enti è identica a quella delle case di cura private. Infine, vi sono le case di cura istituite da enti ecclesiastici civilmente riconosciuti ai sensi dell'art. 4 della legge 848/1929 (ora art. 7,121/1985) l. e dell'art. 1, comma 5, l. 132/1968, i quali sono soggetti a una disciplina analoga ma non del tutto equiparata a quella delle case di cura private.

Quest'ultima ipotesi riguarda proprio il caso citato dal comma 2 dell'art. 8 della l. 194/1978: queste strutture dovranno garantire l'erogazione dell'interruzione di gravidanza solo ove il relativo consiglio di

¹¹⁷ Il riferimento è inteso, rispettivamente, alle case di cura istituite da enti religiosi civilmente riconosciuti; alla possibilità di qualificazione di enti ospedalieri, con decreto del presidente della regione, degli ospedali evangelici di Genova, Napoli, Torino, Pomaretto e Torre Pellice e dell'ospedale israelitico di Roma; al policlinico afferente all'università cattolica del Sacro cuore.

¹¹⁸ Le categorie previste erano quelle di ospedali in generali e specializzati, per lungodegenti e convalescenti.

¹¹⁹ Il Consiglio di Stato ha ribadito questo principio sottolineando che gli ospedali classificati costituiscono persone giuridiche la cui gestione resta, sotto il profilo sia del finanziamento e della nomina degli amministratori sia delle regole di funzionamento interno, interamente privata. La sentenza è stata resa all'esito della pronuncia della CGUE su due questioni pregiudiziali; la seconda questione riguardava proprio la possibilità degli ospedali equiparati di sottrarsi, in ragione della loro natura ibrida, alla disciplina nazionale ed europea sui contratti pubblici. La Corte di giustizia dell'UE, nel risolvere negativamente il secondo quesito, ha affermato che gli ospedali classificati costituiscono persone giuridiche la cui gestione resta, sotto molti profili, interamente privata. Si veda Cons. St., sez. III, 28 febbraio 2019, n. 1410, in *leggiditaliaprofessionale.it*, commentata in P. DE ANGELIS, *La parabola degli ospedali classificati: da soggetti giuridici parificati al servizio pubblico a operatori privati. È veramente questo il precipitato giuridico delle recenti sentenze in materia?*, in *federalismi.it. Osservatorio di diritto sanitario*, 12 giugno 2019.

amministrazione ne faccia richiesta. Lo stesso vale per le case di cura private istituite da associazioni religiose non riconosciute¹²⁰.

Le problematiche maggiori sorgono, invece, riguardo al dovere di applicare la legge 194/1978 per gli ospedali classificati, essendo questi in parte equiparati agli ospedali pubblici e finanziati dal SSN. L'unica pronuncia reperibile sul punto, purtroppo risalente agli anni Ottanta¹²¹, si è espressa a favore della sussistenza di detto obbligo per queste strutture, sulla base proprio dell'equiparazione e dello specifico riferimento, nel comma 2 dell'art. 8 della l. 194/1978, solamente al penultimo comma dell'art. 1, l. 132/1968, e non all'ultimo comma, relativo specificamente agli ospedali classificati. La pronuncia sostiene questa tesi anche facendo riferimento ai lavori preparatori dell'art. 8 e alla stessa prassi diffusa all'indomani dell'entrata in vigore della legge tra il personale degli ospedali classificati, volta ad impedire l'applicazione della stessa non mediante l'assenza di richiesta del CdA ex art. 8, comma 2, l. 194/1978, ma piuttosto con l'obiezione collettiva dei sanitari. Di avviso contrario erano gli assessorati comunali; tra gli altri, quello del Comune di Gravedona inviò una circolare a tutti gli ospedali pubblici e a quelli classificati per sollecitare l'applicazione della legge 194/1978¹²².

Tuttavia, come si dà atto anche nella stessa pronuncia del 1980, il dibattito si sopisce assai presto: sembra che le forze politiche, onde evitare la rottura di equilibri ormai consolidati, abbiano abbracciato l'interpretazione che esclude gli ospedali classificati dall'obbligo di applicazione della legge 194/1978, consentendo a questi ultimi di continuare a fruire dei finanziamenti statali pur ponendosi in contrasto con una legge dello Stato, senza dover perciò chiedere la revoca della classificazione e dover subire la perdita dei relativi vantaggi. Nell'assenza di un dibattito giurisprudenziale, dottrinale o politico sul punto, ci si limita a constatare che tale prassi interpretativa sembra corroborata dalle stesse Relazioni annuali sull'applicazione della legge 194/1978; in questi documenti, infatti, si dà atto che, nella stima dei rapporti tra strutture nelle quali sarebbe possibile abortire e strutture nelle quali in concreto si eseguono aborti, sono esclusi gli ospedali religiosi classificati¹²³.

Ritornando alla problematica dell'obiezione di struttura, in verità, l'impossibilità, per la struttura

¹²⁰ Il tema degli obblighi degli istituti di cura religiosi è in realtà poco approfondito. Il problema risulta analizzato in giurisprudenza solo da Pret. Milano, 27 gennaio 1981, in *Foro it.*, II, 1981, p. 391 ss., che è chiamata a valutare la sussistenza del reato ex art. 328 c.p. a carico dei rappresentanti di ospedali religiosi classificati inadempienti all'attuazione della legge 194/1978. Nell'analizzare la questione, la pronuncia ricostruisce la disciplina delle tre tipologie di enti e conclude per la necessità dell'intervento dell'organo di gestione dell'istituto di cura solo per le tipologie diverse dagli ospedali classificati.

¹²¹ Pret. Milano, 27 gennaio 1981, cit.

¹²² Il riferimento è sempre alla pronuncia citata in nota precedente. Specificamente, quanto ai lavori parlamentari, si sottolinea che il relatore di maggioranza non si fosse mai riferito agli "ospedali classificati" per intendere quelli esonerati dall'obbligo di applicare la legge, né in alcun emendamento presentato si distinse mai tra enti religiosi classificati e quelli convenzionati, riconosciuti o meno. Riguardo all'interpretazione dell'art. 8, comma 2, l. 194/1978 diffusasi all'indomani della sua pubblicazione, la pronuncia cita una lettera di un ecclesiastico inviata al Fatebenefratelli di Roma, con la quale, evidenziando la dubbia formulazione della norma, si esortava tutto il personale sanitario a sollevare obiezione di coscienza. La rappresentanza dell'ospedale Fatebenefratelli tutt'ora si dichiara contraria all'aborto ed intenzionata a non attuare la legge 194, come documentato da un articolo pubblicato su Panorama.it.

¹²³ Si veda da ultimo *Relazione del ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/1978). Dati definitivi 2019 e dati preliminari 2020*, 16 settembre 2021, p. 59.

sanitaria, di sollevare obiezione di coscienza è già implicita nel carattere personalissimo dell'obiezione stessa. La lettura più adeguata del primo inciso di questo comma sembra risiedere, allora, nel collegamento con l'inciso successivo, che stabilisce che «la Regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale». La disposizione in esame, pertanto, più che vietare un'obiezione di struttura impone un obbligo per le strutture sanitarie prima e la Regione poi: le prime dovranno adoperarsi per garantire la presenza di personale non obietto e la seconda interverrà in via sussidiaria nel caso di insuccesso delle misure organizzative delle prime.

È auspicabile che detta disposizione, alla luce della possibilità di eseguire l'aborto farmacologico nei consultori, venga estesa per analogia a questi ultimi; tuttavia, trattandosi di una disposizione che prevede specifici obblighi che si ripercuotono anche sulla Regione, detta conclusione non è scontata e potrebbe anzi prevalere un'interpretazione restrittiva per eccezionalità della norma. Certo è che, come si è visto, le Regioni si sono spesso impegnate per assicurare la presenza di medici non obiettori nei consultori, ed è verosimile che questa tendenza si ripresenti a seguito delle modifiche esposte. Anzi, paradossalmente il metodo di reclutamento dei non-obiettori si è sviluppato proprio in quest'ambito, benché fosse molto più importante assicurare la presenza di non-obiettori negli ospedali. Di questo e delle soluzioni ricercate nella pratica per sopperire alla carenza di medici obiettori si parlerà nell'ultimo paragrafo.

5. La procedura per l'esercizio del diritto di obiezione e l'assenza di una prestazione sostitutiva; il problema degli obiettori di comodo, l'alto tasso di obiettori e la discriminazione dei non obiettori

L'art. 9 disciplina anche la procedura che il medico deve seguire per l'esercizio del diritto di obiezione di coscienza.

Secondo il primo comma, ove il professionista non sia dipendente di una struttura sanitaria deve comunicare la dichiarazione di obiezione al medico provinciale, entro un mese dal conseguimento dell'abilitazione. In caso di professionista dipendente di un ospedale o di una casa di cura autorizzata a effettuare aborti, la dichiarazione dev'essere comunicata, entro un mese dall'assunzione, al medico provinciale e al direttore sanitario della struttura¹²⁴. Se l'obiezione è sollevata con la comunicazione di cui al comma primo ha effetto immediato e il professionista sarà da subito esonerato dall'obbligo di partecipare alle prestazioni abortive.

Tuttavia, essendo le convinzioni della coscienza umana mutabili, naturalmente la legge prevede anche

¹²⁴ L'articolo 9, comma 1, prevede anche la possibilità di sollevare obiezione entro un mese dall'entrata in vigore della legge: disposizione non più attuale, e dunque omessa nell'esposizione; stessa considerazione vale per la possibilità di sollevare obiezione entro un mese dalla stipula di una convenzione con enti previdenziali per lo svolgimento di aborti, che trovava verosimilmente senso nel previgente sistema sanitario assicurativo-mutualistico. È possibile, invece, che il professionista sia assunto come collaboratore esterno da una struttura per effettuare specificamente prestazioni legate all'IVG.

la possibilità di revocare o sollevare l'obiezione dopo il primo mese successivo all'abilitazione o assunzione, ossia durante tutto il periodo di abilitazione alla professione. In questo caso, però, secondo il comma 2, l'obiezione ha effetto solo dopo un mese dalla comunicazione¹²⁵. La postergazione degli effetti della revoca o dell'obiezione sopravvenuta pone invero delicati problemi. Specificamente, mentre è poco problematico il caso del ginecologo che, revocando l'obiezione, esprima la volontà di partecipare agli aborti, ma dovrà attendere un mese¹²⁶, è più complicata l'ipotesi dell'obiezione sopravvenuta. In quest'ultimo caso, il medico si rende conto che l'aborto è contrario alle sue profonde convinzioni personali, ma dovrà ancora effettuare questi trattamenti per 30 giorni, pena una condanna ex art. 328 c.p.

Bisogna premettere che, per essere tenuto alla prestazione ricusata, sembra che l'obiettore non debba poter essere efficacemente sostituito da un collega non obiettore. Detta conclusione pare suggerita da una disposizione già presente nel Codice di deontologia medica del 1998, che prevedeva la possibilità dell'obiettore di esimersi dall'intervenire in caso di pericolo di vita imminente della donna ove l'emergenza fosse gestibile da un suo collega¹²⁷. La disposizione è scomparsa già nella versione del 2006 perché confliggente con la legge 194/1978. Tuttavia, è verosimile poterne estendere la *ratio* ad ipotesi non contrarie alla legge, cosicché, senza alcun pregiudizio per la donna, l'obiettore potrà farsi sostituire dal medico non obiettore prontamente reperibile.

In ogni caso, il ginecologo che, impegnatosi ad eseguire un intervento quando non era obiettore, sollevi obiezione, non può comunque essere tenuto all'esecuzione della prestazione attualmente contraria alla sua coscienza. Escludendo ogni rilevanza penale, un'interpretazione corretta dell'art. 9, comma 2, implica dunque che, ove gli effetti dell'obiezione vengano di fatto anticipati, il medico sarà tenuto al risarcimento dei danni¹²⁸. Viceversa, la sanzione sarebbe sproporzionata ed eccessiva, nonché ingiustificatamente lesiva anche del nucleo essenziale della libertà di coscienza del singolo, che verrebbe

¹²⁵ Sebbene l'articolo 9, comma 2, si riferisca solo alla comunicazione al medico provinciale, devono intendersi valide le stesse modalità di comunicazione stabilite dal comma precedente.

¹²⁶ Si noti come, ai sensi del sesto comma dell'art. 9, l'esecuzione di aborti senza una formale revoca perfezionata dall'obiezione ne causi la revoca con effetto immediato. Pertanto, è verosimile ritenere che il soggetto la cui coscienza non sia più contraria agli aborti possa eseguirli anche senza attendere un mese, giacché la sanzione sarebbe sostanzialmente la revoca con effetti immediati.

¹²⁷ Articolo 41, rubricato "Interruzione volontaria di gravidanza": «L'interruzione della gravidanza, al di fuori dei casi previsti dalla legge, costituisce grave infrazione deontologica tanto più se compiuta a scopo di lucro. Il medico obiettore di coscienza, ove non sussista imminente pericolo per la vita della donna, o, in caso di tale pericolo, ove possa essere sostituito da altro collega altrettanto efficacemente, può rifiutarsi d'intervenire nell'interruzione volontaria di gravidanza». Se l'obiettore potrebbe esimersi anche in caso di pericolo imminente di vita della donna ove ci sia un sostituto pronto, a maggior ragione potrebbe farlo in assenza di un pericolo. Detta disposizione è successivamente scomparsa, verosimilmente perché contraria alla legge, che non prevede alcuna possibilità di esercitare il diritto di obiezione in caso di pericolo imminente di vita della donna. Tuttavia, non sembra irragionevole mantenerne la *ratio* in ipotesi diverse, nelle quali l'obiezione è legalmente esercitabile. L'attuale Codice deontologico prevede, all'art. 43, una formulazione identica all'articolo precedente per il primo inciso, mentre in seguito dispone: «L'obiezione di coscienza del medico si esprime nell'ambito e nei limiti della legge vigente e non lo esime dagli obblighi e dai doveri inerenti alla relazione di cura nei confronti della donna».

¹²⁸ Così G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei*, cit., p. 293 ss.

del tutto compressa ingiustificatamente nel termine, arbitrariamente determinato, di un mese. Tutto ciò sarebbe contrario alla giurisprudenza costituzionale esaminata nell'ultima sezione del terzo capitolo: la Consulta ha stabilito che il legislatore, pur dovendo imporre delle procedure per l'esercizio del diritto di obiezione, non possa prevedere sanzioni eccessive o irragionevoli per chi le violi¹²⁹.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 9 prevede un'ipotesi di revoca dell'obiezione con effetto immediato, laddove il professionista obiettore partecipi a interventi abortivi senza aver revocato formalmente l'obiezione. Questa norma attribuisce quindi un effetto immediato alla revoca tacita, la quale consegue dall'aver effettuato interventi ex art. 5 o 7, al di fuori dell'ipotesi di pericolo imminente per la vita della donna.

Bisogna però sottolineare che sia il medico che abbia espressamente e formalmente revocato l'obiezione, sia colui che abbia effettuato un aborto e revocato tacitamente l'obiezione, sarà libero di riproporla in ogni momento, giacché anche la revoca tacita sembra essere reversibile¹³⁰. Infatti, poiché la coscienza, ai fini della norma in esame, si identifica con l'insieme delle più profonde convinzioni morali, filosofiche o religiose, fondanti il pensiero e il comportamento dell'uomo, è naturale che possa subire delle modifiche.

Il problema maggiore nell'ambito della configurazione della procedura per l'esercizio del diritto di obiezione di coscienza è da sempre legato alla difficoltà di vagliare la sincerità dei convincimenti addotti per esentarsi da una prestazione obbligatoria.

Dapprima, il legislatore ha cercato di introdurre un penetrante "vaglio di sincerità", con la disciplina dell'obiezione alla leva militare obbligatoria, istituendo una commissione nominata dal Ministro della Giustizia che aveva il compito di fornire un parere sulla «fondatezza e sincerità dei motivi addotti dal richiedente»¹³¹. Questa procedura si presta ad evidenti critiche, in quanto la configurazione di un "tribunale della coscienza" si scontra con l'inevitabile rischio che l'aspirante obiettore menta in maniera più o meno convincente. Oltre un ventennio dopo, infatti, il legislatore rinuncerà ad esercitare tale controllo, abolendolo nella successiva legge 230/1998 che riforma l'obiezione di coscienza al servizio militare. O meglio, il controllo sulla sincerità delle ragioni della coscienza verrà perseguito mediante altri metodi, maggiormente sindacabili in quanto ancorati a circostanze obiettive: si tratta della verifica che l'obiettore non assuma comportamenti contrastanti con l'obiezione fuori dalla sfera in cui la stessa opera¹³², oppure della previsione di una prestazione sostitutiva da adempiere, onde evitare che la scelta

¹²⁹ Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467, cit., riferita alle eccessive sanzioni per gli obiettori cd. "totali".

¹³⁰ Critica questo meccanismo G. BASILE, *Aborto, obiezione di coscienza, riproponibilità*, in *Pol. Mez.*, I-II, 1981, p. 60 ss.; si veda anche M. FAMELI, *Diritto alla vita e interruzione volontaria della gravidanza: una bibliografia specialistica analitica e ragionata*, Napoli, 1996, p. 148, che cita una decisione del T.A.R. Puglia del 1981 che accorda la possibilità di riproporre obiezione a un medico che l'aveva sospesa, revocandola per un periodo. Fa in effetti discutere la possibilità di alternare obiezione e revoca, ma ciò non può essere impedito, stante l'indirizzo costituzionale sopra esposto e la natura dinamico-evolutiva della coscienza. Critica la riproponibilità anche F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 179 ss.

¹³¹ Art. 3, primo comma, legge 772/1972.

¹³² È il caso della revoca automatica dell'obiezione prevista nell'art. 9, ultimo comma, ma anche della revoca automatica

dell'obiezione sia mossa da ragioni puramente utilitaristiche. Si passa, potremmo dire, da un “tribunale della coscienza” a un “tribunale della coerenza”.

L'articolazione della procedura per l'esercizio dell'obiezione -si ricordi che attualmente la legge ne disciplina quattro- è però materia rimessa alla discrezionalità del legislatore: si può quindi affermare che la prestazione sostitutiva non è costituzionalmente necessaria; tuttavia, può dirsi senz'altro opportuna, considerato l'alto rischio del ricorso a obiezioni di comodo, ossia quelle sollevate da chi, in realtà, non è mosso da nessun imperativo morale e religioso, ma semplicemente dal vantaggio di evitare un *facere* obbligatorio.

La questione della necessità di una prestazione sostitutiva s'impone con particolare evidenza nell'ambito dell'obiezione di coscienza all'aborto, poiché, trattandosi di un trattamento sanitario complesso e rischioso, soprattutto dopo i novanta giorni, è forte la tentazione di esimersi dallo svolgimento di una prestazione che può costare molto in termini assicurativi e risarcitori¹³³. Non si dimentichi, infatti, che l'obiezione esenta il professionista sia dall'obbligo di eseguire gli interventi “più semplici” nel primo trimestre, sia gli interventi ben più rischiosi, fino al quinto mese e mezzo in caso di aborto terapeutico e anche oltre, in caso di pericolo di vita non imminente della donna, nelle quali il medico ha altresì la responsabilità della decisione sulla rianimazione o sedazione palliativa del feto vitale. A differenza di ciò che accade in altri ordinamenti, in Italia non è prevista la possibilità di diversificare l'obiezione¹³⁴, necessità che sorge per chi condanna l'aborto voluto dalla donna, ma non quello alla quale la stessa è costretta da motivi legati alla salute e indipendenti dalla propria volontà.

A fronte, quindi, del consistente rischio del ricorso a un'obiezione di comodo, la legge italiana non prevede dei seri meccanismi di dissuasione analoghi a quelli già previsti per l'obiezione alla leva militare. Non sussiste né un “tribunale di coscienza” né un “tribunale di coerenza”: potenzialmente ogni obiettoe potrebbe sollevare e revocare l'obiezione a intermittenza; ciò non solo non è precluso dalla legge, ma neppure sembra essere sanzionato dal Codice deontologico e dunque costituire illecito disciplinare¹³⁵.

Ma vi è di più. La donna obiettrice potrebbe addirittura subire essa stessa un aborto, senza perciò perdere il diritto all'obiezione: si è ritenuto, infatti, che l'art. 9 comma 6 non precluda alla professionista

prevista nel caso in cui l'obiettoe alla leva militare facesse uso di armi nella vita privata, ad esempio per la caccia.

¹³³ Sebbene in realtà la casistica più numerosa riguardi il danno da nascita indesiderata per omessa diagnosi di anomalia fetale rilevante, si ricordi come ingenti risarcimenti possano essere dovuti anche in caso di fallimento dell'aborto.

¹³⁴ Ad esempio, in Spagna; si veda *infra*, cap. 5. Segnala come alcuni medici non sollevino obiezione alla somministrazione dei farmaci per l'aborto farmacologico, ma solo all'esecuzione dell'aborto chirurgico, M. GASPARINI, *Obiezione di coscienza o rifiuto della cura all'aborto volontario*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 212.

¹³⁵ L'illecito disciplinare passa solo per il tramite del reato: il medico che compie un reato viene deferito all'Ordine professionale al quale è iscritto, che può provvedere ad un provvedimento disciplinare aggiuntivo. L'Ordine in proposito ha autonomia di giudizio, perché i suoi procedimenti riguardano gli aspetti deontologici ed etici dell'agire del medico, e vengono valutati caso per caso.

obiettrice di abortire¹³⁶. Invero, un caso analogo è stato portato nelle aule giudiziarie su istanza del marito di una ginecologa obiettrice che decise di abortire, il quale chiese che le venisse impedito l'accesso al trattamento. La Pretura motivò il rigetto dell'istanza non sulla base del fatto che la legge conferisce solo alla donna il diritto di scegliere se abortire, ma affermando che l'obiezione di coscienza riguarda la sfera professionale e non limita la volontà abortiva nella vita privata¹³⁷. Tuttavia, non si può fare a meno di evidenziare come, pur interpretando l'art. 9 nel senso di imporre, in questo caso, la revoca dell'obiezione, sarebbe poi impossibile precludere alla donna di sollevare nuovamente obiezione di coscienza, stante l'attuale legislazione e stante l'ipotizzabilità di un pentimento successivo proprio in conseguenza dell'aborto effettuato.

In conseguenza di quanto sopra, in dottrina si è auspicata l'introduzione di controlli volti a verificare la sincerità dell'obiezione di coscienza all'aborto¹³⁸ o dell'introduzione di una qualche prestazione sostitutiva a carico degli obiettori¹³⁹.

In conclusione, la scelta di non essere obiettori, nel sistema attuale della legge italiana, è un atto coraggioso, che aggiunge delle responsabilità senza nessun vantaggio economico; una scelta quasi irrazionale in un'ottica professionale individuale, una sorta di beneficenza che il soggetto decide di fare alle donne in difficoltà.

Non stupisce, perciò, l'alta percentuale di obiettori rilevata tra i ginecologi dagli ultimi dati, che si

¹³⁶ In realtà la norma dispone la revoca immediata dell'obiezione per chi prende «parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge»; un'interpretazione corretta dovrebbe includere anche l'eventualità di aborto su sé stessi.

¹³⁷ Pret. Bari, 7 maggio 1990, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, p. 548 ss., con nota di DONATIVI. È palese la fallacia del ragionamento giacché, come acutamente è stato rilevato, la morale «nel suo significato più profondo, non consente atteggiamenti o comportamenti diversificati a seconda che riguardino la sfera interna del soggetto o i rapporti con i terzi». Così G. DONATIVI, *Aborto del medico obiettore di coscienza: la sfera sociale e la sfera intima separate dall'ipocrisia?*, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, p. 548. Tuttavia, l'A. giunge a conclusioni paradossali, proponendo, invece della revoca di un'obiezione ingiustamente sollevata, di far passare l'autodeterminazione della donna -in quanto obiettrice- in secondo piano e far prevalere «quegli interessi giuridicamente rilevanti, quali, ad esempio, quello del padre o del nascituro, che in regime normale la 194 permetterebbe di pretermettere all'interesse, qualunque esso sia, della donna madre».

¹³⁸ In questo senso F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 179 ss., che auspica l'introduzione di sanzioni disciplinari e penali a presidio della sincerità dell'obiezione, sebbene la stessa A. riconosca la difficoltà dei compiti che spetterebbero a una commissione incaricata in tal senso; *contra*, G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. DI COSIMO - A. PUGIOTTO - S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, cit., p. 20, afferma che gli accertamenti già disposti in tema di obiezione alla leva militare violassero essi stessi la libertà di coscienza.

¹³⁹ F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, cit., p. 120, che auspica il trattenimento di parte della retribuzione per tutti gli obiettori o il blocco degli scatti di carriera per chi solleva obiezione dopo essere stato assunto con un bando riservato a non obiettori, nonché un adeguato apparato sanzionatorio disciplinare e penale; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *Biolan journal*, 3/2018, pp. 27-28, auspica l'introduzione dell'obbligo di rinvio come prestazione sostitutiva; I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in *Biolanjournal*, 3/2018, p. 118 ss., premesso che la prestazione sostitutiva è stata vista come prova della sincerità dell'obiezione da C. cost 409/1989, l'A. ipotizza l'introduzione dell'obbligo, per gli obiettori, di svolgere attività informative in tema di genitorialità responsabile nei consultori; analogamente D. PARIS, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge*, cit., p. 357, auspica il coinvolgimento degli obiettori in attività compatibili con la propria coscienza quale prestazione sostitutiva per scongiurare le obiezioni di comodo. In senso contrario B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, p.670 ss., che sottolinea la difficoltà di risolvere il problema delle obiezioni di comodo, per il quale non basterebbe nemmeno l'introduzione dell'obbligo di una prestazione alternativa o di rendere una motivazione scritta.

attesta in leggero calo ma pur sempre alta: è del 67% la media nazionale¹⁴⁰. Quest'ultimo dato, tuttavia, ci dice poco, in quanto, come evidenzia la stessa Relazione, vi è un'enorme differenza organizzativa tra Regioni: nell'Italia meridionale la media dei ginecologi obiettori sale al 79,1 %; in ben cinque Regioni il tasso è superiore all'80%¹⁴¹.

Questi dati si riflettono su due fronti: *in primis* sul numero di strutture nelle quali, nonostante vi sia la possibilità materiale, si eseguono aborti; in secondo luogo, sul carico di aborti che deve eseguire ogni medico non-obiettore, il quale rischia di effettuare solo interruzioni di gravidanza.

Riguardo al primo punto, la Relazione esordisce affermando che «la numerosità dei punti IVG appare adeguata rispetto al numero delle IVG effettuate»¹⁴², giacché la media nazionale di strutture che forniscono detto trattamento è del 63,1 %. Ancora una volta, però, bisogna riconoscere come questo dato non significhi nulla; basti pensare che la Valle D'Aosta, col suo 100%, alza parecchio questa media, benché nei fatti abbia solo un ospedale e in quest'ultimo sia possibile abortire¹⁴³. Il quadro regionale fornisce dati ben più allarmanti. In due Regioni le strutture dove si può abortire sono inferiori al 30% di quelle totali nelle quali sarebbe possibile usufruire del servizio; in sei regioni è al di sotto o prossima al 50%. Ma anche la media nazionale rispecchia un dato gravissimo: una donna che deve abortire, magari anche d'urgenza o per motivi terapeutici, ma non in imminente pericolo di vita, ha il 40% di possibilità di rivolgersi a un ospedale o casa di cura autorizzata e scoprire che lì non è possibile abortire, dovendo allora rivolgersi alla struttura successiva e così via. Nella Provincia Autonoma di Bolzano, una donna

¹⁴⁰ Così la *Relazione* annuale sull'applicazione della legge 194/1978 del 16 settembre 2021, cit., p. 56 ss. Sono inferiori le percentuali degli obiettori tra gli anestesisti (43,5 %) e tra il personale non medico (37,6 %). L'alta percentuale di obiettori potrebbe essere causata anche dalla diffusione della morale cristiana secondo F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, cit., p. 101 ss. Tuttavia, questa ricostruzione stride con la presenza di percentuali molto più basse negli altri settori professionali coinvolti nell'aborto; infatti, sebbene certamente il ginecologo abbia un ruolo più importante nello svolgimento dell'intervento, la teoria cristiana impone le stesse pene per chi compie direttamente un'azione e per chi vi collabora, secondo la teoria della cooperazione al male. In tal senso M. GASPARINI, *Obiezione di coscienza o rifiuto della cura all'aborto volontario*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 211, che sostiene come da varie testimonianze emerga come spesso l'obiezione sia legata alla volontà di compiacere le scelte del direttore obiettore, al timore di una stigmatizzazione pubblica o alla ritrosia nel fare un intervento, nel primo trimestre, senza indicazioni cliniche.

¹⁴¹ Si veda la tabella 28 della *Relazione*, cit. In Sicilia si registra il tasso più alto: l'85,8% dei ginecologi è obiettore. Denuncia la situazione della Puglia (anch'essa con tasso superiore all'80%), dove obiettò in massa l'equipe di ginecologia e ostetricia del San Paolo di Bari, ultima struttura pubblica dove era possibile accedere all'interruzione volontaria della gravidanza nel capoluogo, l'articolo *Aborto e obiezione di coscienza, due diritti da riequilibrare* di E. Borzacchiello e V. Galanti, in *corriere.it* del 3 aprile 2013.

¹⁴² Si noti che la *Relazione* interviene a seguito delle condanne del CEDS all'Italia; sembra pertanto implicita una volontà di riaffermare la bontà della legge nazionale, già sostenuta nei relativi procedimenti; si veda *infra*, paragrafo 6.

¹⁴³ Sulle critiche relative alla scarsa attendibilità della Relazione si veda anche A. SARLO, *Rinominare l'aborto nel 2015*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 219, che sostiene che il tasso di obiettori sia in realtà molto più alto; A. KUSTERMANN – A. MARCONI, *Obiezione di coscienza: aspetti medici*, in *Ibidem*, p. 213 ss.; F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, cit., p. 118, che auspica la ponderazione del «dato numerico che emerge dai territori con degli indici che esprimano le specificità locali, quali la densità di popolazione residente, le difficoltà economiche e non che comporta lo spostamento da una struttura regionale all'altra, ecc.». Si veda infine I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978*, cit., p. 113 ss., che, tra l'altro, critica l'omessa analisi degli aborti clandestini in correlazione a donne immigrate che hanno più difficoltà a trovare la struttura competente.

può arrivare a doversi rivolgere a cinque strutture prima di incappare in quella giusta¹⁴⁴.

Riguardo al secondo punto, la Relazione vi ha posto particolare attenzione a seguito della condanna del CEDS¹⁴⁵, che ha ritenuto sussistere una discriminazione del personale non obietto. Anche in questo caso, però, le conclusioni esposte non sembrano cogliere la gravità della situazione: ci si riferisce ancora una volta alla media nazionale, sebbene, come si è visto, la Relazione stessa dia più volte atto delle profonde differenze regionali. Secondo la media nazionale, calcolata considerando il numero totale di aborti annui in Italia, il numero nazionale di ginecologi non obiettori e le 44 settimane lavorative medie annue, ogni ginecologo non obietto effettua circa 1,1 aborti a settimana. Nei fatti, i dati esposti per ciascuna struttura mostrano una realtà del tutto differente: in ben nove Regioni vi sono strutture nelle quali un ginecologo non obietto esegue in media almeno sei aborti a settimana. In Abruzzo, Campania e Puglia un ginecologo non obietto arriva ad effettuare oltre dieci aborti a settimana. In Sicilia il valore massimo della media settimanale per struttura supera i diciassette aborti a settimana. Ciò significa che il medico non obietto spesso modifica sostanzialmente il proprio lavoro, che non contempla più una varietà di prestazioni, ma si riduce sostanzialmente all'esecuzione di interruzioni volontarie di gravidanza, terapeutiche o no.

Quanto sopra esposto provoca spesso situazioni di gravi disagi alle donne che vogliono o che sono costrette ad abortire; vale la pena di citare un episodio: nel settembre 2010, una donna si reca nel reparto di ostetricia e ginecologia del policlinico di Messina, costretta ad abortire per la gravissima malformazione che affligge il feto che ha tenuto in grembo per quasi cinque mesi. Viene ricoverata e inizia il processo di aborto terapeutico, con assunzione di farmaci che stimolano le contrazioni per indurre il parto ed espellere il feto. Il medico non obietto che aveva iniziato la procedura termina il turno e, quando la donna ha le contrazioni, nessuno interviene: il medico di guardia è obietto, e lei è costretta ad abortire in bagno¹⁴⁶. Indagato per il reato ex art. 328 c.p., il ginecologo obietto viene innanzitutto assolto con una pronuncia di non luogo a procedere del giudice dell'udienza preliminare perché il fatto non sussiste. Detto provvedimento viene cassato con rinvio dalla Suprema Corte nel 2013¹⁴⁷ e nel 2017 viene confermata in appello la condanna a un anno di reclusione per omissione di atti d'ufficio, con diniego delle attenuanti generiche¹⁴⁸. Sarebbe stato opportuno coinvolgere nel giudizio

¹⁴⁴ Dati tutti reperibili a p. 59 della *Relazione*. Nella P. A. di Bolzano solo 2 strutture su 7 effettuano aborti.

¹⁴⁵ Si veda *infra*, par. 6.

¹⁴⁶ Si veda l'articolo di E. Messina, *Donna che abortì nel bagno al policlinico*, in *stampalibera.it*

¹⁴⁷ Cass. pen., 18 aprile 2013, n. 17936, in *leggiditaliaprofessionale.it*.

¹⁴⁸ La prima condanna, resa in Trib. Messina, 16 ottobre 2014, n. 2451, è stata confermata da App. Messina, 5 maggio 2017, n. 758, entrambe inedite. Sembra che la giurisprudenza abbia ulteriormente eroso l'ambito di non-intervento dell'obietto: non solo egli deve intervenire al di fuori del lasso di tempo intercorrente tra morte ed espulsione del feto, ma altresì all'interno di questo lasso di tempo, come affermato dalla Cassazione penale nel 2020, in caso di attività non causalmente connesse alla morte ed espulsione del feto. Quando il medico obietto è stato chiamato ad intervenire, infatti, la donna era in fase di travaglio (si ricordi che l'aborto oltre il primo trimestre avviene sempre con un'espulsione indotta del feto, una sorta di parto). La morte del feto si era già verificata, ma il feto non era ancora stato espulso. L'intervento richiesto in questo caso al ginecologo sembra inoltre molto più "prossimo" e diretto all'aborto rispetto all'ecografia di cui al caso della Cassazione penale del 2020.

penale anche il direttore della struttura e il presidente della Regione Sicilia, che devono garantire la presenza costante di un ginecologo non obiettore in ogni struttura. Le criticità dell'art. 9 comma 4, che delega il controllo e la garanzia dell'attuazione della legge -e in particolare della presenza di non obiettori in ogni struttura- alla Regione, verranno approfondite nell'ultimo paragrafo.

Queste sentenze sono però molto importanti in quanto testimoniano come la giurisprudenza, per arginare le gravi violazioni del diritto alla salute della donna legate all'art. 9 l. 194/1978, debba di fatto andare contro la legge. Ciò che si rimprovera al medico, infatti, è di non aver assistito la donna «in una situazione, peraltro, oggettivamente delicata di processo espulsivo del feto in corso», verificando se non ci fossero complicazioni, prescrivendole antidolorifici se necessario e «fornendo alla stessa adeguate spiegazioni sul decorso della procedura abortiva».

Tutto ciò dimostra che, in concreto, per tutelare l'art. 32 Cost. è imprescindibile andare contro la legge, che limita l'obbligo di intervento dell'obiettore alla «assistenza antecedente e conseguente all'intervento». Si trattava, invece, nel caso in esame, pacificamente di assistenza contestuale all'intervento -sulla cui causalità rispetto all'aborto, specificamente all'espulsione del feto, si potrebbe discutere- considerato che, come si è visto, la definizione di aborto riguarda non solo la morte, ma anche l'espulsione del feto.

6. L'aborto nella giurisprudenza CEDU e nel diritto internazionale

Come è stato evidenziato da attenta dottrina, nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU è possibile individuare le seguenti linee direttrici¹⁴⁹:

- il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento statale sulla possibilità di legalizzare l'aborto, fondato sulla discutibile constatazione dell'assenza di consenso europeo sul punto¹⁵⁰;
- la valutazione della coerenza interna al sistema previsto dallo Stato, ossia la coerenza tra previsioni legali e accesso concreto alle tecniche, con l'obbligo, per gli Stati che hanno

¹⁴⁹ 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*, cit., p. 154 ss.

¹⁵⁰ Assunto questo assai criticato in quanto, dopo la legalizzazione dell'aborto anche in Irlanda (dove, a seguito del referendum del 2018, l'I.V.G. è accessibile su richiesta nelle prime 12 settimane di gravidanza) e a Cipro (dove anche qui dal 2018 l'aborto è liberalizzato nelle prime 12 settimane), son rimasti pochissimi gli Stati che puniscono severamente l'aborto: si tratta di Malta e della Polonia, nella quale ultima nel 2021 la Corte costituzionale ha pubblicato una sentenza che ha sancito l'incompatibilità dell'aborto terapeutico per anomalie fetali non incompatibili con la vita con la Carta costituzionale, quindi eliminando anche quella possibilità; è possibile effettuare solo l'aborto terapeutico per pericolo di vita o pericolo grave alla salute, per stupro o incesto. A Malta il divieto è assoluto. Di fatto, però, un consenso tra gli Stati sussiste innegabilmente, almeno relativamente all'aborto terapeutico e all'aborto nel primo trimestre. Per approfondimenti si rimanda a A. WÉRY, *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.

legalizzato l'aborto, di prevedere procedure e meccanismi concretamente attuabili per rendere accessibile la prestazione e garantire l'effettività del diritto¹⁵¹;

- l'obbligo, per gli Stati che hanno legalizzato l'aborto e hanno previsto l'obiezione di coscienza alla prestazione, di organizzare il servizio in modo tale da garantire che la tutela della libertà di coscienza dei professionisti non ostacoli il diritto della paziente di accedere ai servizi¹⁵².

Sostanzialmente, ciò che la Corte afferma è che lo Stato è libero di legalizzare o meno l'aborto ed è libero di decidere in che limiti legalizzarlo, ad esempio, liberalizzandolo nel primo trimestre o subordinandolo sempre a presupposti terapeutici. Tuttavia, una volta che approva una legge sull'aborto, lo Stato è obbligato a garantirne l'attuazione e a garantire la fruibilità, in concreto, dei diritti che essa introduce, senza porvi ostacoli di alcun tipo, nemmeno legati alla tutela della coscienza del personale sanitario.

È utile riassumere brevemente le principali decisioni della CEDU in tema di aborto, che attualmente sono solo sei¹⁵³.

Il primo caso è *Bruggemann e Scheuten c. Repubblica federale tedesca*, deciso con sentenza del 1977¹⁵⁴. Il ricorso ha riguardato inizialmente il quadro normativo conseguente alla celebre decisione della Corte costituzionale del 1975, che dichiarò l'incostituzionalità della liberalizzazione dell'aborto nelle prime dodici settimane; in seguito, dal 1976, l'aborto nel primo trimestre è subordinato a una situazione di stress e malessere della donna ed è su questi presupposti, simili a quelli della legge italiana attuale, che ha deciso la Corte EDU. I ricorrenti sostenevano che detta normativa, ponendo dei limiti al diritto all'aborto della donna, violasse l'art. 8¹⁵⁵. La Corte ha concluso escludendo la violazione dell'art. 8, che normalmente concerne solamente la sfera privata della persona. Infatti, ha affermato che «l'art. 8 non può essere interpretato nel senso di intendere che la gravidanza e la sua interruzione sono, in principio,

¹⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sent., 20 marzo 2007, n. 5410, *Tysiac c. Polonia*, in Fam. Pers. Succ., 2007, 8-9, p. 764 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sent., 16 dicembre 2010, n. 25579, *A. e altri c. Irlanda*, in Foro It., 2011, 4, p. 184 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sent. 26 maggio 2011, R. R. c. *Polonia*, in *ecbr.coe.int*.

¹⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, Sent. 26 maggio 2011, R. R. c. *Polonia*, cit.

¹⁵³ Ci si riferisce alle decisioni che trattano prettamente di aborto; sono già state menzionate le decisioni relative alla non applicabilità dell'art. 2 della Convenzione al feto (*Vo c. Francia*; si veda *supra*, cap.3, sez. 3, par. 2) alla possibilità di escludere il padre dalla scelta abortiva (*Paton c. Uk*; *R.H. c. Norvegia*; *Boso c. Italia*; si veda *supra*, nota 66 par. 2). Vale la pena menzionare in questa sede Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 ottobre 1992, *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*, in *ecbr.coe.int*, nella quale la CEDU dichiara che costituisce una violazione dell'art. 10 (libertà di espressione) l'imposizione, da parte del governo irlandese alle società ricorrenti, di limiti alla possibilità di fornire informazioni alle donne su come abortire in Gran Bretagna. Violazione non proporzionata neppure rispetto all'invocato fine di tutela della vita del feto. Sulla giurisprudenza CEDU in tema di aborto si veda anche S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 118 ss.; L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., pp. 154-162.

¹⁵⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 luglio 1977, *Bruggemann e Scheuten c. Repubblica federale tedesca*, in *ecbr.coe.int*.

¹⁵⁵ In realtà, precisamente, sebbene il vaglio di ammissibilità riguardò solo l'art. 8, i ricorrenti invocarono anche la violazione dell'art. 9, sostenendo che la decisione della Corte costituzionale del 1975 fosse retta da motivazioni sostanzialmente religiose. Ed invero, come rilevato da S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 20 ss., la Corte, affermando che l'ordinamento non può lasciare un vuoto normativo, esimendosi dall'esprimere un giudizio morale e lasciandolo ai singoli e concludendo che il feto è persona in senso pieno, fa uso di argomenti morali espliciti.

una materia esclusivamente concernente la vita privata della donna».

Il secondo provvedimento arriva esattamente trent'anni più tardi, nel caso *Tysiac c. Polonia*¹⁵⁶: nel 2007 la Corte EDU ha condannato la Polonia per violazione dell'art. 8, per non aver previsto e assicurato alcun meccanismo per garantire l'effettività della legge sull'aborto e, in particolare, l'accesso della ricorrente a controlli efficaci e celeri per verificare se sussistessero i presupposti per l'aborto terapeutico. Nel caso di specie, la ricorrente era affetta da una grave forma di miopia che sarebbe peggiorata con la prosecuzione della gravidanza. Giacché la legge polacca consente l'aborto terapeutico, la donna iniziò il relativo *iter*, scontrandosi, però, con la ritrosia dei medici a rilasciarle i certificati necessari per accedere al trattamento, sicché dovette portare a termine la gravidanza e diventò quasi cieca.

Dalla seconda metà degli anni Duemila le decisioni sull'aborto diventano sempre più frequenti. Nel 2010, nel caso *A., B. e C. c. Irlanda*, la Corte ha condannato l'Irlanda, sempre per violazione dell'art. 8, per non aver attuato l'obbligo di garantire l'accesso all'aborto formalmente previsto per legge¹⁵⁷. Specificamente, dei tre ricorsi, solo uno è stato accolto. Tutte e tre le donne lamentavano di aver dovuto abortire in Inghilterra, dovendo affrontare un viaggio dispendioso in termini economici ed emotivi. Tuttavia, si è ritenuto che solo in un caso, relativo a una donna malata di cancro e a rischio di subire peggioramenti in caso di prosecuzione della gravidanza, sussistesse probabilmente il diritto di abortire secondo la legge irlandese e, pertanto, violasse l'art. 8 la mancata previsione di una procedura che le consentisse di verificare la sussistenza dei presupposti per l'accesso al trattamento. La sentenza non ha condannato, invece, il divieto assoluto di aborto terapeutico a tutela della salute della donna, tant'è che la criminalizzazione di questo trattamento non viola la CEDU. Ciò, nonostante la sentenza stessa riconosca che, già allora, ben quaranta Stati aderenti avessero legalizzato questo trattamento. Anzi, si legge che «l'articolo 8 non può [...] essere interpretato nel senso di attribuire un diritto all'aborto».

Pochi mesi più tardi, per la quarta volta la Corte ha affrontato il tema dell'aborto. Nel caso *R. R. c. Polonia*¹⁵⁸ del 2011, però, oltre alla violazione dell'art. 8 ha riconosciuto, per la prima volta, la violazione dell'art. 3, relativo al divieto di tortura. La ricorrente è una donna che, quando ha scoperto di essere incinta, aveva già due bambini e presentava fattori di rischio per determinate anomalie fetali. Detti rischi sembravano confermati da un'ecografia, alla quale, però, avrebbe dovuto seguire l'amniocentesi. I risultati di quest'ultima analisi, per disorganizzazione e imperizia dei medici, sono arrivati solo dopo sei settimane dall'ecografia, quando la donna ormai non poteva più abortire. Dopo

¹⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sent., 20 marzo 2007, n. 5410, *Tysiac c. Polonia*, cit.

¹⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sent., 16 dicembre 2010, n. 25579, *A. e altri c. Irlanda*, cit. Si ricordi che l'Irlanda, fino al 2018, consentiva l'aborto solo in caso di pericolo per la vita della donna, da intendersi, come chiarito nel caso *X c. Attorney general* deciso dalla Corte Suprema nel 1992, anche in relazione al rischio di suicidio. In Irlanda il diritto alla vita del nascituro è tutt'ora sancito dall'art. 40.3 della Costituzione.

¹⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sent. 26 maggio 2011, *R. R. c. Polonia*, cit.

essere stata lasciata dal marito si è ritrovata sola, con due figli e un neonato malato. La violazione dell'art. 8 risiede nel fatto che, nonostante la Polonia riconoscesse formalmente il diritto all'aborto in caso di anomalie fetali gravi e incurabili, di fatto non vi fossero meccanismi e procedure idonee a garantire l'accesso della donna alle analisi necessarie per conoscere lo stato di salute del feto e, conseguentemente, verificare la sussistenza dei presupposti per l'aborto legale. La violazione dell'art. 3 è legata, invece, al trattamento riservato alla donna da parte dei medici, caratterizzato da sdegno e disprezzo per la sua decisione di abortire, aggravato dalla circostanza che detti atteggiamenti venissero diretti a una donna in particolare stato di vulnerabilità, che dovette attendere settimane nell'angoscia per l'incertezza sullo stato di salute del feto.

Vi è, inoltre, una parte importantissima relativa al rapporto tra accesso all'aborto e obiezione di coscienza. La ricorrente, infatti, lamentava che tra le principali cause dell'ostruzionismo riscontrato vi fosse una «sregolata e caotica pratica di obiezione di coscienza secondo la legge polacca», nonché l'incapacità dello Stato di implementare la regolamentazione dell'obiezione stessa, ciò che aveva contribuito al ritardo nell'operato dei medici¹⁵⁹. Nell'ambito dell'esame della violazione dell'art. 8, nel provvedimento si legge che «per la Corte, gli Stati sono obbligati ad organizzare il sistema sanitario in modo tale da assicurare che l'effettivo esercizio della libertà di coscienza del personale sanitario nel contesto professionale non impedisca ai pazienti di ottenere l'accesso ai servizi ai quali hanno diritto secondo la legge vigente»¹⁶⁰.

Ancora, nel 2012 si registra un'ulteriore condanna contro la Polonia, nel caso *P. e S. c. Polonia*¹⁶¹. Le ricorrenti, rispettivamente la figlia minorenni incinta e la madre, lamentavano la violazione della Convenzione per le difficoltà incontrate nell'accesso all'aborto a seguito di violenza carnale: entrambe avevano ricevuto informazioni confuse, contraddittorie e non oggettive da parte dei medici e lamentavano l'esistenza di un quadro legislativo poco chiaro. P., all'epoca solo quattordicenne, si era rivolta con la madre all'ospedale più vicino per abortire; tuttavia, il caso era divenuto di pubblico dominio a seguito di un comunicato stampa della struttura sanitaria, così che la minore era stata ostacolata violentemente nell'accesso alla stessa da parte di membri di associazioni antiabortiste. In seguito, un Tribunale polacco ha sospeso la responsabilità genitoriale della madre e del padre, sull'assunto che gli stessi volessero costringere la minore ad abortire, affidandola poi a un centro di

¹⁵⁹ Si legge al punto 173 della sentenza, nell'ambito dell'esposizione delle doglianze della ricorrente, che «il rifiuto dell'ospedale di Cracovia di erogare determinati servizi sullo sfondo dell'obiezione di coscienza ha costituito il fallimento dell'obbligo di assicurare l'accessibilità ai servizi sulla salute riproduttiva. Le istituzioni di salute pubblica, essendo enti pubblici, avevano il dovere di erogare i servizi sanitari al pubblico. Lo Stato aveva il dovere di assicurare che le leggi sull'obiezione di coscienza fossero correlate dall'implementazione della regolamentazione o delle linee guida che bilanciassero il diritto dei medici all'obiezione e il diritto dei pazienti di ottenere l'accesso ai servizi medici legalmente previsti». La ricorrente denuncia altresì la possibilità, di fatto concessa dalla legge, di obiettare anche alla semplice diagnosi prenatale sullo stato di salute del feto.

¹⁶⁰ Punto 206 della sentenza.

¹⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 ottobre 2012, *P. e S. c. Polonia*, in *echr.coe.int*.

accoglienza. Solo il 17 giugno 2008, nonostante la richiesta risalisse al 9 aprile, la ricorrente riesce ad abortire, sotto scorta di un'auto del Ministro della salute e a 500 km dal luogo di residenza. I diritti dei genitori, sospesi nel giugno 2008, sono stati ripristinati nel febbraio 2009. Questa triste vicenda è costata alla Polonia una condanna, innanzitutto, per violazione dell'art. 8, per assenza di meccanismi che garantissero l'effettività del diritto all'aborto, secondo i principi già affermati nei casi precedenti. In secondo luogo, la violazione del medesimo articolo è stata ricondotta all'interferenza del pubblico nelle questioni private delle ricorrenti, causate dalla fuga di notizie e dalla conseguente violazione del segreto professionale da parte della struttura sanitaria. Infine, per la sola P., è stata riconosciuta anche la violazione dell'art. 5.1 (diritto alla sicurezza e alla libertà personale) e dell'art. 3 (tortura), per averla prelevata e inserita in un centro di accoglienza per minori nel quale, come da sua testimonianza, era rimasta chiusa a chiave per giorni e costretta a parlare con preti ed ecclesiastici per dissuaderla dall'idea di abortire¹⁶².

Infine, l'ultimo caso, del 2020, *Grimmark c. Svezia* e *Steen c. Svezia*¹⁶³, riguarda i rigetti, per manifesta infondatezza, dei ricorsi di due aspiranti ostetriche contro l'impossibilità di sollevare obiezione di coscienza. Le attrici, impiegate in delle cliniche svedesi come infermiere, chiesero un congedo dalla professione per studiare e diventare ostetriche e informarono i propri datori di lavoro che non avrebbero partecipato agli aborti. Le cliniche comunicarono loro che a quelle condizioni non avrebbero potuto essere assunte come ostetriche e, stante il perdurante rifiuto, non furono assunte. La Corte ha ritenuto che la mancata previsione del diritto di obiezione non violi gli artt. 9, 10 e 14 CEDU. Specificamente, riguardo all'art. 9, la Corte ha affermato che la libertà di manifestare il proprio credo religioso può essere limitata, avendo un impatto su altri, a condizione che la limitazione sia necessaria in una società democratica per la protezione, tra gli altri, della salute e dei diritti e libertà altrui, e che sia prevista dalla legge. Secondo la Corte la legge svedese rispetta questi requisiti, essendo volta a tutelare la salute delle donne che devono accedere all'aborto; «il requisito che tutte le ostetriche dovessero effettuare tutte le mansioni [...] non era sproporzionato o ingiustificato. I datori di lavoro hanno, nella legge svedese, una grande flessibilità [...] e hanno il diritto di richiedere che i dipendenti svolgano ogni dovere inerente all'incarico ricoperto. Quando firma un contratto di lavoro, il dipendente esplicitamente accetta questi doveri. Nel caso in esame, la ricorrente ha volontariamente scelto di diventare ostetrica [...] pur sapendo che ciò avrebbe comportato l'assistenza agli aborti [...] avrebbe potuto continuare a lavorare come infermiera nella clinica nella quale era impiegata».

Attualmente, parecchi ricorsi pendono, ancora una volta contro la Polonia, a seguito della decisione della Corte costituzionale che ha sancito l'incostituzionalità dell'aborto terapeutico per

¹⁶² La vicenda è ricca di profili intensamente drammatici e non si può in questa sede descriverla con dovizia di particolari. Merita però menzionare il fatto che, rivoltasi ai primi medici, fu chiesto alla minore di firmare un foglio nel quale dichiarava di voler abortire e quindi di «comprendere che questa procedura potrebbe provocare la morte di mia figlia».

¹⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 marzo 2020, *Grimmark c. Svezia* e *Steen c. Svezia*, in *echr.coe.int*.

malformazioni fetali¹⁶⁴. Molte donne lamentano di vivere in uno stato di ansia e profonda angoscia perché, non potendo accedere ai test prenatali e all'aborto terapeutico, ignoreranno, fino al momento del parto, lo stato di salute del proprio figlio. La procedura è in corso e potrebbe essere l'occasione, per la Corte EDU, di prendere finalmente posizione sulla presenza di un consenso europeo sull'aborto terapeutico e di un conseguente diritto all'aborto¹⁶⁵.

Esaurita la giurisprudenza CEDU è opportuno menzionare le due decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, organismo afferente anch'esso al Consiglio d'Europa¹⁶⁶ (di seguito CEDS) del 2014 e 2016, rese contro lo Stato italiano, su ricorso, rispettivamente, dell'o.n.g. International Planned Parenthood Federation European Network (Ippf. En), in collaborazione con Laiga (Libera Associazione Italiana Ginecologi per l'Applicazione della l. 194/78) e della CGIL¹⁶⁷. Entrambi i ricorsi denunciano molteplici violazioni della Carta sociale europea in quanto l'art. 9 della l. 194/1978 sarebbe inidoneo a garantire l'esecuzione degli interventi di interruzione volontaria di gravidanza, non prevedendo i mezzi specifici attraverso i quali le Regioni devono garantire la presenza di medici non obiettori nel personale degli ospedali pubblici. Verrebbero inoltre violati i diritti dei medici non obiettori, che sarebbero di fatto discriminati.

Il CEDS ha accertato¹⁶⁸ che l'Italia ha violato l'articolo 11 (diritto alla salute) e l'articolo E (non discriminazione) della Carta sociale perché, a causa dell'eccessivo numero di obiettori di coscienza, non assicura l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza. Specificamente, le donne che richiedono il trattamento sarebbero costrette a subire varie discriminazioni: una discriminazione territoriale ed

¹⁶⁴ La sentenza è stata pubblicata il 27 gennaio 2021, ma il dispositivo è stato reso pubblico nell'ottobre 2020.

¹⁶⁵ *Casi K.B. e altri c. Polonia; K. C. e altri c. Polonia; A. L. e altri contro Polonia*. Per approfondimenti si veda il comunicato stampa sul sito hudoc.echr.coe.int; il primo luglio 2021 il presidente della prima sezione della Corte ha comunicato il ricorso al governo polacco, al quale ha rivolto cinque quesiti circa la sussistenza dei requisiti per imporre restrizioni alla vita privata ex art. 8, nonché per verificare la violazione dell'art. 3. Il governo polacco ha tempo fino al 13 settembre dello stesso anno per prendere posizione. Denuncia il rifiuto della Corte EDU di prendere posizione sull'aborto S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 124 ss., secondo la quale la Corte volutamente ignora il consenso europeo, pur sussistente, per preservare questioni morali ed etiche, giungendo a conclusioni aberranti come quella di non aver sanzionato l'impossibilità per le donne irlandesi di abortire in Irlanda, sostenendo che il loro diritto all'aborto fosse tutelato dalla possibilità di andare all'estero (si veda il rigetto dei ricorsi delle due ricorrenti in *A. B. e C. c. Irlanda*).

¹⁶⁶ Il CEDS è istituito ai sensi dell'art. 25 della Carta sociale europea, un trattato del Consiglio d'Europa che completa le tutele della CEDU, garantendo i diritti sociali ed economici. Il CEDS si pronuncia sui reclami collettivi che possono sollevare determinate organizzazioni con specifici requisiti, senza dover esaurire le vie di ricorso interne. Se il reclamo viene accolto, il CEDS adotta un provvedimento, detto "conclusione", col quale dà atto della violazione della Carta. Se lo Stato non si adopera per cessare la violazione, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa chiederà formalmente allo Stato di adoperarsi a tal fine, sia livello politico che a livello normativo.

¹⁶⁷ Rispettivamente, CEDS, conclusione del 10 settembre 2013, pubblicata il 10 marzo 2014, su reclamo collettivo n.87 del 2012 (*International Planned Parenthood Federation European Network c. Italia*), in biodiritto.org e CEDS, conclusione del 12 ottobre 2015, pubblicata l'11 aprile 2016, su reclamo collettivo n.91 del 2013 (*Confederazione generale italiana del Lavoro c. Italia*), tradotta in italiano su lavorodirittieuropa.it. Per un'analisi del contenuto delle decisioni si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., p. 611 ss.; F. GALLO, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit. p. 195 ss.

¹⁶⁸ In entrambi i casi a stragrande maggioranza; il reclamo collettivo 87/12 è stato deciso con 13 voti favorevoli e uno contrario; il reclamo 91/13 con 11 voti favorevoli e 4 contrari.

economica, che penalizza le donne indigenti per i costi degli spostamenti in diverse città, di fatto necessari per ottenere la prestazione; una discriminazione basata sul sesso e sullo stato di salute, giacché la donna che deve abortire è penalizzata nel conseguimento di questa determinata prestazione sanitaria, laddove le altre prestazioni sono erogate senza ostacoli. Il CEDS ha altresì affermato che il diritto di obiezione non può compromettere il diritto di accesso all'aborto, come garantito dalla legge. A fronte di queste violazioni è insufficiente, secondo il Comitato, prevedere la possibilità della donna di rivolgersi alle autorità amministrative o giudiziarie: è infatti in gioco il diritto alla salute, relativamente a una prestazione per la quale acquista particolare importanza il c.d. *time factor*.

Detti principi, affermati una prima volta nel 2014, sono stati confermati nel 2016¹⁶⁹; nel secondo provvedimento si è condannata altresì la discriminazione nel trattamento lavorativo tra medici obiettori e non obiettori, essendo questi ultimi costretti a svolgere sempre le stesse e poco gratificanti mansioni. Il CEDS ha constatato che «le carenze esistenti in Italia nella fornitura di servizi d'interruzione di gravidanza [...] restano irrisolte e le donne che cercano di avere accesso ai servizi d'interruzione di gravidanza continuano ad affrontare notevoli difficoltà nell'ottenere, in pratica, l'accesso a tali servizi» situazioni che «possono comportare notevoli rischi per la salute ed il benessere delle donne interessate».

Alle conclusioni del CEDS è seguita la risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 6 luglio 2016¹⁷⁰, che, a seguito dei monitoraggi effettuati dal Governo italiano, ha riscontrato degli sviluppi positivi della situazione, tuttavia insufficienti. Il CEDS ha infatti nuovamente denunciato la violazione della Carta nel 2018, permanendo la violazione del diritto alla salute in conseguenza degli ostacoli che le donne incontrano nell'accesso all'aborto e chiedendo all'Italia di implementare le misure, con obbligo di relazionare entro l'ottobre 2019¹⁷¹.

Nello stesso senso si è espresso 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 nell'ambito del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁷², che, con le osservazioni del 1 maggio 2017, ha espresso

¹⁶⁹ Nonostante il Governo italiano abbia adottato di essersi attivato mediante un'attività di monitoraggio dell'applicazione della l. 194/1978.

¹⁷⁰ Scaricabile su budoc.esc.coe.int. A livello nazionale, il 26 aprile 2016 il Senato ha pubblicato l'Atto di Sindacato Ispettivo n° 1-00565, dando atto della volontà di impegnare il governo a implementare l'attuazione della l. 194/1978.

¹⁷¹ Per approfondimenti si veda F. GRANDI, *L'aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine": l'ultima trincea dell'effettività del servizio di interruzione della gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2020, pp. 9-10.

¹⁷² L'art. 28 della Convenzione, cui si fa riferimento nelle note successive, prevede l'istituzione del Comitato dei diritti umani, che ha anche il compito di esaminare i rapporti che ogni anno gli Stati aderenti inviano per illustrare le misure adottate per dare attuazione ai diritti riconosciuti nel Patto, nonché i progressi compiuti nel godimento di tali diritti. Il Comitato, quindi, trasmette agli Stati «i propri rapporti e le osservazioni generali che ritenga opportune» (art. 40). Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, detto anche Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, è stato adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966 ed è entrato in vigore a livello internazionale il 23 marzo 1976, ratificato in Italia il 15 settembre 1978. Benché le funzioni del Comitato -ora Consiglio- si limitino, nel Patto stesso, all'esame dei rapporti inviati dagli Stati membri, col Primo protocollo opzionale, cui l'Italia è parte, si è prevista la possibilità di ricevere ricorsi da parte di singoli cittadini degli Stati membri che assumono di essere vittime di violazioni dei diritti del Patto. Il testo del Primo protocollo è disponibile su ohchr.org. Il Consiglio non rende delle decisioni, ma degli atti detti "communication", ossia una "constatazione" che ha mera efficacia di

preoccupazione per le difficoltà segnalate nell'accesso all'aborto in Italia per l'elevato numero di medici obiettori, segnalando, in particolare, il rischio «che ciò si traduca in un numero significativo di aborti clandestini»¹⁷³.

Relativamente alla giurisprudenza internazionale è opportuno citare anche i provvedimenti, detti comunicazioni o constatazioni, resi dal Comitato per i diritti umani da ultimo citato. In particolare, il Comitato si è pronunciato in primo luogo relativamente a una gravissima vicenda avvenuta in Perù, uno Stato dove, sebbene sulla carta l'aborto sia possibile per motivi di salute della donna e per anomalie fetali, di fatto è fortemente osteggiato. Nel caso *K. L. c. Perù* del 2005¹⁷⁴, 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, non riuscendo ad esercitare il diritto legalmente previsto all'aborto terapeutico, è stata costretta a portare avanti la gravidanza; il neonato è morto dopo quattro giorni nei quali la madre lo ha allattato al seno. La madre ha sviluppato gravi patologie psichiatriche in conseguenza dei traumi subiti. Il Comitato ha riconosciuto la violazione degli artt. 2, 7, 17 e 24 del Patto¹⁷⁵; tuttavia, come conseguenza della constatata violazione, avendo la comunicazione una valenza di semplice raccomandazione, ha invitato lo Stato «a offrire un rimedio effettivo [...] il Comitato auspica di ricevere dallo Stato parte, entro 90 giorni, informazioni sulle misure adottate per dare seguito alla presente constatazione». Poiché il Comitato non ha motivato la condanna sulla base della legalità dell'aborto terapeutico in Perù -pur sussistente- e dell'ineffettività dell'accesso allo stesso, si è ritenuto che detta pronuncia qualificasse questo trattamento come un vero e proprio diritto umano¹⁷⁶.

In questo senso, però, sono molto più chiare e significative le successive decisioni adottate dal medesimo Comitato nei confronti dell'Irlanda nel 2016 e 2017, relative a due vicende nelle quali la gestante è stata costretta ad abortire a seguito della scoperta che il feto fosse affetto da anomalie incompatibili con la vita¹⁷⁷. In entrambe le constatazioni il Comitato ha riconosciuto un vero e proprio diritto umano fondamentale della donna ad ottenere l'aborto terapeutico; considerata la severità del contenuto del provvedimento, il principio deve ritenersi limitato all'ipotesi di aborto terapeutico dovuto dalla scoperta di anomalie incompatibili con la vita.

Ciò che è fondamentale sottolineare è che il Comitato dei diritti umani compie quel “salto” che la

raccomandazione rivolta allo stato. Per approfondimenti 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, p. 1 ss.

¹⁷³ Le osservazioni sono consultabili su docstore.ohchr.org. Il Comitato dei diritti umani ha concluso esortando l'Italia a «adottare le misure necessarie per garantire l'accesso, senza impedimenti e tempestivo, ai servizi di aborto legale nel territorio, anche istituendo un sistema di riferimento efficace per le donne che necessitano di tali servizi».

¹⁷⁴ Comitato per i diritti umani, comunicazione n. 1153/2003 del 24 ottobre 2005, in reproductiverights.org. Per approfondimenti sulla vicenda si veda anche S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 90 ss.

¹⁷⁵ Gli articoli sono relativi, rispettivamente a: divieto discriminazione, divieto tortura, divieto di violazione illegittima della vita privata, diritti del fanciullo.

¹⁷⁶ In tal senso S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 92.

¹⁷⁷ 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).

Corte EDU non ha avuto il coraggio di fare. 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 garantirne l'accessibilità ed effettività, il Comitato ha fatto un altro ragionamento. Esplicitamente ha affermato che il meccanismo del margine di apprezzamento lo applica solo la Corte EDU e nessun'altra giurisdizione internazionale e che, soprattutto, il fatto che l'aborto terapeutico non fosse legale in Irlanda (salvo che in caso di pericolo di vita della donna), non influenza la decisione¹⁷⁸. Ciò di cui si dovevano le ricorrenti, cioè, non era la mancata effettività dei diritti, ma proprio la mancata legalizzazione dell'aborto terapeutico per anomalie letali. Andando oltre i propri precedenti¹⁷⁹, il Comitato ha affermato che non solo l'illegalità di tale trattamento non consente di attenuare la posizione dello Stato, ma che, anzi, questa ha aumentato la 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 concluso affermando la sussistenza della violazione degli articoli 7 (tortura), 17 (rispetto vita privata) e 26 (non discriminazione)¹⁸⁰. Riguardo al primo articolo, perché la situazione ha costituito fonte di gravi patimenti per le donne, fatto che non può essere in alcun modo scriminato dall'illegalità dell'aborto in oggetto secondo la legge nazionale. Riguardo al secondo articolo, la violazione risiede proprio nell'illegalità dell'aborto terapeutico per anomalie letali, che obbliga la donna a proseguire una gravidanza che sfocerà nell'aborto spontaneo o nel parto di un feto morto o che morirà dopo qualche giorno, così interferendo in maniera arbitraria nella sua scelta di abortire che, come già affermato in *K. L. c. Perù*, rientra nella vita privata. Il Comitato, a differenza della Corte EDU, si è spinto fino a sindacare chiaramente 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»¹⁸¹. Riguardo alla discriminazione, questa si ritiene sussistente per l'intollerabile differenza di trattamento

¹⁷⁸ In *Whelan c. Irlanda* si legge: «da 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».

¹⁷⁹ Ci si riferisce non solo a *K. L. c. Perù*, ma anche a *V. D. A. c. Argentina*, del 25 maggio 2007, dove l'Argentina viene condannata per non aver garantito, di fatto, il diritto legalmente previsto 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.

¹⁸⁰ Le doglianze delle ricorrenti sulla violazione del diritto all'informazione (art. 19) vengono ritenute assorbite in entrambi i casi dalle censure globali sul comportamento dello Stato parte. Specificamente, l'Irlanda, con l'*Abortion information act* vieta severamente e controlla le modalità di ogni informazione sull'aborto nazionale e all'estero, tant'è che, per la sua genericità, i medici pubblici non poterono dire nulla ma invitare le ricorrenti a rivolgersi a un centro di *planning* familiare, di natura privata.

¹⁸¹ L'unica nota sospetta della decisione riguarda il valore che il Comitato conferisce all'accertamento, menzionato nel testo, che il divieto di aborto terapeutico non risponderebbe alla volontà del popolo irlandese. Infatti, a seguito delle repliche dello Stato al ricorso, volte a sottolineare come il divieto di aborto costituisse espressione della profonda morale nazionale, il Comitato si sofferma a contestare quest'assunto, sottolineando come gli irlandesi non si fossero mai trovati di fronte a un referendum abrogativo di recente, ma solo di fronte alla possibilità di approvare leggi più restrittive (nello specifico, vietare l'aborto anche in caso di pericolo di vita legato alla minaccia di suicidio), e che in detti casi solo il 35% dei votanti era favorevole a una criminalizzazione più severa. Dette circostanze, invero, dovrebbero avere poco rilievo davanti a un'oggettiva e grave violazione dei diritti umani, che in nessun caso possono trovare giustificazione nella morale di un popolo.

tra le donne che, nella stessa condizione, accettano di portare avanti la gravidanza solo per vedere il figlio morire e soffrire e colei che, invece, decide di abortire. Le conclusioni della comunicazione sono gravissime: l'Irlanda deve garantire un pieno risarcimento alla vittima e l'assistenza psicologica, ma, soprattutto, «dovrebbe modificare la propria legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, incluso, se necessario, la propria Costituzione [...] assicurando procedure effettive e temporalmente accessibili per l'interruzione di gravidanza [...] adottando anche misure per assicurare che il personale sanitario pubblico possa elargire informazioni sull'aborto sicuro senza temere di subire sanzioni penali». Il Comitato invitava l'Irlanda a inviare, entro 180 giorni, un rapporto sulle azioni svolte. Tuttavia, poco dopo lo scadere di questo termine, è sopraggiunta la seconda condanna¹⁸².

In ambito giurisprudenziale, restano da considerare i provvedimenti resi dal Comitato del CEDAW, istituito, anch'esso nell'ambito dell'ONU, dalla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna e operante ai sensi del protocollo facoltativo¹⁸³. Anche il Comitato in esame ha condannato il Perù, nell'unica pronuncia rilevante resa in tema di aborto¹⁸⁴. Riguardo al nostro ordinamento, è rilevante l'ultimo rapporto periodico del Comitato sull'Italia, risalente al 2017, che ha denunciato la limitata accessibilità ai servizi per l'aborto «a causa del significativo numero di personale che solleva obiezione di coscienza all'esecuzione di tali trattamenti e la mancanza di strutture sanitarie che svolgono tali servizi, portando le donne incinte a sottoporsi ad aborti non sicuri». Il rapporto si conclude, pertanto, con la raccomandazione che l'Italia garantisca piena attuazione alla legge 194/1978, assicurando che l'obiezione non ostacoli l'effettività dei diritti delle donne¹⁸⁵.

Esaurita la giurisprudenza internazionale in tema di aborto, si possono citare, infine, una serie di atti che hanno enunciato il valore dei diritti riproduttivi¹⁸⁶. In particolare, il programma d'azione adottato da alcuni Stati ONU in occasione della Conferenza internazionale del Cairo nel 1994, impegna gli Stati

¹⁸² 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. Entro questo termine la donna può abortire senza appellarsi a nessuna motivazione.

¹⁸³ La Convenzione è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979; è entrata in vigore a livello internazionale il 3 settembre 1981 ed è stata ratificata dall'Italia nel 1985 con legge 132 del 14 marzo. Come nel caso del Comitato per i diritti umani, anche il Comitato CEDAW può ricevere ricorsi individuali ai sensi del Protocollo, cui l'Italia ha aderito; le decisioni hanno la stessa efficacia meramente raccomandatoria.

¹⁸⁴ È il caso *L. C. c. Perù*, deciso il 3-21 ottobre 2011, di cui si dà atto in S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 95 ss. Il caso riguardava una minore di tredici anni che, dopo aver scoperto di essere rimasta incinta dell'uomo che la violentava, si buttò da un terrazzo, riportando gravi lesioni che rischiavano di paralizzarla. I medici, tuttavia, intervennero sulla vittima solo dopo la morte del feto, una volta verificatosi l'aborto spontaneo, con la conseguenza che la donna, operata troppo tardi, restò paralizzata.

¹⁸⁵ Rapporto CEDAW sull'Italia del 3-21 luglio 2017, in [docstore.obcbr.org](https://www.docstore.obcbr.org).

¹⁸⁶ Si vedano, oltre agli atti citati, la proclamazione di Teheran resa dagli Stati ONU in occasione della Conferenza internazionale sui diritti umani del 13 maggio 1968, che enuncia il diritto fondamentale dei genitori di decidere il numero e il momento in cui far nascere i propri figli (che sembrerebbe però riferirsi piuttosto a un diritto agli anticoncezionali); il Piano d'azione mondiale adottato nella Conferenza mondiale degli Stati ONU sulle donne tenutasi a Città del Messico nel 1975, che riconferma i principi enunciati a Teheran. Per approfondimenti, S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, cit., p. 73 ss. Da ultimo, si segnala che tra le raccomandazioni rese dalla Commissione per i diritti umani del Consiglio d'Europa il 7 maggio 2020 sulla garanzia di accesso delle donne alla salute e ai diritti sessuali e riproduttivi vi è il monito di garantire che «il rifiuto delle cure per motivi di coscienza non pregiudichi l'accesso delle donne alla loro salute e ai loro diritti sessuali e riproduttivi»; documento scaricabile su [coe.int](https://www.coe.int).

a garantire l'accessibilità ai diritti riproduttivi, tra i quali figura l'aborto. Specificamente, il documento impegna le parti a prevenire e ridurre gli aborti clandestini e la mortalità conseguente; l'aborto non deve essere, però, un metodo per il controllo delle nascite, conferendo così la massima importanza alla prevenzione e lasciando ai singoli Stati la discrezionalità su come legalizzare l'aborto, con l'obbligo, tuttavia, di garantire alla donna, in ogni caso, l'assistenza successiva al trattamento. Altresì è importante la Piattaforma d'azione approvata alla Conferenza mondiale delle donne del 1995, che, nella sezione relativa alla salute femminile, indica tra gli obiettivi principali la prevenzione dell'aborto clandestino e la promozione dell'aborto in condizioni di sicurezza.

Da ultimo, è opportuno menzionare la recentissima risoluzione del Parlamento europeo resa nei confronti della Polonia a seguito del persistere, per ormai un anno, del divieto, *de facto* assoluto, di aborto, consolidatosi con la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale polacca che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'aborto terapeutico legato ad anomalie fetali che siano compatibili con la vita¹⁸⁷. Il Parlamento, per quanto in questa sede interessa, ha condannato fortemente le intervenute restrizioni all'accesso all'aborto sicuro, invitando la Polonia non solo ad annullare gli effetti della sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2020, ma altresì a garantire l'accesso ad ogni forma di aborto sicuro, anche non terapeutico, e «a depenalizzare completamente l'aborto e a eliminare dal diritto penale qualsiasi elemento ad esso correlato». Si leggono nel testo della risoluzione delle forti prese di posizione del Parlamento europeo: i diritti della salute riproduttiva vengono qualificati come «diritti umani fondamentali», tanto da esortare il Consiglio e la Commissione europea ad erogare finanziamenti alle organizzazioni polacche che si battono per l'accesso all'aborto, nonché esortare gli Stati membri ad agevolare l'accesso all'aborto transfrontaliero per le donne polacche. Il Parlamento esprime altresì una «profonda preoccupazione per il ricorso alla clausola dell'obiezione di coscienza, che costituisce un rifiuto dell'assistenza medica sulla base di convinzioni personali».

7. Critica all'art. 9, comma 4, come unica garanzia di attuazione del diritto all'aborto; i correttivi introdotti nella pratica ed auspicati dalla dottrina. In particolare, è possibile eliminare l'obiezione di coscienza?

Nei paragrafi precedenti è stata esaminata la disciplina dell'obiezione di coscienza e dell'aborto. L'attuazione e la garanzia dell'effettività del diritto all'aborto sembra reggersi interamente sull'art. 9, comma 4, della l. 194/1978, che prevede che «gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste [...]. La Regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale».

¹⁸⁷ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2021 sul primo anniversario del divieto di aborto *de facto* in Polonia, consultabile al sito europarl.europa.eu.

Il primo inciso del comma enuncia, come si è visto, il divieto di obiezione di struttura. Questo implica la garanzia della presenza di personale non obiettore reperibile 24 ore su 24 all'interno di ciascuna delle strutture abilitate ad eseguire aborti: in concreto, ogni ospedale o casa di cura autorizzata deve sempre disporre di un'equipe di anestesista, ginecologo, ostetrica ed infermiere ferrista specializzato per assistere le donne che devono abortire. Così attuato, il divieto di obiezione di struttura garantirebbe alla donna un pronto accesso al trattamento: la stessa potrebbe, cioè, rivolgersi a qualsiasi ospedale o casa di cura, certa di ottenere la prestazione. Considerato l'attuale tasso elevato di obiettori, che arriva ad un massimo di oltre l'85% di ginecologi obiettori in Sicilia, garantire questa situazione è pressoché impossibile, ma resta comunque un obbligo di legge. Su chi grava questo obbligo?

In primo luogo, come suggerisce il comma 4 dell'art. 9, grava sulla struttura sanitaria. Ciò significa che, in caso di mancata disponibilità dell'equipe di non obiettori, la denuncia ex art. 328 c.p. deve indirizzarsi non solo al medico obiettore che si incontra in struttura e che -spesso conformemente alla legge- incrocia le braccia di fronte alle richieste della donna, ma altresì nei confronti del direttore della struttura.

Vi è di più; la legge delega il controllo e la garanzia dell'attuazione del divieto di obiezione di struttura alla Regione. Il presidente della Regione o l'assessore alla sanità deve, cioè, adoperarsi per l'emanazione di un atto che garantisca la presenza di un'equipe di personale non obiettore in ogni struttura. La realtà ci mostra, però, che quest'obbligo, che porterebbe ad indirizzare la denuncia ex art. 328 c.p. -o addirittura ex art. 340 c.p., per interruzione di pubblico servizio- anche nei confronti del presidente della Regione, non viene mai attuato.

L'unico precedente di denuncia ex art. 328 c.p. non diretta al medico obiettore riguarda il procedimento originato da una denuncia sporta nei confronti del legale rappresentante dell'istituto sanitario per violazione del divieto di obiezione di struttura, e risale al 1981¹⁸⁸. Detto processo si è concluso con un'assoluzione basata sull'insussistenza del reato, giacché la mancata organizzazione dei locali per effettuare l'aborto era conseguente a imperizia e negligenza e non a un volontario rifiuto. La pronuncia, però, non esclude una condanna del soggetto, né del presidente o assessore regionale, sottolineando che questi rivestono la qualità di pubblici ufficiali e sono soggetti al dovere di garantire l'accesso all'aborto a prescindere dalle concrete richieste. In particolare, sulla Regione grava un obbligo vero e proprio che non si configura come un mero controllo con responsabilità solo politiche, ma come un dovere di organizzare gli ospedali, garantire le risorse economiche per la strumentazione e i luoghi dove abortire, indicare un organo deputato all'attuazione del servizio in ogni struttura e poterlo anche sciogliere in difetto di adempimento. È sulla Regione che grava, cioè, la "garanzia dell'attuazione" concreta dell'accesso all'aborto.

¹⁸⁸ Pret. Milano, 27 gennaio 1981, cit. Sulla decisione si veda anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, p. 659 ss.

Nonostante ciò, nessun vertice regionale è mai stato condannato ex art. 328 c.p. e, forse complice anche questa circostanza, le Regioni continuano a prendere l'obbligo ex art. 9, comma 4, poco seriamente. Per usare le parole di Filomena Gallo, «la legge italiana [...] non riesce a tutelare sé stessa nel momento in cui prevede e garantisce l'accesso alle strutture ospedaliere al fine di interrompere la gravidanza, ma poi non assicura i mezzi e gli strumenti per rendere effettivo tale diritto»¹⁸⁹. Si tratta di una situazione insostenibile, che ricade senza dubbio nell'ambito delle omissioni e inerzie sanzionate anche dalla Corte EDU.

Quali le cause?

Sicuramente ha un ruolo la stessa formulazione della legge: il legislatore delega alla Regione, senza nemmeno fissare una scadenza, la competenza a garantire sostanzialmente l'intera attuazione di una legge che costituisce, soprattutto dopo i novanta giorni, espressione del diritto fondamentale alla salute della donna. In secondo luogo, la norma è formulata male perché non indica i meccanismi attraverso i quali la Regione deve adempiere questo fondamentale obbligo: la legge prospetta solamente una possibilità, quella della mobilità del personale, non escludendo ma neppure prescrivendo altri metodi.

Se è vero che la sanità è materia di competenza concorrente tra Stato e Regioni, bisogna altresì ricordare che l'aborto è una prestazione che, anche nel primo trimestre, è inclusa nei LEA, le cui caratteristiche essenziali sono la presa in carico statale del costo e la garanzia di uniformità di erogazione in tutta la Nazione. Spetta quindi solo al legislatore statale il potere/dovere di intervenire sulla normativa per garantire a tutti, nel territorio nazionale, l'accesso alle prestazioni essenziali¹⁹⁰. D'altronde, come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa in tema di aborto, la garanzia dei LEA non copre solo l'individuazione di standard strutturali e qualitativi delle prestazioni, ma anche le condizioni per l'accesso alle stesse, «giacché sarebbe del tutto illogico ritenere il contrario, e cioè che la norma costituzionale, pur avvertendo l'esigenza di assicurare prestazioni di contenuto minimo uniforme su tutto il territorio nazionale, lasci poi che ciascuna regione possa stabilire quando quelle prestazioni debbano essere assicurate ai cittadini»¹⁹¹.

Attribuendo alle Regioni la discrezionalità sui metodi per garantire la costante presenza di un'equipe di non obiettori in ogni struttura, la legge lascia a queste ultime, di fatto, la possibilità di stabilire quando e come le donne possano accedere all'aborto. Complice, come si è detto, l'assenza di condanne ex art. 328 c.p., la vaga formulazione della norma e, forse, anche l'avversione morale all'aborto, di fatto la maggior parte delle Regioni ha scelto di astenersi dall'adempiere a questo obbligo. Potevano scegliere, come è stato fatto per la P.M.A., di delineare, in sede di conferenza dei Presidenti regionali, delle linee d'azione comuni da adottare per garantire uniformemente la prestazione. Nulla è stato fatto prima e

¹⁸⁹ F. GALLO, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 204.

¹⁹⁰ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, cit.

¹⁹¹ T.A.R. Lombardia Milano, sent., 29 dicembre 2010, n. 7735, cit.

poco viene fatto ora.

Per tali ragioni è condivisibile la proposta di chi ritiene opportuno, «di fronte della conclamata incapacità delle Regioni e delle Province autonome», un intervento sostitutivo dello Stato ai sensi dell'art. 120, comma 2 Cost¹⁹². Sempre in tema di rilievi costituzionali sull'art. 9, comma 4, a seguito delle condanne del CEDS parte della dottrina ha ritenuto che la disposizione, più volte sanzionata, possa dirsi contraria all'art. 117 Cost., primo comma, nella parte in cui prevede che l'Italia debba adempiere agli obblighi internazionali¹⁹³. Tuttavia, bisogna rilevare che, sebbene la recente giurisprudenza costituzionale abbia ampiamente superato la teoria delle rime obbligate, un intervento della Consulta sull'art. 9 potrebbe fare ben poco di utile: non potrebbe introdurre l'obbligo di ricorrere alla mobilità e al reclutamento selettivo, non potrebbe dichiarare incostituzionale l'obiezione di coscienza¹⁹⁴, né servirebbe spostare la responsabilità dalle strutture sanitarie e dalle Regioni allo Stato.

Anche a voler spostare l'obbligo sull'attuazione del diritto all'aborto in capo al potere statale, cosa si potrebbe fare, in concreto?

Questa domanda ci riporta al vero problema, che risiede nella mancanza di personale non obiettore. La vera domanda da porsi è allora la seguente: come “creare” personale non obiettore?

È opportuno analizzare, ora, le soluzioni sperimentate nella pratica da alcune (purtroppo poche) Regioni. Successivamente si analizzeranno le soluzioni auspiccate dalla dottrina.

Nella pratica, risultano sperimentate solo due soluzioni: il ricorso alla mobilità del personale, già suggerito dalla legge, e il ricorso a forme di reclutamento differenziato, ossia a bandi volti a selezionare esclusivamente personale non obiettore; nella specie, soprattutto ginecologi, in considerazione del minor tasso di obiettori negli altri ambiti professionali. Una terza soluzione si potrebbe forse concretizzare a seguito della modifica delle linee guida sull'aborto farmacologico: l'introduzione del regime ambulatoriale e l'ampliamento del termine massimo per il ricorso alla RU-486 alla nona settimana, nonché l'introduzione della possibilità di accedere alla prestazione anche in consultorio, potrebbero costituire una notevole implementazione dell'accesso all'aborto¹⁹⁵. Tuttavia, è ancora presto

¹⁹² F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, cit., p. 119 ss.; A. ARCURI, *Il diritto ai tempi dell'obiezione di coscienza. Il caso San Camillo*, in *Federalismi.it*, 14/2017, p. 17.

¹⁹³ In tal senso, M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, cit., p. 100 ss.; B. LIBERALI, *“Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194”: una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia)*, in *Rivista AIC*, 1/2017, p. 5 ss. L'A. sottolinea che a seguito delle decisioni del CEDS e delle Risoluzioni del Comitato dei Ministri, si attende l'adozione di misure per il superamento delle criticità, misure delle quali l'Italia dovrà rendere conto in modo specifico. La tesi è ripresa in B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 673 ss., dove l'A. auspica, in difetto di un intervento del legislatore, il rilievo di una questione di legittimità costituzionale relativa, oltre alla violazione dell'art. 117 Cost., anche alla violazione di specifici parametri interni, nella parte in cui la legge lede i diritti delle donne, dei medici non obiettori e non individua le concrete misure atte ad assicurare l'accesso all'aborto. Tuttavia, considerato che difficilmente tale questione arriverà all'attenzione della Consulta, l'A. predilige un intervento del legislatore.

¹⁹⁴ Salvo i rilievi che si illustrano a fine paragrafo relativamente al solo aborto terapeutico.

¹⁹⁵ Una spinta decisiva per la risoluzione del problema dell'ampio numero degli obiettori si sarebbe potuta dare bloccando la possibilità di sollevare obiezione alla somministrazione della pillola del giorno dopo, oppure consentendo che detto

per valutare quest'eventualità.

Riguardo al primo, questo risulta un meccanismo poco utilizzato, come rileva la Relazione¹⁹⁶. Infatti, i pochi membri del personale non obiettori devono essere reperibili costantemente nella struttura nella quale lavorano. L'esiguo ricorso alla mobilità del personale ha fatto sì che, di fatto, si sviluppasse una prassi che potremmo definire come "mobilità della paziente": sarà infatti la donna a doversi recare nella città più vicina per ottenere la prestazione¹⁹⁷.

Riguardo al secondo metodo, di detti bandi si è già parlato relativamente al reclutamento di personale nel consultorio, nel quale, però, come si è visto, rilevano poco, in quanto, prima della modifica delle linee guida sull'aborto farmacologico del 2020 e tutt'ora in spregio a quest'ultima, nella maggior parte dei casi non si eseguono aborti¹⁹⁸.

Inizialmente in misura minore, e gradualmente in misura sempre maggiore, soprattutto dopo le condanne del CEDS, sono però emersi anche bandi di reclutamento differenziato nell'ambito degli ospedali, con l'intenzione di reclutare personale non obiettore che stabilmente o per un tempo determinato operi in struttura per garantire le prestazioni di cui alla legge 194/1978.

Questi bandi sono stati inizialmente sottoposti al vaglio della giurisprudenza amministrativa negli anni Ottanta; le sentenze dovevano sindacare la legittimità del licenziamento o della sospensione del rapporto lavorativo del professionista che, assunto con un bando selettivo, sollevasse poi obiezione di coscienza. Le decisioni che ne sono conseguite sono contrastanti: si è pronunciata a favore della possibilità di prevedere il licenziamento il T.A.R. dell'Emilia-Romagna¹⁹⁹. Ha negato, invece, la

farmaco potesse essere somministrato anche da altro tipo di personale sanitario, come ostetriche o infermieri (come nella realtà di fatto avviene). La somministrazione della pillola, che si concretizza nella consegna alla donna di due farmaci, dei quali solo il primo, quello che causa la morte del feto, viene assunto dalla donna in struttura mentre l'altro, quello che ne causa l'espulsione, viene assunto al proprio domicilio, è un'operazione che presenta un nesso di causalità estremamente attenuato rispetto all'aborto chirurgico. Al tempo della legge 194/1978 esisteva solo quest'ultimo; nel caso della consegna del farmaco, tuttavia, il medico non compie direttamente l'aborto, ma è l'azione del farmaco a causare l'effetto abortivo, farmaco che viene assunto dalla donna personalmente. Nel senso di escludere l'obiezione di coscienza alla somministrazione della Ru-486 si veda C. DEL BÒ, *L'obiezione di coscienza e la Ru-486*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, cit., p. 134 ss.

¹⁹⁶ *Relazione del ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/1978). Dati definitivi 2019 e dati preliminari 2020*, 16 settembre 2021 pp. 60-61.

¹⁹⁷ È quanto rilevato dalla stessa Relazione, *Ibid.*, pp. 7 e 32, che attesta come il 13,3 % degli aborti vengono effettuati da donne non residenti nella provincia di intervento e il 7,3 % in una Regione diversa da quella di residenza.

¹⁹⁸ Si ricordi anche la problematica relativa al fatto che per i consultori non esisterebbe, stando alla lettera dell'art. 9, comma 4, il divieto di obiezione di struttura. Tuttavia, relativamente al solo aborto farmacologico, devono ritenersi applicabili i meccanismi descritti volti ad arginare la presenza degli obiettori.

¹⁹⁹ T.A.R. Emilia-Romagna, 13 dicembre 1982, n. 289, in *Foro amm.*, I, 1983, p. 735 ss. citata anche in D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in *statoeche.it*, maggio 2011, p. 1 ss. Nel caso in esame il sanitario, dopo essere stato assunto con un bando riservato, inviò una lettera all'ospedale dichiarando di sollevare obiezione e di aver partecipato al bando solo per «non restare disoccupato», nella convinzione che sollevare obiezione non comportasse il licenziamento. Il T.A.R. dichiara le doglianze inammissibili in quanto il ricorrente non aveva impugnato il bando riservato; la sentenza si preoccupa però anche di motivare l'infondatezza delle doglianze: il «diritto all'obiezione [...] subisce un naturale limite nel caso in cui tale esercizio impedisca l'effettuazione del servizio per il quale il dipendente venne assunto, essendo peraltro consapevole delle prestazioni che gli sono state richieste». Unitamente a questa decisione viene spesso citata T.A.R. Campania, 3 maggio 1989, n. 78, in *Trib. amm. Reg.*, I, 1989, p. 2750 ss. Tuttavia, questa sentenza non riguarda il reclutamento differenziato, ma solamente l'obiezione sopravvenuta. Il ricorrente, infatti, che non era stato assunto tramite bandi riservati, solleva obiezione dopo aver lavorato sei anni nel

legittimità di questa tipologia di bandi il T.A.R. della Liguria, qualificandoli come un eccesso di potere del legislatore regionale, oltre che un meccanismo inutile in quanto incapace di vincolare il professionista *pro futuro*²⁰⁰.

Di recente i bandi per il reclutamento differenziato sono stati adottati nella Regione Lazio, specificamente nell'ospedale San Camillo e nel Policlinico Umberto I di Roma, nonché nell'AOU Ciaccio di Catanzaro, in Puglia e infine a Pescara, in Abruzzo. Vi è una differenza particolarmente importante nell'impostazione dei bandi adottati in Lazio rispetto a quelli pugliesi e abruzzesi: mentre i primi utilizzano una formula indiretta, dichiarando di selezionare professionisti per l'applicazione esclusiva e totale della legge 194/1978, i secondi richiedono esplicitamente che i candidati non siano obiettori di coscienza, escludendo questi ultimi dall'accesso al concorso²⁰¹. Si segnala, inoltre, che nel 2018, inaugurando una pratica che si auspica possa diventare un modello per le altre Regioni, il Consiglio regionale del Piemonte ha adottato una delibera recante "Indirizzi e criteri per garantire l'effettivo accesso alle procedure" per l'aborto, delineando le linee guida che gli ospedali e le case di cura autorizzate dovranno seguire in caso di carenza di personale non obiettore, autorizzandoli, in primo luogo, ad attuare meccanismi di mobilità del personale e, in caso di insufficienza degli stessi, ad attuare metodi di reclutamento differenziato²⁰².

Poiché nessuno di questi bandi o atti risulta oggetto di una decisione della giurisprudenza amministrativa, è stata la dottrina ad interrogarsi sulla loro legittimità e, in particolare, sul loro carattere discriminatorio.

La dottrina considera questi bandi legittimi e non discriminatori: la differenza di trattamento sarebbe giustificata, infatti, dall'impellente necessità di porre rimedio alla situazione italiana, che configura una violazione dei diritti umani così grave da porsi in contrasto non solo col diritto interno, ma anche con quello internazionale²⁰³. Quanto agli effetti dell'eventuale obiezione di coscienza sopravvenuta, la

reparto di ostetricia. Il Tribunale amministrativo sanziona l'amministrazione ospedaliera per averlo sanzionato con un provvedimento di dispensa, affermando che, essendovi altre mansioni che questi poteva svolgere, il dipendente poteva essere trasferito ad altro reparto o comunque il datore doveva adottare altri rimedi forniti dall'ordinamento.

²⁰⁰ T.A.R. Liguria, 3 luglio 1980, n. 396, in *Il Foro amministrativo*, 1980, I, p. 2172 ss., commentata anche in P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, cit., p. 183.

²⁰¹ Illustra tutti i bandi citati M. C. CARBONE, *L'interruzione volontaria di gravidanza tra esercizio della funzione pubblica sanitaria e libertà di autodeterminazione. Alcune osservazioni sui concorsi "riservati" a medici non obiettori*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 1291 ss.

²⁰² Delibera Cons. Reg. Piemonte n. 300 del 3 luglio 2018. La delibera chiarisce altresì il divieto di sollevare obiezione alle attività di consulenza e rilascio del certificato ex art. 5 all'interno dei consultori.

²⁰³ Si veda B. LIBERALI, "Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194": una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?, cit., p. 1 ss. Sulla scelta delle motivazioni indicate, l'A. avalla la legittimità sia dei bandi romani che di quello, più esplicito, pugliese, sottolineando l'inutilità dell'assunzione di altri medici obiettori, con conseguente inutile aggravio delle spese del sistema sanitario regionale che si troverebbe a dover comunque assumere altro personale per garantire le prestazioni ex l. 194/1978. M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 350 ss. L'A. sottolinea come entrambe le tipologie di bando non siano discriminatorie e, anzi, siano i bandi romani, con selezione di carattere implicito, quelli più criticabili, in quanto indice di una pericolosa inversione per uno Stato laico: «se davvero la coscienza individuale diventasse il punto di riferimento per ogni cittadino, sia pure nell'esercizio di funzioni pubbliche, come è quella del medico, nell'applicazione della legge, potremmo assistere inevitabilmente alla disgregazione dello Stato laico e pluralista».

maggior parte della dottrina sostiene che il medico possa comunque esercitare questo diritto e che l'obiezione debba avere gli effetti di legge; specificamente, alcuni autori differenziano l'ipotesi dell'obiezione sollevata nel periodo di prova da quella sollevata successivamente, affermando che solo nel primo caso si potrebbe interrompere il rapporto lavorativo²⁰⁴. Si è anche ipotizzato di prevedere, se non il licenziamento, che la struttura sanitaria possa trattenere parte della retribuzione dell'obiettore sopravvenuto assunto tramite bandi riservati, oppure che si possa bloccare gli scatti di carriera²⁰⁵.

Resta isolata, ma condivisibile, la posizione di chi sostiene la possibilità di interrompere il rapporto sulla base del fatto che, a differenza degli altri colleghi, il personale reclutato con bandi riservati si impegna in maniera specifica a svolgere esclusivamente queste mansioni, sicché il licenziamento sarebbe legato, appunto, all'impossibilità di ricollocare il soggetto nello svolgimento di altre mansioni o in diversi reparti²⁰⁶. In effetti, l'esclusività della prestazione che il professionista si obbliga ad effettuare, emerge

D. PARIS, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge*, cit., in *Ibid.*, p. 353 ss., che riconosce che i bandi rispettano il criterio di proporzionalità nel bilanciamento tra sacrificio della libertà di coscienza del personale e necessità di attuazione dell'interruzione di gravidanza. A. BURATTI, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, in *Ibid.*, p. 357 ss.; L'A conclude che la distinzione tra obiettori e non nel bando «risulta ragionevole e conforme alla Costituzione». M. C. CARBONE, *L'interruzione volontaria di gravidanza tra esercizio della funzione pubblica sanitaria e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 1291 ss. Secondo l'A sarebbero costituzionalmente compatibili e non discriminatori solo i bandi a formulazione implicita. Questi ultimi non sarebbero discriminatori sia perché necessitati dalla situazione concreta, sia perché non lederebbero la posizione degli obiettori già assunti nell'organico, sia perché conformi al principio già affermato dalla giurisprudenza costituzionale relativamente alla possibilità di differenziare le condizioni per l'accesso a pubblici uffici in caso sussistano particolari e razionali motivi di più idonea organizzazione dei servizi «quando il requisito "discriminatorio" medesimo sia ricollegabile, come mezzo al fine, all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato». Altresì, l'A. considera la ragionevolezza della scelta rispetto ai vincoli di spesa della P.A., che viceversa si vedrebbe costretta ad assumere personale alla cieca nella speranza di reclutare non obiettori. Infine, si veda A. ARCURI, *Il diritto ai tempi dell'obiezione di coscienza. Il caso San Camillo*, cit., p. 1 ss. Secondo l'A. questi bandi non lederebbero i non obiettori e, in ogni caso, anche se un pregiudizio ci fosse, lo stesso sarebbe ampiamente giustificato, proporzionato e funzionale alla gestione della spesa pubblica. Non sembra ripresa dalla dottrina l'argomentazione sul carattere non discriminatorio dei bandi resa in T.A.R. Puglia, 14 settembre 2010, n. 3477, cit., che rinvia all'art. 3 del d.lgs. 216/2003 di attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Detto articolo consente, infatti, le differenze di trattamento basate non su motivi legati alla razza, religione, etc., ma giustificate dal fatto che le caratteristiche personali influiscono sull'espletamento dell'attività lavorativa.

²⁰⁴ Detta questione, si è visto, è stata oggetto di due pronunce giurisprudenziali di segno opposto (note 199 e 200). In dottrina, a favore della possibilità di sollevare obiezione come previsto per legge, nonostante l'accesso mediante bandi riservati, si veda F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, cit., p. 119; I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978*, cit., p. 122. Differenziano l'ipotesi dell'obiezione sollevata prima o dopo il periodo di prova A. BURATTI, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, cit., p. 359; l'A. specifica che, come da contratti collettivi del settore, il periodo di prova dura sei mesi, durante i quali entrambe le parti possono recedere dal rapporto, a condizione di motivare detta scelta. Esaurito questo periodo, il Ccnl non prevede la possibilità di un licenziamento legata all'obiezione e, anzi, secondo l'A. un contratto che preveda un licenziamento automatico per tali cause sarebbe un rimedio illegittimo e sproporzionato rispetto al fine di garantire la continuità del servizio. Fa la stessa distinzione M. C. CARBONE, *L'interruzione volontaria di gravidanza tra esercizio della funzione pubblica sanitaria e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 1318 ss. Anche l'A. boccia soluzioni come il licenziamento automatico, la riduzione dello stipendio o il blocco degli scatti di carriera, affermando, però, che nell'estrema ipotesi in cui fosse possibile ricollocare il neo-obiettore ad altri reparti o mansioni questi possa essere licenziato per giusta causa.

²⁰⁵ È l'ipotesi di F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, cit., p. 119 ss., ripresa anche da M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 386, che però si configurerebbe come una sanzione sproporzionata e irragionevole per l'obiettore sopravvenuto. L'A. riprende tale proposta anche in F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 181, e conclude constatando come l'attuale quadro sull'esercizio del diritto di obiezione di coscienza certifichi un ampio abuso del diritto, che porta all'abusività della stessa applicazione dell'art. 9 sotto il profilo civilistico e costituzionale.

²⁰⁶ Così A. ARCURI, *Il diritto ai tempi dell'obiezione di coscienza. Il caso San Camillo*, cit., p. 18 ss. L'A. argomenta la propria tesi

chiaramente sia dai bandi del San Camillo, volti a selezionare personale «per l'applicazione della legge 194/1978», sia dal bando del Policlinico Umberto I, che seleziona personale «per l'esclusiva e totale applicazione della legge n. 194», formula analoga a quella contenuta nel bando dell'ASL di Pescara²⁰⁷. Se è vero che la ragione per la quale l'obiezione di coscienza è assente nell'ambito della PMA risiede principalmente nell'impossibilità di adibire il personale ad altre mansioni, e se è vero che la P. A. ha dei vincoli di spesa tali da non poter assumere personale che non svolga prestazioni funzionali al buon andamento dell'amministrazione, il licenziamento appare, allora, una scelta legittima oltre che doverosa e obbligata²⁰⁸.

Con riferimento alle soluzioni auspiccate dalla dottrina per l'assenza di personale non obiettore in ogni struttura.

Collegandoci al discorso appena concluso, non stupisce che l'opinione maggioritaria reputi i bandi riservati una tecnica che, seppur auspicabile o addirittura doverosa, non sia risolutiva del problema²⁰⁹. A favore della loro adozione si è espresso anche in CNB²¹⁰; la prassi pare, inoltre, certificata anche

richiamando anche la giurisprudenza del T.A.R. sull'illegittimità del licenziamento per obiezione sopravvenuta (nota 200) sottolineando che la condanna della risoluzione del rapporto sarebbe basata proprio sulla possibilità di ricollocare l'obiettore ad altre mansioni, viceversa avallandosi il licenziamento ove il medico fosse esclusivamente adibito ad effettuare aborti. L'A. cita, inoltre, un'intervista dello stesso direttore del San Camillo, il quale afferma che, in caso di sopravvenuta obiezione dopo il periodo di prova, il personale sarà collocato in mobilità, dunque trasferito in altre sedi, o addirittura licenziato per esubero del personale. Questa soluzione sembra quella suggerita, seppur come *extrema ratio*, da M. C. CARBONE, citata in nota *supra*.

²⁰⁷ Estratti tratti da M. C. CARBONE, *L'interruzione volontaria di gravidanza tra esercizio della funzione pubblica sanitaria e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 1291 ss. e B. LIBERALI, "Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194", cit., p. 1 ss. Diversamente, sembra che il bando dell'ospedale Ciaccio della Puglia faccia riferimento solo al fatto di non essere obiettori di coscienza.

²⁰⁸ Relativamente all'obiezione nell'ambito della PMA, si ricordi che un valido deterrente è costituito anche dal percorso formativo altamente specializzato che deve seguire il professionista per anni. Si veda *supra*, cap. 3, sez. 4, par. 6. Avalla questo parallelo la circostanza, riportata in B. LIBERALI, "Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194", cit., p. 13 ss., che, in un bando di un ospedale di Rovigo volto a selezionare un dirigente biologo per effettuare PMA, lo stesso contratto preveda espressamente che, in considerazione della «infungibilità della figura professionale ricercata, costituisce giusta causa di recesso dell'Azienda ex art. 2119 c.c. l'eventuale comunicazione [...] di 'obiezione di coscienza' [...] ai sensi dell'art. 16 della Legge 40/2004 – in quanto la prestazione lavorativa diverrebbe oggettivamente inesigibile».

²⁰⁹ Così F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978*, cit., p. 119; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, cit., p. 29, che sottolinea come tali bandi siano utilizzati anche in altri Stati europei, come in Norvegia; I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978*, cit., p. 122, la quale sottolinea l'impossibilità non solo di precludere l'obiezione sopravvenuta, ma anche di arginare o prevenire il problema delle obiezioni non genuine; M. C. CARBONE, *L'interruzione volontaria di gravidanza tra esercizio della funzione pubblica sanitaria e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 1313 ss., che sottolinea altresì l'inconfigurabilità della preclusione di sollevare obiezione per un determinato lasso di tempo; M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 380 ss., che conclude constatando che l'obiezione sopravvenuta costituisce un ostacolo non superabile. Particolare, infine, la posizione di A. ARCURI, *Il diritto ai tempi dell'obiezione di coscienza. Il caso San Camillo*, cit., p. 16 ss.: l'A. auspica la diffusione dell'utilizzo dei bandi riservati, sia perché necessari a garantire l'uniformità nell'accesso all'aborto a livello nazionale, sia perché contribuirebbero a ridurre la discriminazione del personale obiettore, attualmente spesso costretto a adattarsi al meccanismo cosiddetto "a gettone", ossia a tempo determinato. Tuttavia, pur sostenendo, come si è visto, la possibilità di licenziare il personale assunto con bandi riservati che sollevi obiezione di coscienza, egli conclude che «queste soluzioni sono comunque nulla più che palliativi, assolutamente insufficienti fino a quando non si deciderà di intervenire sulla causa della patologia: l'inconcepibile ed ingiustificato privilegio mantenuto da un'obiezione dalla natura incomprensibilmente disinvolta che, non imponendo prestazioni alternative ai medici obiettori, crea tutti i fattori favorevoli perché si producano obiezioni c.d. pretestuose».

²¹⁰ *Obiezione di coscienza e bioetica*, 12 luglio 2012, in cui il CNB raccomanda l'adozione di forme di «reclutamento differenziato atte a equilibrare [...] il numero degli obiettori e dei non obiettori».

dall'ultima Relazione²¹¹.

Tuttavia, sembra potersi rilevare che la diffusione di bandi riservati, con possibilità di licenziamento o collocamento in mobilità del personale che sollevi obiezione, seppur certamente efficace, finisca, però, per penalizzare e discriminare ulteriormente la ridotta e già sofferente categoria dei medici non obiettori. Chi decide, volontariamente, di non sollevare obiezione di coscienza, si ritrova oggi a dover essere reperibile sempre, a doversi prestare alla mobilità in caso di necessità²¹², a dover fare solo aborti per la maggior parte della settimana lavorativa. Con la diffusione dei bandi riservati, correrà altresì il rischio di dover essere assunto solo a tempo determinato²¹³ e di subire un licenziamento o trasferimento nel caso in cui sollevi un'obiezione di coscienza, seppur sincera e giustificata da autentico pentimento. In definitiva, ancora una volta il peso dell'attuazione della legge sembra ricadere sui pochi "volontari" che decidono di aiutare le donne in difficoltà. Il peso dovrebbe essere, invece, ripartito equamente anche sugli obiettori. È un discorso che si riprenderà alla conclusione del presente paragrafo.

Proseguendo l'esposizione delle soluzioni auspiccate dalla dottrina, si è ipotizzata l'introduzione di incentivi economici per i non obiettori; o indiretti, legati alla riduzione dello stipendio degli obiettori, o diretti, legati all'aumento del loro stipendio²¹⁴. Giustamente, si è però sottolineata la scarsa efficacia di detti incentivi economici, i quali, considerato che graverebbero sulle casse pubbliche, dovrebbero necessariamente essere contenuti; a fronte delle responsabilità maggiori di cui si fa carico il non obiettore, questi incentivi influenzerebbero solo i professionisti in difficoltà economica²¹⁵.

Si è auspicata altresì l'introduzione di sanzioni disciplinari e soprattutto penali a presidio della sincerità dell'obiezione²¹⁶; questa proposta, però, risulta inattuabile, per l'impossibilità, come si è visto,

²¹¹ *Relazione del ministro della salute*, cit., 16 settembre 2021, che a pagina 61, dando quasi per scontata la controversa ammissibilità di detti bandi, afferma che «già ad oggi, è possibile attuare sia forme di mobilità del personale sia forme di reclutamento differenziato, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria regionale».

²¹² Critica l'utilizzo della mobilità del personale non obiettore, quale proposta non risolutiva e capace di minare la continuità assistenziale B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 667 ss., che ne sottolinea anche il carattere discriminatorio e l'attitudine a compromettere la posizione lavorativa dei non obiettori, costretti ad eseguire aborti in diversi centri in Italia.

²¹³ Circostanza presente, ad esempio, nel bando del Policlinico Umberto I, che assume il professionista per una collaborazione coordinata e continuativa di un anno. La circostanza è verosimilmente dovuta al rischio di impossibilità di licenziamento per obiezione sopravvenuta.

²¹⁴ Depone a favore dell'aumento diretto dello stipendio dei non obiettori Paolo Veronesi intervistato da Chiara Lalli, in C. LALLI, *C'è chi dice no: dalla leva all'aborto*, cit., p. 169 ss. Dà atto della proposta di introdurre un'indennità per i non obiettori, avanzata nelle sedute della Camera dei deputati dell'11 gennaio 2006, tenute nell'ambito dell'indagine conoscitiva della XII Commissione sull'applicazione della legge 194/1978, F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 181. L'A. ipotizza anche la riduzione della retribuzione del non obiettore assunto coi bandi riservati che sollevi obiezione. Per la riduzione si veda anche il testo della Iadicicco citato in nota seguente.

²¹⁵ Così M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 386; P.A. sottolinea altresì che la riduzione dello stipendio degli obiettori si configurerebbe quale contributo volto a tamponare l'aggravio della spesa pubblica da questi creato, consistente nella continua ricerca e assunzione, da parte della P. A., di medici per svolgere le prestazioni che questi rifiutano.

²¹⁶ Così F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 180: «la mendacità della dichiarazione di obiezione dovrebbe essere presidiata da un'apposita fattispecie incriminatrice [...] in ogni caso assistita dalla pena accessoria dell'interdizione dall'esercizio della professione medica». Si noti che lo svolgimento di aborti nel privato dietro pagamento costituisce reato ai sensi degli artt. 18 (poi abrogato dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 e confluito nell'art. 593 ter c.p., inserito nel Capo *Dei delitti contro la maternità*) e 19 della l. 194/1978, che prevede, inoltre, l'aggravante per coloro che hanno

di sindacare la sincerità delle ragioni di coscienza del professionista. Si è anche auspicato un maggiore ricorso al privato, aumentando le convenzioni con le case di cura²¹⁷: su questa condivisibile proposta, che costituisce il modello accolto in vari Stati europei nei quali l'obiezione non impedisce l'attuazione della legge, si tornerà nelle conclusioni.

Ancora, si è ipotizzato di introdurre il cosiddetto "obbligo di rinvio" come prestazione sostitutiva, ossia l'obbligo, in capo al medico obiettore, di indirizzare la paziente da un collega non obiettore²¹⁸, o la creazione di un albo pubblico dei medici obiettori²¹⁹. L'introduzione dell'obbligo di rinvio è certamente auspicabile e condivisibile, giacché, stante l'impossibilità di controllare un registro degli obiettori, consentirebbe alle donne di contare sulla sicurezza di sapere subito a chi rivolgersi, o meglio, di poterlo sapere dopo essersi rivolte inutilmente a una sola struttura. Ad oggi, come si è visto, vi sono Regioni nelle quali solo due strutture su sette effettuano l'aborto, e la donna rischia di doversi rivolgere a varie strutture sbagliate prima di trovare quella dove è possibile abortire. Tuttavia, un'implementazione ottimale di tale obbligo dovrebbe imporlo anche direttamente in capo al primo soggetto al quale la donna si rivolge, ossia il consultorio o il medico di fiducia; nei casi più gravi, invece, in cui la donna si rivolge direttamente all'ospedale, sarebbe allora il medico obiettore a rinviare la donna a un'altra struttura e permarrebbe il rischio di recarsi in una struttura dove non si eseguono aborti.

Come sottolinea l'autore che auspica l'introduzione dell'obbligo di rinvio, lo stesso, come ogni altra prestazione sostitutiva, è sempre stato scartato dal legislatore del 1978 che ha deciso «di affidare il compito di assicurare l'applicazione della legge non già ai singoli medici, bensì alle strutture ospedaliere con l'ausilio delle Regioni»²²⁰.

Restano sulla carta le ipotesi volte a introdurre una percentuale minima del 50% di personale non obiettore in ogni struttura²²¹, essendo noto che il tasso di ginecologi obiettori non consente di concretizzare questa soluzione.

Constatata la non risolutività di tutte le soluzioni proposte, occorre allora soffermarsi di nuovo sul problema iniziale: come creare nuovi medici non obiettori? Una soluzione adeguata deve gravare su

sollevato obiezione di coscienza.

²¹⁷ Così D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011, p. 191. Proposta avversata da B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 668, che sostiene sia contraria allo spirito pubblicistico della legge 194/1978 e che comunque non risolverebbe il problema della difficoltà di accesso all'aborto terapeutico, che si può eseguire solo in ospedale.

²¹⁸ È la singolare e pregevole tesi di I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, cit., p. 19 ss., che sottolinea come tale obbligo sussista in Francia, Portogallo e Belgio.

²¹⁹ Così F. GALLO, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 185. Si tratta però di un registro che difficilmente potrebbe dirsi compatibile col rispetto dei dati sensibili dei soggetti; un simile registro potrebbe al più circolare solo tra il personale delle strutture autorizzate all'aborto.

²²⁰ I. DOMENICI, *Ibid.*, p. 29. Detta affermazione, ossia che l'applicazione non grava sui singoli medici è assai ricorrente perché rispecchia in maniera efficace l'impostazione legislativa. Tra gli altri, si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 605.

²²¹ Soluzione inserita nella proposta di legge del deputato Maurizio Turco n. 1858 del 26 ottobre 2006, di cui dà atto F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 181 e suggerita da T.A.R. Puglia, 14 settembre 2010, n. 3477, cit.

entrambi i medici, obiettori e non.

La responsabilità delle Regioni e delle strutture sanitarie, infatti, si concretizza in scelte organizzative che, sostanzialmente, ricadono sui singoli medici, proprio come scongiurava il legislatore del 1978. Ciò era prevedibile: data una prestazione obbligatoria che nessuno vuole eseguire, è necessario introdurre dei meccanismi sanzionatori o dei deterrenti per indurre i professionisti a svolgerla. Dette scelte, attualmente, ricadono, però, solo sul personale non obiettore: mobilità del personale (non obiettore); minaccia di licenziamento o trasferimento del personale (non obiettore); utilizzo di assunzioni a tempo determinato per il personale (sempre non obiettore). Anche se si applicano nei confronti dell'obiettore sopravvenuto, le sanzioni minacciate in caso di obiezione sollevata dal medico assunto coi bandi riservati finiscono sempre per colpire e disincentivare il mancato esercizio del diritto all'obiezione: solo il non obiettore avrà paura di esternare un sincero pentimento, mentre chi è da sempre stato obiettore non avrà timore di alcuna sanzione.

Solo la dottrina ha auspicato l'introduzione di meccanismi premiali dei non obiettori (aumento stipendio) o perlomeno di prestazioni sostitutive a carico degli obiettori (obbligo di rinvio).

L'esperienza dei bandi riservati nelle A.S.L. dimostra, allora, l'ineffettività della clausola ex art. 9, quarto comma, sia perché di fatto sono poche le Regioni che si son premurate di apprestare -o almeno tentare di apprestare- tutela all'effettività del diritto all'aborto; sia perché genera un'enorme differenza nell'accessibilità del trattamento a livello territoriale, in contrasto con l'uniformità nell'erogazione dei LEA. Ciò dipende non solo dalla volontà della Regione o della struttura sanitaria di attivare forme di reclutamento differenziato, ma altresì dalla sorte che seguirà alle stesse dopo eventuali ricorsi al TAR, sebbene, attualmente, questi bandi sembrano pacificamente acquisiti alla prassi.

Tra l'altro, in oltre quarant'anni di applicazione della legge non è emerso un metodo più efficace di quello in esame, tant'è che lo stesso legislatore, già negli anni Ottanta, conscio delle problematiche attuative della legge, con il decreto-legge 678/1981 ha previsto una deroga al blocco degli organici delle A.S.L. per le assunzioni di ginecologi per attuare la l. 194/1978²²². Infine, i bandi riservati, per usare le parole di Marilisa D'Amico, dimostrano una «totale inversione del corretto rapporto che dovrebbe sussistere, in uno Stato laico, fra l'applicazione di una legge a contenuto costituzionalmente vincolato» e la tutela del nascituro e della coscienza del medico²²³.

Al termine di quest'analisi l'unica conclusione che si può trarre è nel senso dell'attuale ineffettività

²²² Riconduce la *ratio* della deroga alla volontà di implementare l'applicazione della legge 194/1978 A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., p. 150 ss. Il decreto è stato poi convertito nella legge 12/1982. La deroga è prevista all'art. 1, comma 5, che recita: «l'ampliamento delle piante organiche e la contestuale copertura dei relativi posti possono essere disposti direttamente dalle Regioni, con deliberazione dei consigli regionali, per i servizi e strutture sanitari finalizzati all'attuazione delle leggi [...] e 22 maggio 1978, n. 194, nel limite della quota del Fondo sanitario nazionale assegnata a ciascuna Regione e delle somme alle stesse spettanti sugli stanziamenti previsti dalle leggi medesime e da attribuirsi alle unità sanitarie locali».

²²³ M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, cit., p. 350.

della legge e della non risolutività di tutti gli interventi attuati e proposti. O meglio, il meccanismo di reclutamento selettivo è certamente efficace, ma dev'essere accompagnato dalla garanzia di trasferimento o licenziamento dell'obiettore sopravvenuto e dall'obbligo di essere attivato in tutte le strutture autorizzate ad eseguire aborti. Questa considerazione prelude a un ultimo rilievo sulle tesi auspiccate in dottrina, che volutamente si è scelto di affrontare alla fine del paragrafo.

Ci si vuole interrogare, cioè, sulla possibilità, scartata dalla maggior parte della dottrina²²⁴, di eliminare o almeno erodere l'ambito del diritto di obiezione di coscienza.

Infatti, l'impressione che si ha di fronte all'applicazione dell'art. 9 non è quella della giusta preservazione della coscienza degli obiettori, bensì quella di trovarsi di fronte a una legge *in fraudem constitutionis*²²⁵, che, sebbene formalmente non leda la Carta, ne violi concretamente lo spirito. Nel 1997 la Corte ha dichiarato che «spetta innanzitutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale [...] da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà [...] che la Costituzione (art. 2) impone, dall'altro, affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi»²²⁶. Ebbene, il punto di equilibrio individuato dal legislatore del 1978 si è dimostrato essere del tutto “fuori asse”, giacché l'attuazione della legge, come si è ampiamente argomentato, finisce per gravare sui soli medici che, volontariamente, scelgono di non esercitare il diritto di obiezione di coscienza e prestarsi agli ulteriori gravosi obblighi della legge 194/1978.

Il primo punto da prendere in considerazione per verificare la possibilità di erodere l'ambito dell'obiezione ex art. 9 riguarda l'argomento, spesso citato, dell'opportunità di riconoscere questo diritto relativamente a prestazioni incluse in una professione liberamente scelta, tanto più se questa professione viene esercitata nel settore pubblico e rivestendo le qualità di incaricato di pubblico servizio²²⁷. In questi casi, giacché non si tratta di prestazioni imposte a chiunque, il nucleo essenziale della libertà di coscienza

²²⁴ È favorevole all'eliminazione del diritto di sollevare obiezione di coscienza all'aborto F. GALLO, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 190, la quale afferma che detto diritto, a decenni di distanza dall'introduzione della legge «non ha alcun tipo di fondamento logico e giuridico». Nel senso dell'inopportunità di mantenere il diritto all'obiezione se non per la fase transitoria conseguita all'introduzione della legge 194/1978 si sono espressi alcuni contributi del volume P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, cit.: così C. A. VIANO, *La coscienza: voci e mistificazioni*, p. 26 ss.; S. RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, pp. 29-35; P. DONATELLI, *Coscienza, libertà e professioni sanitarie*, p. 95 ss., il quale in maniera particolarmente efficace sottolinea la profonda differenza tra obiezione alla leva obbligatoria e ai trattamenti sanitari, affermando che «nel momento in cui la coscrizione è su base volontaria le basi per parlare di obiezione di coscienza cadono [...] poiché [...] tutte le professioni sono scelte su base volontaria, la nozione di obiezione di coscienza è di per sé mal posta e andrebbe usata perlomeno un'altra espressione per segnalare la differenza concettuale»; C. RICCIARDI, *Obiezione di coscienza e sanità pubblica*, pp. 129-130, il quale valorizza la volontarietà della professione medica e critica la possibilità di sollevare obiezione all'aborto terapeutico.

²²⁵ Suggestiva espressione usata in A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, p. 118, per descrivere i presupposti del *fumus boni iuris* preliminare al giudizio di bilanciamento costituzionale.

²²⁶ Punto 5 dei Considerato in diritto di Corte cost., 20 febbraio 1997, n. 43, cit.

²²⁷ Sulla “fedeltà qualificata” dei cittadini incaricati di svolgere pubbliche funzioni si veda F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., p. 75 ss.

dovrebbe intendersi salvaguardato dalla possibilità di scegliere un'altra professione, soprattutto quando la realtà dimostra che una diversa interpretazione lederebbe i diritti fondamentali degli altri consociati²²⁸. La stessa Corte costituzionale ammette la possibilità di escludere il diritto di obiezione quando, «secondo valutazioni rientranti nell'ambito della sua discrezionalità, il legislatore ritenga che l'ordinato vivere sociale non consenta di riconoscere ai singoli il diritto di sottrarsi unilateralmente e incondizionatamente all'adempimento dei doveri di solidarietà»²²⁹. La differenziazione tra prestazioni gravanti su tutti i cittadini e prestazioni connesse a uffici volontariamente assunti è presente anche nella giurisprudenza costituzionale sul giuramento²³⁰.

Sembrerebbe che il discrimine della possibilità di obiettare per il professionista operante nel pubblico servizio possa risiedere nel carattere principale o collaterale della prestazione riacquisita: solo nel secondo caso si potrebbe obiettare, mentre l'obiettore non potrebbe esimersi dalla stragrande maggioranza dei suoi doveri. Ma anche a voler considerare questo criterio il costo del riconoscimento dell'obiezione è comunque insostenibile.

Analizzando l'adeguatezza del bilanciamento tra il diritto all'obiezione di coscienza e il diritto all'autodeterminazione e alla salute della donna all'interno della legge 194/1978, il mezzo di tutela apprestato dall'art. 9 sembrerebbe astrattamente idoneo a preservare sia la coscienza del medico che i diritti della donna. La disposizione supera il vaglio di ragionevolezza, ma non sembra idonea a concretizzare un ottimale bilanciamento tra diritti, che sussiste solo laddove la norma impugnata comporti il minor sacrificio dell'interesse antagonista e ne assicuri l'operatività del nucleo essenziale.

Bisogna a questo punto effettuare un discrimine tra aborto terapeutico e aborto nel primo trimestre.

Si è già argomentato sull'opportunità di ancorare la prima tipologia principalmente alla tutela della salute, trattandosi di aborto sostanzialmente involontario, dovuto a patologie della donna e del feto, mentre l'autodeterminazione rileva in secondo piano, come autodeterminazione del paziente, tant'è che neppure vi è possibilità di un colloquio dissuasivo. Viceversa, nella seconda tipologia rileva perlopiù

²²⁸ È l'interpretazione fatta propria dalla Corte E.D.U. in *Pichon e Sajous contro Francia*, cit.; *Grimmark c. Svezia* e *Steen c. Svezia*, cit., che esclude la sfera professionale dall'ambito di manifestazione della coscienza. Viceversa, si dovrebbe riconoscere l'obiezione per ogni professionista, ad esempio l'obiezione dell'avvocato all'obbligo di difesa dell'imputato che abbia compiuto reati contrari alla coscienza del legale. Invero, un precedente testimonia di un avvocato che ha chiesto di essere esentato da una difesa d'ufficio per motivi di coscienza: è il caso esaminato da Cass. civ., Sez. Unite, 02 aprile 2003, n. 5075, in *leggiditaliaprofessionale.it*, originato dal ricorso di un avvocato contro la condanna del C.N.F. per violazione dell'art. 31 R.D. 3282/1923. La Corte rigetta il ricorso e avalla la *ratio* della condanna, stante l'inqualificabilità dei meri motivi di coscienza personale come "grave e giustificato motivo" ex art. 31 cit. Tuttavia, non si trattava di motivi legati alla coscienza nel senso inteso in questo lavoro, in quanto dall'analisi del fatto emerge che i motivi del rifiuto del professionista erano legati all'asserita mancanza di rapporto fiduciario per l'atteggiamento sgarbato della cliente.

²²⁹ Corte cost., 20 febbraio 1997, n. 43, cit. Si veda anche punto 4 dei Considerato in diritto di Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467, cit., che tutela l'obiezione «quando sia *ragionevolmente* necessaria per la garanzia del nucleo essenziale di un diritto inviolabile» e quando le espressioni coscienziali «non risultino *irragionevolmente* comprese nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti *ingiustificatamente* posti»; e Corte cost., 5 maggio 1995, n. 149, (in *giuricost.org*) cit., che condanna le prestazioni obbligatorie che possano «rappresentare un *ingiustificato* ostacolo alla piena garanzia del valore costituzionale della libertà di coscienza» (corsivi miei).

²³⁰ Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 117, cit. Per approfondimenti *infra*, cap. 3, sez. 4, par. 4.

l'autodeterminazione, non essendoci indicazioni cliniche per l'intervento, e la tutela della salute rileva solo considerando che, mancando l'aborto, l'alternativa sarebbe una gravidanza forzata che certamente lederebbe la salute della donna²³¹.

Si è anche visto che l'aborto terapeutico è espressione del diritto alla salute, unico diritto che la nostra Carta qualifica come fondamentale, (tant'è che subito la Corte costituzionale ne ha riconosciuto il carattere di prestazione a contenuto costituzionalmente vincolato) e che è qualificato come diritto umano dal Comitato dei diritti dell'uomo istituito nell'ambito dell'ONU. Le condanne del CEDS nei confronti dell'Italia, rese su ricorsi di organizzazioni, non riferiscono vicende di soggetti singoli, ma testimoniano l'insostenibilità dell'attuale situazione applicativa della legge.

Troppo spesso ci si riferisce alla situazione della gestante nei primi novanta giorni, accusandola di "embrionicidio"²³² e di accanimento verso una vita indifesa; ci si dimentica, però, che la sovra-tutela dell'obiezione colpisce anche donne che desideravano avere un figlio, eppure sono costrette ad interrompere la gravidanza per sopravvenienza di anomalie fetali o patologie personali, come tumori, metrorragia, pre-eclampsia, miopia gravemente degenerativa, psicosi. Queste donne sono anch'esse vittime dell'abuso dell'obiezione di coscienza, tant'è che l'episodio citato dell'aborto in bagno in Sicilia (Regione che conta oltre l'85% di obiettori), era relativo a un caso di aborto terapeutico.

È allora evidente l'urgenza di modificare la normativa e soprattutto di far gravare il peso dell'attuazione della legge, che necessariamente ricade su dei medici, non sui soli medici non obiettori, ma su tutta la categoria.

Su questo sfondo trovano spazio le argomentazioni per fondare l'eliminazione dell'obiezione di coscienza limitatamente al solo aborto terapeutico, mediante l'intervento del legislatore o della Corte costituzionale. Quest'ultima, potrebbe dichiarare l'illegittimità dell'art. 9 nella parte in cui prevede la possibilità dei medici di esonerarsi dall'esecuzione degli aborti terapeutici, per violazione dell'art. 32 Cost. e dell'art. 117, secondo comma, lettera m, Cost., all'esito di un giudizio di bilanciamento che riconosca l'eccessivo sacrificio del diritto alla salute, che non viene garantito in maniera uniforme in tutte le Regioni.

Altresì si segnala che nel nostro ordinamento, a differenza che in altri Paesi europei, non è possibile differenziare l'obiezione, ossia partecipare agli aborti terapeutici ed esonerarsi, ad esempio, solo dagli interventi eseguiti nel primo trimestre, oppure solo da quelli chirurgici, eseguendo invece l'aborto farmacologico. Effettuare un qualsiasi tipo di aborto comporta, per il medico, l'automatica ed immediata revoca dell'obiezione. L'introduzione di una simile previsione sarebbe senz'altro auspicabile, ma non

²³¹ Sottolineando altresì che, se l'embrione è "individuo", a maggior ragione la donna è tale, ed è titolare di «numerosi diritti costituzionali, i quali non svaniscono di colpo solo perché prende avvio una gestazione», espressione di P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, cit., p. 101.

²³² Così L. LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione e le vite diversamente importanti*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di Bioetica*, cit., p. 362 ss.

consentirebbe di tutelare adeguatamente la salute della donna, la quale continuerebbe a subire discriminazioni nell'accesso a questa specifica prestazione sanitaria.

D'altronde, gli stessi bandi riservati, ove diventino una prassi costante di ogni ospedale o almeno delle strutture sanitarie che contino una presenza di personale obietto superiore al 50%, sottintendono sostanzialmente un divieto di obiezione per le nuove leve, pena il trasferimento o il licenziamento²³³. Anche in questo modo l'obbligo di attuazione della legge verrà a gravare anche sugli obiettori.

La necessità di creare nuovi non obiettori deve, in ogni caso, passare per una scelta rigida: si tratta di un *aut aut*, o si persevera nella violazione dell'ordinamento interno ed internazionale, o si riduce, direttamente o indirettamente, l'ambito dell'obiezione di coscienza.

Esaurito il quadro dei problemi applicativi della legge sull'aborto e delle relative soluzioni auspiccate e auspicabili in Italia, si esaminerà ora la situazione di due Paesi europei nei quali, pur essendo previsto il diritto di obiezione, lo stesso non paralizza l'attuazione del diritto all'aborto. Si ricercheranno quindi degli spunti per delle nuove soluzioni.

²³³ Esplicita questa situazione B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 671 ss. che arriva ad ipotizzare l'introduzione del requisito, per l'assunzione, «della preliminare scelta di non sollevare obiezione di coscienza per gli operatori che vengono assunti o trasferiti in centri ospedalieri che registrano una percentuale di obiezione [...] superiore al 50%».

CAPITOLO 5:

UNO SGUARDO ALLE NORMATIVE DI DUE STATI EUROPEI PER TROVARE UNA SOLUZIONE ALLE CRITICITÀ DELLA LEGGE ITALIANA

SOMMARIO: SEZIONE PRIMA: LE CLINICHE ABORTISTE: IL MODELLO SPAGNOLO – 1. I diritti coinvolti nella L.O. 2/2010 e il dibattito sulla loro natura – 2. La disciplina dell’aborto: la liberalizzazione nelle prime 14 settimane, le ombre sull’aborto eugenetico e sul termine finale delle 22 settimane – 3. Obiezione di coscienza: il dibattito sulla natura di diritto fondamentale e la regolamentazione in negativo – 4. Considerazioni conclusive – SEZIONE SECONDA: L’OBBLIGO DI RINVIO E GLI *ABORTUS CENTRA*: IL MODELLO DEL BELGIO – 1. Premesse. In particolare: la consolidazione della tesi secondo la quale il feto non è persona – 2. La disciplina dell’aborto e le recenti modifiche – 3. L’obiezione di coscienza (o meglio, il diritto di astensione) – 4. Considerazioni conclusive

SEZIONE PRIMA:

LE CLINICHE ABORTISTE: IL MODELLO SPAGNOLO

1. I diritti coinvolti nella L.O. 2/2010 e il dibattito sulla loro natura

Il sistema sanitario spagnolo è simile a quello italiano¹. Entrambi inizialmente erano basati su un modello mutualistico-assicurativo. Dopo l’entrata in vigore della Costituzione spagnola, nel 1978, la sanità in Spagna, come quella italiana, inizia la transizione verso un modello di tipo *Beveridge*, in cui la principale fonte di finanziamento è costituita dalla tassazione dei cittadini. Nel 1986 viene istituito il *Sistema Nacional de Salud* (SNS)², tutt’ora attivo, fondato sui principi dell’universalità, del libero accesso alle cure e del finanziamento mediante prelievo fiscale. Pertanto, i cittadini spagnoli hanno accesso gratuito alla maggior parte delle prestazioni sanitarie; solo una minoranza ricorre al sistema assicurativo privato, per coprire le prestazioni non incluse nel SNS, come quelle dentistiche. Anche in Spagna alle strutture pubbliche si affiancano quelle private; circa la metà degli ospedali spagnoli sono privati.

Un graduale processo di decentramento, completato nel 2002 con lo scioglimento dell’INSALUD, ha favorito l’accrescimento dei poteri delle diciassette Comunità autonome, entità territoriali simili alle nostre Regioni, cui spetta la competenza sanitaria; lo Stato centrale ha il compito di coordinare la materia

¹ Per una panoramica generale sul funzionamento del sistema sanitario spagnolo si veda il dossier *Sistema de Información de Atención Primaria*, 11 de octubre de 2006, reperibile sul sito del *Ministerio de Sanidad y Consumo* al link mscbs.gob.es

² Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

impartendo linee generali per tutte le Comunità³. In ciascuna Comunità sono istituite le *Areas de Salud* (AS), simili alle nostre ASL, che gestiscono l'amministrazione sanitaria a livello territoriale.

Esaurite le premesse generali, l'aborto in Spagna è regolato dalla Ley Orgánica 2/2010⁴. Prima di analizzarla è necessario illustrare in cosa consiste questa particolare tipologia di legge.

Come accennato la Costituzione spagnola è un testo relativamente recente. Essa risale al 1978 e succede allo smantellamento del regime dittatoriale avvenuto nel 1975, con la morte del generale Francisco Franco. Il titolo I è dedicato ai diritti e doveri fondamentali; tuttavia, il Tribunale costituzionale ha specificato che i diritti fondamentali sono contenuti, all'interno di tale titolo, solamente nella prima sezione del capitolo II, intitolata "Dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche" (artt. 15-29 CE), più nell'articolo 14 sul diritto all'uguaglianza e alla non discriminazione⁵. La giurisprudenza è stata indotta a tale conclusione dall'interpretazione della riserva di legge organica di cui all'art. 81.1 CE; larga parte della dottrina continua, invece, a sostenere che tale sezione non esaurisca tutti i diritti fondamentali⁶. L'articolo 81, infatti, prevede, al primo comma, l'obbligo del legislatore di utilizzare la legge organica per «l'attuazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche». A tutela dell'importanza della materia di cui trattano, tali tipologie di leggi necessitano, per essere approvate e modificate, del consenso della maggioranza assoluta del Congresso. Il Tribunale costituzionale ha dunque chiarito la portata restrittiva della riserva di legge, affermando che è necessaria la *ley orgánica* solo quando la legge tratti di aspetti dei diritti e delle libertà fondamentali che costituiscano un'attuazione diretta della Costituzione, perché inerenti la «regolamentazione di determinati aspetti essenziali per la definizione del diritto, la previsione del suo ambito di efficacia e la fissazione dei suoi limiti in relazione con altre libertà costituzionalmente protette»⁷.

La terza disposizione finale della *Ley Orgánica 2/2010* sull'aborto afferma, per quanto in questa sede interessa, che solo il capitolo 1 del titolo 2 della legge (artt. 12-17) è tutelato dalla riserva di legge

³ Nel 2002, quando è stato completato il trasferimento delle competenze sulla materia sanitaria alle Comunità già previsto dall'art. 41 della l. 14/1986, l'Istituto Superiore di Sanità (INSALUD) è stato sciolto. Da allora in poi, il servizio sanitario pubblico è assunto dal Sistema Sanitario Nazionale (SNS), che opera attraverso i diciassette servizi sanitari autonomi. L'Amministrazione Centrale dello Stato, tramite l'Istituto Nazionale di Gestione Sanitaria (INGESA) cura l'amministrazione della sanità solamente nelle città con statuto autonomo di Ceuta e Melilla.

⁴ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁵ Invero, la giurisprudenza non è unanime, in quanto in alcuni casi ha riconosciuto come diritti fondamentali quelli contenuti in entrambe le sezioni del capitolo II: così STC 12 dicembre 2007, n. 247, in *hj.tribunalconstitucional.es*, dove si afferma che «Quanto ai diritti costituzionali propriamente detti, questi sono quelli che la Costituzione riconosce nel suo titolo I, capitolo II, i quali, per tale ragione, possono qualificarsi come diritti fondamentali». Nella maggior parte dei casi, tuttavia, la qualifica di diritti fondamentali è riservata a quelli della sola sezione I del capitolo II, mentre gli altri sono denominati semplicemente "diritti costituzionali"; in tal senso STC, 28 marzo 2011, n. 38; STC, 28 settembre 1995, n. 140; STC, 22 marzo 1991, n. 64. Tutte in *hj.tribunalconstitucional.es*.

⁶ In questo senso, la maggior parte della dottrina sostiene che la qualifica di diritti fondamentali spetti anche a quelli della sezione seconda del capitolo 2. Così, a titolo non esaustivo, P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, in *Revista española de derecho constitucional*, 9, 1989, pp. 35-62; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, 1999, pp. 17-27. Più rara, invece, la posizione di chi sostiene che siano fondamentali tutti gli articoli del Titolo I; in questo senso, T. FREIXES SANJUÁN, *Constitución y derechos fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, Barcelona, 1992, p. 101.

⁷ In tal senso, da ultimo, STC 151/2014, del 25 settembre 2014, in EDJ 2014/164492.

organica. Ciò implica che tale capitolo coinvolga dei diritti fondamentali. Quali sono questi diritti?

Analizzando il preambolo della legge, il primo diritto che si individua è il diritto alla salute, declinato nella sua accezione di “salute sessuale e riproduttiva”. Tale diritto si fonda nell’articolo 43 CE, contenuto nel capitolo III del titolo I della Costituzione, relativo ai principi reggenti della politica sociale ed economica. Ciò ha alimentato il dibattito sulla natura fondamentale o meno del diritto alla salute. Infatti, come si è detto, secondo la giurisprudenza costituzionale e la maggior parte della dottrina, solo le norme del capitolo II, sez. I, avrebbero natura di diritto fondamentale. I diritti del capitolo III, viceversa, necessiterebbero dell’*interpositio legislatoris* per la loro attuazione e, salvo l’obbligo di preservarne il nucleo fondamentale, il legislatore potrebbe decidere come tutelarli. Non sarebbero, cioè, indisponibili per il legislatore. A confermare tale impostazione concorre la formulazione dell’articolo 53.3 CE⁸, a mente del quale i principi del capitolo III ispirano la legislazione positiva e possono essere tutelati davanti alla giurisdizione ordinaria solo nei limiti in cui sono regolati dalla legge. Pertanto, si è concluso che tali principi configurano un mandato costituzionale che vincola i poteri pubblici in due modi: da un lato, il legislatore è obbligato a convertirli in diritti; dall’altro, gli organi giudiziari e la P.A. dovranno concretizzare l’attuazione di tali leggi, applicando le regole dettate dal legislatore⁹. Tuttavia, il Tribunale costituzionale ha affermato che il diritto alla salute possa vantare un grado di tutela pari a quello dei diritti fondamentali quando sia strettamente connesso agli stessi; ad esempio, al diritto all’integrità fisica e psichica di cui all’articolo 15 CE¹⁰. Si è sottolineato, infine, che, in particolare, il diritto alla salute godrebbe della stessa protezione dei diritti fondamentali quando è legato all’autodeterminazione dell’individuo circa le questioni che riguardano la sua salute¹¹. In tal senso si è

⁸ Art. 53.3 CE: «il riconoscimento, il rispetto e la protezione dei principi riconosciuti nel capitolo terzo ispireranno la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l’azione dei pubblici poteri. Potranno essere invocati di fronte alla giurisdizione ordinaria soltanto in conformità con quanto disposto dalle leggi che li attuano».

⁹ Così F. PINTO PALACIOS, *Nacidos para salvar. Un análisis constitucional del «bebé medicamento»*, in *Revista de Derecho Político*, 97, 2016, p. 264, dove si approfondisce dettagliatamente anche il dibattito dottrinale, citando altresì le posizioni che sostengono la natura fondamentale del diritto alla salute (p. 261 ss.).

¹⁰ Così STC 35/1996, 11 de marzo, F. J. 3.; STC 37/2011, de 28 de marzo, F. J. 3.; STC 119/2001, de 24 de mayo, F. J. 6.; STC 5/2002, de 14 de enero, F. J. 4 y 37/2011, de 28 de marzo, tutte citate in R. CANOSA USERA, *La protección de la integridad personal*, in *Revista de Derecho Político*, 100, 2017, p. 281, il quale sottolinea che l’art. 15 tutela il diritto alla salute solo nei casi di «grave pericolo per la salute», non coincidendo quindi gli ambiti di tutela dei due articoli. Si veda anche F. PINTO PALACIOS, *Nacidos para salvar. Un análisis constitucional del «bebé medicamento»*, cit., p. 266, dove si dà atto che parte della dottrina, sottolineando la particolare importanza del diritto alla salute rispetto all’integrità dell’individuo, l’abbia definito un “principio soggettivizzato”, tale da avere, al pari degli altri diritti fondamentali, una dimensione soggettiva e non solo oggettiva. Infine, giova menzionare, su questa linea, la storica sentenza del Tribunale costituzionale STC 53/1985, Pleno de 11 abril de 1985, FJ 11, in tema di aborto. La sentenza afferma che la tutela della salute della donna possa, in caso di grave pericolo per la stessa, prevalere sul bene giuridico “vita del nascituro”, proprio in quanto intimamente connessa all’integrità, tutelata dall’art. 15 CE.

¹¹ Così F. PINTO PALACIOS, *Ibidem*, p. 267 ss., che sottolinea il legame, in tale ambito, non solo con il diritto all’integrità psico fisica, ma anche col diritto alla vita. L’autore porta come esempio il caso del *bebé medicamento*: la legislazione spagnola permette, ai genitori di un malato che necessiti di un donatore compatibile, di utilizzare la fecondazione assistita per selezionare un embrione che possa fungere da donatore per il proprio figlio malato. Si autorizza così la generazione del *bebé medicamento*, ossia di un fratello che abbia le caratteristiche del donatore compatibile, al solo scopo di tutelare la salute del figlio della coppia. È chiaro, a detta dell’autore, che la salute si attegga, in questo caso, come molto più che un semplice diritto.

espresso anche il Tribunale costituzionale¹².

Proseguendo nell'esame dei diritti coinvolti nella L.O. 2/2010, troviamo il problematico diritto alla riproduzione. La legge non lo definisce in questi termini, ma afferma di voler garantire «in maniera integrale» i «diritti relativi alla salute sessuale e riproduttiva»¹³ e che «riconosce il diritto alla maternità liberamente assunta»¹⁴. Si tratta di un cosiddetto nuovo diritto, pertanto assente nella Costituzione spagnola. Nel cercare di definire l'ambito del diritto alla riproduzione si deve scartare da subito l'ipotesi di un diritto alla maternità, che comprenda il diritto di avere un figlio o poter abortire. Una tale formulazione, come è stato evidenziato, si porrebbe inevitabilmente in contrasto con il principio di uguaglianza e non discriminazione, poiché tutelerebbe solo la donna¹⁵. Si parlerà pertanto di un generico diritto alla riproduzione, il quale, tuttavia, per ragioni biologiche, interessa soprattutto la donna.

La dottrina ha sviluppato un ampio dibattito sulla natura del diritto a riprodursi e sul suo fondamento allo scopo di verificare se, come per il diritto alla salute, sussista un nucleo essenziale che, per la sua stretta connessione con i diritti fondamentali dell'individuo, è indisponibile per il legislatore. Iniziando l'analisi a partire dal testo della stessa L.O. 2/2010, questa esordisce, nel preambolo, affermando che «lo sviluppo della sessualità e la capacità procreativa sono direttamente vincolati alla dignità della persona e al libero sviluppo della personalità, e sono oggetto di protezione attraverso vari diritti fondamentali, segnatamente il diritto all'integrità fisica e morale e all'intimità personale e familiare»¹⁶. In seguito, nel testo si menziona anche il diritto all'autodeterminazione e alla libera e consapevole disposizione del proprio corpo. Sicuramente la legge riprende in gran parte i principi affermati nella storica sentenza 53/1985 del Tribunale costituzionale¹⁷, che costituisce la prima fondamentale pronuncia in materia. Premesso che il Tribunale costituzionale spagnolo, a differenza della nostra Corte costituzionale, può pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge in via preventiva, ossia prima che la stessa entri in vigore, nella sentenza STC 53/1985 il Tribunale si pronuncia proprio sul ricorso preventivo di incostituzionalità del progetto di legge volto a depenalizzare, in determinati casi, l'aborto. Il Tribunale accoglie parzialmente il ricorso, ma solo relativamente alla carenza di garanzie procedurali¹⁸; afferma, invece, la conformità a Costituzione dell'impianto complessivo della legge, volto a consentire l'aborto terapeutico, l'aborto eugenetico e l'aborto cosiddetto etico (detto anche

¹² Così 112 STC 5/2002, 14 de enero, FJ 4.º. «il diritto alla salute, o meglio, il diritto a che non si lesioni o pregiudichi la salute personale, è compreso nel diritto all'integrità personale dell'articolo 15 CE, sebbene non ogni danno o rischio per la salute implichi una violazione del diritto fondamentale all'integrità fisica e morale, bensì solo quello che generi un pericolo grave e certo per la stessa».

¹³ Preambolo, I.

¹⁴ Preambolo, II, che così prosegue «... che implica, tra le altre cose, che le donne possano decidere se iniziare una gravidanza e che questa decisione, cosciente e responsabile, sia rispettata».

¹⁵ Tanto è stato messo in evidenza da N. IGAREDA GONZÁLEZ, *El hipotético derecho a la reproducción*, in *CEFD, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23, 2011, p. 254.

¹⁶ Preambolo, I.

¹⁷ STC 53/1985, Pleno de 11 abril de 1985.

¹⁸ Specificamente, affermando che le garanzie procedurali previste per l'aborto terapeutico ed eugenetico non fossero abbastanza forti da impedire l'accesso alla prestazione in casi diversi da quelli previsti nella stessa legge.

criminologico). Nel pervenire a tale conclusione, il Tribunale afferma che durante una gravidanza la vita del nascituro può confliggere «con diritti relativi a valori costituzionali molto rilevanti, come la vita e la dignità della donna», aggiungendo che la dignità è intimamente vincolata «al libero sviluppo della personalità (art. 10 CE), ai diritti all'integrità fisica e morale (art. 15), alla libertà ideologica (art. 16), all'onore e all'intimità familiare e personale». In particolare, relativamente all'aborto in caso di stupro, afferma la necessità di tener conto del consenso della donna nella maternità. Viceversa, si incorrerebbe in una grave lesione della sua dignità, del libero sviluppo della sua personalità e del diritto all'integrità, all'immagine e all'intimità personale. Aggiunge, inoltre, che tale maternità imposta costituirebbe per la donna una “*carga insopportable*”, ossia una condotta inesigibile dal legislatore penale. Concetto, questo, che viene ripreso anche per legittimare l'aborto eugenetico.

Da quanto sopra emerge chiaramente che il diritto alla riproduzione è strettamente connesso a vari diritti fondamentali. Emerge, inoltre, la necessità di affermare il diritto a una procreazione cosciente e responsabile che comprenda la possibilità di decidere se proseguire la gravidanza e, in particolare, se si è disposti ad affrontare il maggior carico di impegni che richiede un figlio con anomalie.

Il dibattito sul diritto alla riproduzione si è in realtà originato anche grazie al tema della fecondazione assistita, pratica che in Spagna può contare su una delle legislazioni più permissive. Altresì hanno avuto un peso alcuni atti internazionali che hanno riconosciuto un diritto alla procreazione¹⁹. Le posizioni della dottrina rispetto all'esistenza di un diritto alla procreazione o riproduzione sono tre: non esiste; è un diritto fondamentale; è un diritto, non fondamentale, ad accedere alle procedure che rendono possibile la procreazione come processo “umanizzato”, ossia gestito scientificamente²⁰.

Relativamente alla prima tesi, si è affermato che, innanzitutto, il diritto alla riproduzione è assente in quasi tutte le Costituzioni e quasi assente a livello internazionale. Tale diritto non potrebbe inquadrarsi nel diritto alla salute in quanto non necessariamente la sterilità potrebbe inquadrarsi come malattia, e il bisogno di avere figli si qualificherebbe come un mero desiderio. Ancora, la protezione dell'intimità riguarderebbe le sole famiglie biologiche naturali. Infine, si è sottolineato come le leggi sulla ricerca embrionaria e sulla P.M.A. non abbiano rango di legge organica, dunque non trattino diritti fondamentali²¹.

¹⁹ Il riferimento è agli atti citati nel paragrafo 6 del capitolo 4, specificamente alla Conferenza del Cairo su popolazione e sviluppo del 1994, che, al capitolo 7, riconosce l'esistenza di *reproductive rights*, e alla Dichiarazione di Pechino del 1995, che approva una Piattaforma d'Azione che, al punto 96 dell'all. A (Donne e salute), afferma che «i diritti fondamentali delle donne includono il loro diritto ad avere il controllo e a decidere liberamente e responsabilmente circa la propria sessualità, inclusa la salute sessuale e riproduttiva»

²⁰ Per approfondimenti e riferimenti sulle varie posizioni dottrinali si veda F. PINTO PALACIOS, *Nacidos para salvar. Un análisis constitucional del «bebé medicamento»*, cit., p. 271 ss.

²¹ È la posizione di N. IGAREDA GONZÁLEZ, *El hipotético derecho a la reproducción*, cit., p. 257 ss. L'argomento in base al quale la sterilità non sarebbe una malattia è difficile da sostenere, soprattutto alla luce della definizione di “salute” adottata dall'OMS. Inoltre, è chiaro che l'apparato riproduttivo non riesce, per delle anomalie, a svolgere la naturale funzione, ciò che rientra nella nozione, anche comune, di malattia. Si sottolinea, infine, che l'P.A., nel criticare tutti gli argomenti comunemente addotti a favore del diritto alla riproduzione, non riesce tuttavia a contestare quello che lo fonda sugli artt. 17 e 10 CE, ossia sull'autodeterminazione e il libero sviluppo della personalità.

Quanto alla tesi che considera il diritto alla procreazione come diritto fondamentale, il fondamento si colloca comunemente nel diritto all'intimità (art. 18 CE) e nel diritto all'integrità (art. 15 CE) e nel diritto al libero sviluppo della personalità (art. 10 CE)²². Relativamente al primo, recentemente il Tribunale costituzionale ha affermato che lo stesso art. 18 CE incorpora anche l'art. 8 CEDU, che spesso è stato utilizzato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo per tutelare la procreazione²³. L'art. 18 CE è quindi un punto fermo nelle posizioni di chi ritiene che il diritto alla riproduzione abbia fondamento costituzionale²⁴.

La terza posizione assunta dalla dottrina ravvisa nel diritto alla procreazione un semplice diritto all'accesso alle tecniche procreative rese disponibili dal progresso tecnologico. In tal senso, si è affermato che il diritto si fonderebbe principalmente sulla libertà personale, da intendersi anche come libertà procreativa, fondata sugli artt. 1.1, 10.1 e 17.1 CE²⁵. Tale diritto permetterebbe alle coppie di accedere alle varie tecniche procreative, sebbene nei limiti della tutela di una genitorialità cosciente e responsabile e della tutela della salute dei figli²⁶.

In conclusione, sembra difficile escludere la sussistenza di un vero e proprio diritto che, anche se non fondamentale²⁷, vanta la garanzia di tutela di un nucleo essenziale, laddove connesso con i citati diritti fondamentali, e che è precluso alla disponibilità del legislatore intaccare detto nucleo. Si noti altresì che sia l'aborto che la procreazione assistita sono prestazioni che, sebbene ove sussistano determinati presupposti, sono accessibili tramite la sanità pubblica²⁸.

Diverso dal diritto alla riproduzione è il cosiddetto diritto all'aborto. Quest'ultimo è stato oggetto

²² In questo senso, tra gli altri, M. L. CUERDA ARNAU, in *Respuestas al cuestionario*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Pamplona, 2012, p. 75, che ritiene il diritto alla procreazione protetto dal nucleo duro del diritto all'intimità; aggiunge, tra gli articoli fondanti, anche l'art. 18 CE sulla libertà ideologica.

²³ STC Sala 1^a de 1 febrero de 2016, in EDJ 2016/4396.

²⁴ Tra queste, tuttavia, vi sono delle differenze. Vi è innanzitutto chi dà particolare importanza al diritto all'autodeterminazione, individuando il fondamento del diritto alla riproduzione, oltre che nell'art. 18 CE, nella tutela della libertà personale (17 CE) in combinato disposto con la tutela della libertà (art. 1.1 CE) e con il libero sviluppo della personalità (10.1 CE). I titolari del diritto alla riproduzione, secondo quest'ottica fondata sulla libertà individuale, sarebbero i singoli, che potrebbero esercitarlo grazie alla possibilità di usufruire della donazione dei gameti. Riconosce un ampio spazio all'autodeterminazione anche chi fonda il diritto alla procreazione sui soli articoli 10.1 e 18 CE come Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, p. 58.

²⁵ Così F. ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, *Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida*, in *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 25, 2006, p. 23.

²⁶ Il diritto alla procreazione sarebbe pertanto tutelato solo nei limiti in cui siano rispettati questi due principi: non sarebbe quindi lecito, in quanto contrario agli stessi, l'utilizzo delle tecniche in maniera tale da effettuare una selezione eugenetica dei figli. In tal senso si è sottolineato che l'accesso alla diagnosi preimpianto si pone sempre in un'ottica di tutela della salute del figlio e di prevenzione delle malattie ereditarie; così F. PINTO PALACIOS, *Nacidos para salvar. Un análisis constitucional del «bebé medicamento»*, cit., p. 283. Si potrebbe però ribattere che, nel concreto, la DPI comporta lo scarto dell'embrione malato, il che collide comunque con l'aspettativa alla vita e alla salute del "futuro figlio". La *ratio* sembra quindi più propriamente quella di evitare ai genitori di sostenere una *carga insoportable*, come già evidenziato da STC 53/1985.

²⁷ In questo senso particolarmente significativo risulta l'argomento circa il carattere non organico delle leggi in materia di procreazione assistita.

²⁸ Si veda il punto 5.3.8.2 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, che stabilisce le condizioni per accedere alla P.M.A. nell'ambito del SSN.

di un particolare dibattito in dottrina. Tra le varie tesi, si è affermato che l'aborto costituisce esercizio del diritto all'integrità psicofisica (15 CE)²⁹. Si è affermato, altresì, che la nuova legge rinverrebbe il suo fondamento nei diritti all'intimità, all'integrità e al libero sviluppo della personalità³⁰. Il Tribunale costituzionale, nella celebre sentenza 53/1985 ha affermato che il diritto di abortire per motivi legati alla salute, alle anomalie fetali o allo stupro, si basa su veri e propri diritti fondamentali, già elencati³¹, sottolineando altresì che una maternità imposta violerebbe vari diritti fondamentali. In ambito internazionale, viceversa, la Corte EDU ha negato che l'art. 8 della Convenzione possa comprendere un diritto all'aborto³². Ciò è tanto più significativo se si considera, come già accennato, che il Tribunale costituzionale spagnolo ha affermato, dal 2016³³, che il diritto all'intimità ex art. 18 CE incorpora, in maniera immediata e diretta, l'art. 8 CEDU.

Infine, vale la pena di menzionare anche la posizione del Consiglio di Stato, che in Spagna si configura come un organo consultivo del governo, il quale, prima dell'entrata in vigore della L.O. 2/2010, ha espresso parere contrario a che l'aborto potesse inquadrarsi esclusivamente nel diritto al libero esercizio della sessualità della donna³⁴. In tal modo, sembra che il Consiglio ammetta indirettamente che la legge pone a fondamento dell'aborto l'autonomia procreativa, e che questo si configura come un vero e proprio diritto. In conclusione, è innegabile che l'aborto, nella nuova legge del 2010, si configuri come un vero e proprio diritto³⁵ e che, come per il diritto alla salute, goda di protezione pari a quella dei diritti fondamentali, laddove sia strettamente connesso a questi ultimi. E tale protezione, si badi, non riguarda solo i casi di aborto terapeutico, eugenetico ed etico, ma deve

²⁹ Ciò anche nelle prime 14 settimane, in quanto la donna è libera di ottenere, su richiesta, l'espulsione del feto dal proprio utero; così R. CANOSA USERA, *La protección de la integridad personal*, cit., p. 284 ss.

³⁰ In tal senso M. A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El final de la vida humana en su comienzo: apuntes sobre la reforma de la ley del aborto en España*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011, p. 108.

³¹ Il diritto all'integrità, al libero sviluppo della personalità, all'intimità, all'onore, alla salute, alla vita. Tant'è che la costituzionalità dei tre casi di aborto previsti nel progetto di legge all'esame del TC è una soluzione necessaria: il bilanciamento vede, infatti, da una parte dei veri diritti fondamentali della donna, e dall'altra, come si approfondirà in seguito, un bene giuridico oggetto di tutela in base all'art. 15 CE, ossia la vita del nascituro.

³² Corte EDU *A, B y C vs. Irlanda*, del 16 dicembre 2010, cit. La Corte ha concluso che l'art. 8 non comprende il diritto all'aborto, che può essere limitato dalle leggi statali; tuttavia, detto articolo è violato se, pur prevedendo la possibilità di abortire, non si adottino le misure per renderlo di fatto praticabile (cosiddetta protezione "processuale"). Tale decisione è stata fortemente criticata da F. REY MARTÍNEZ, *¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia "A, b y C vs. Irlanda", del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista Derecho del Estado*, 27, 2011, pp. 293-302. L'A. ha sottolineato come, nonostante la Corte di Strasburgo neghi che il feto sia titolare del diritto alla vita, tuttavia non faccia prevalere i diritti fondamentali della donna (all'integrità, alla vita e alla salute nel senso più prossimo all'integrità) nel bilanciamento. Inoltre, la Corte ignora volontariamente il consenso ormai maggioritario degli Stati circa la legalità dell'aborto nei casi in cui siano coinvolti detti diritti.

³³ STC Sala 1ª de 1 febrero de 2016, n.11, in EDJ 2016/4396.

³⁴ Si veda il *Dictamen* del 17.09.2009, dove si legge che «non può riconoscersi un diritto soggettivo o un diritto personalissimo -come quello che esiste sul proprio corpo- a eliminare il nascituro, che è dotato di una propria soggettività».

³⁵ Anche chi è personalmente contrario all'aborto ha dovuto riconoscere che questo si configura come un diritto, in particolare sottolineando che nelle prime 14 settimane non c'è nessun controllo nell'accesso alla prestazione, che risulta garantita dal SSN: si veda P. RODRÍGUEZ-PATRÓN, *Voluntad de la Mujer versus nasciturus*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., pp. 140-141.

estendersi anche all'aborto su richiesta. Ciò in conformità alla dottrina sviluppata dalla sentenza 53/1985 del Tribunale costituzionale, che ha evidenziato come una maternità imposta leda di vari diritti fondamentali.

L'ultimo termine coinvolto nella questione aborto riguarda i diritti del nascituro.

La teoria sui diritti del nascituro origina, ancora una volta, dalla celebre sentenza 53/1985. Il Tribunale esamina innanzitutto la teoria dei ricorrenti, volta a sostenere che il termine *todos* di cui all'articolo 15 CE³⁶ include ogni essere umano, dunque anche il nascituro³⁷. Nel pervenire a una conclusione, il Tribunale premette che la vita umana è un processo che «comincia con la gravidanza [...] e termina con la morte» e che il feto è «un *tertium* distinto dalla gestante», scartando, dunque, la tesi della *pars viscerum* che qualifica il feto come parte del corpo della donna. All'interno del processo di sviluppo iniziale dell'essere umano, il Tribunale individua due momenti fondamentali: il momento della vitalità del feto, che lo rende «suscettibile di vita indipendente dalla madre» e dunque di «acquisire individualità umana» e il momento della nascita, che segna il passaggio dalla vita intrauterina alla vita sociale. Conclude affermando che la vita umana dev'essere protetta anche nella fase precedente a le due fasi menzionate, in quanto la vita del nascituro costituisce un bene giuridico tutelato nell'ambito del valore fondamentale della vita (art. 15 CE). Tuttavia, aggiunge il Tribunale, il nascituro non è titolare del diritto alla vita³⁸. Pertanto, nel bilanciamento dei diritti in conflitto, ossia quelli del nascituro e quelli della gestante, è bene tenere presente che i diritti della seconda sono veri e propri diritti fondamentali, mentre dall'altra parte si ha un bene giuridico costituzionalmente protetto³⁹. Pertanto, la tutela del nascituro è

³⁶ «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...*»

³⁷ Nonostante il rigetto di tale tesi da parte del TC, la stessa continua ad essere sostenuta in dottrina: a titolo esemplificativo e non esaustivo M. A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El final de la vida humana en su comienzo: apuntes sobre la reforma de la ley del aborto en España*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., p. 112; A. G. MONTORO, *Respuestas al cuestionario*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., p. 80 ss. La tesi dei ricorrenti era argomentata in particolare sulla circostanza che, in sede di lavori preparatori della Carta, è stato votato un emendamento per sostituire "todas las personas" con "todos", per includervi appunto il nascituro.

³⁸ Il TC non offre un'esplicita motivazione a tale assunto, ma si limita a contestare le tesi dei ricorrenti: il termine *todos*, usato nella CE in altre sedi, si riferirebbe sempre al già nato; inoltre, dai testi di diritto internazionale. In particolare, relativamente alla DUDU, la versione francese originale utilizza il termine "persona"; neppure dalla CEDU sarebbe rinvenibile il fondamento a tale interpretazione. Infatti, l'ormai abolita Commissione europea dei diritti umani, in risposta al ricorso 8416/1979, con decisione del 13 maggio 1980 chiariva che l'art. 2 CEDU non è applicabile al nascituro (decisione che sarebbe poi stata confermata dalle successive sentenze *Vo vs France e A.B.C., vs Irlanda*). Alcuni autori, stante, come si è detto, l'assenza di motivazione esplicita da parte del TC, hanno cercato di ricostruirla. Si è affermato che tale ragione risieda nella fondamentale importanza della nascita, alla quale si ricollega la vita sociale e biologicamente indipendente; tale spiegazione della sentenza è stata data, pur non condividendola, da A. G. MONTORO, *Coloquio*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., pp. 113-117. Ancora, si è ritenuto che la *ratio* risiedesse nel fatto che solo il già nato è persona, dunque dotato di capacità giuridica e potenzialmente titolare di diritti: così S. HUERTA TOLCIDO, *Coloquio*, in *Ibidem*, cit., p. 120. Altri, infine, ritengono che la motivazione risieda proprio nell'interpretazione del termine "todos" e nell'assenza di riscontro a livello internazionale; così M. T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Coloquio*, in *Ibidem*, cit. p. 128.

³⁹ Alla luce di questo, è naturale che i diritti della donna prevalgano sulla vita nascente come bene giuridico oggetto di tutela; così sottolinea H. R. PEÑARANDA QUINTERO, *Análisis jurisprudencial de las sentencias del Tribunal constitucional español nros. 53/1985, 99/1994 Y 136/1999*, in *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 24, num. 4, 2009, p. 32. L'autore aggiunge che tale gerarchia è dovuta al fatto che la donna è una vita già sviluppata, non in potenza come quella del nascituro.

materia disponibile per il legislatore, non soggetta al vincolo di *ley orgánica*⁴⁰. Ciò non implica, tuttavia, che i diritti della donna debbano sempre prevalere sul feto. Il Tribunale afferma che la tutela del nascituro si attua per mezzo di due obbligazioni statali: l'obbligo di astenersi da interrompere la gravidanza e quello stabilire un sistema effettivo di tutela della vita, che comprenda, come ultima garanzia, la tutela penale⁴¹. Aggiunge, però, che tale tutela non è illimitata e, ove non sia possibile comporre gli interessi in conflitto, potrà cedere rispetto ai diritti della donna.

Lo statuto giuridico del nascituro, per quanto riguarda l'embrione artificialmente creato (la tutela del feto durante la gravidanza si approfondirà nel prossimo paragrafo) si completa con le seguenti leggi: l. 42/1988, in materia di donazione ed utilizzo di embrioni e feti umani o di loro cellule, tessuti od organi; l. 14/2007, in materia di ricerca biomedica; l. 14/2006, in materia di procreazione assistita. Nessuna di queste ha il rango di legge organica⁴². Dall'esame delle stesse si ricava una protezione graduale dell'embrione. Storicamente, si distinguevano due figure: il pre-embrione⁴³ non vitale e il pre-embrione vitale. Il primo era l'unico che si potesse utilizzare per la ricerca, in quanto la non vitalità implicava l'impossibilità di considerarlo come essere umano, anche solo in potenza. L'attuale legge sulla fecondazione assistita, tuttavia, ha eliminato tale differenza e prevede che possano scongelarsi e destinarsi alla ricerca anche i pre-embrioni vitali, previo consenso del donatore o, se sposato, dei coniugi⁴⁴. Il pre-embrione non impiantato gode comunque di varie tutele: è vietata la manipolazione genetica, il commercio e la creazione per fini diversi dalla riproduzione; le diagnosi pre-impianto, inoltre, possono essere svolte solo per la ricerca di malattie genetiche.

Da ultimo, nell'ambito dei diritti coinvolti nella L.O. 2/2010, vale la pena di menzionare il diritto all'uguaglianza e alla non discriminazione dell'individuo, che ha fondato il dibattito sulla regolamentazione dell'aborto eugenetico. Del diritto di sollevare obiezione di coscienza si dirà in seguito.

2. La disciplina dell'aborto: la liberalizzazione nelle prime 14 settimane, le ombre sull'aborto eugenetico e sul termine finale delle 22 settimane

In Spagna, storicamente, l'aborto è stato qualificato come reato dagli artt. 411 ss. c.p. Tuttavia,

⁴⁰ Lo evidenzia R. RUBIO, *El estatuto jurídico de la vida por nacer*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., p. 164.

⁴¹ STC 53/1985, FJ 7. Tale argomentazione verrà utilizzata spesso per avallare la tesi di incostituzionalità della L.O. 2/2010, in quanto elimina ogni tutela penale per l'aborto della donna consenziente nelle prime 14 settimane di gestazione.

⁴² Per questo motivo, tra altri, sono state oggetto di ricorsi, rigettati dal TC in SSTC 212/1996 e 116/1999; quest'ultima in particolare afferma che «los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno».

⁴³ Si ricordi che il termine preembrione designa l'embrione che abbia meno di 14 giorni di sviluppo. Si sottolinea che i preembrioni giuridicamente rilevanti son necessariamente quelli non impiantati nell'utero, creati artificialmente nell'ambito delle tecniche di fecondazione assistita (che prevedono la coltura degli embrioni fino al quinto-sesto giorno).

⁴⁴ Per approfondire si veda R. RUBIO, *El estatuto jurídico de la vida por nacer*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., p. 159 ss.

spiccava in Catalogna una legge che lo legalizzava già nel 1936⁴⁵, dunque con ampio anticipo rispetto al panorama europeo. Per l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza era necessaria la sussistenza di gravi motivi, di tipo personale, eugenetico o terapeutico. Scopo della legge era porre fine all'allarmante fenomeno dell'aborto clandestino. Una cosa che stupisce assolutamente nell'allora panorama legislativo europeo è che tale decreto rendesse già legale l'aborto su semplice richiesta della donna, entro i primi tre mesi di gravidanza. Superato quel termine, era possibile abortire solo per motivi terapeutici. Era inoltre possibile usufruire della prestazione solo una volta all'anno, salvo ragioni terapeutiche.

La salita al potere del dittatore Francisco Franco, nel 1939, pone fine al breve spiraglio di depenalizzazione dell'aborto, inasprendo le pene e costringendo le donne ad agire nella clandestinità per interrompere la gravidanza e procurarsi gli anticoncezionali. Dopo la caduta del regime dittatoriale, e finanche dopo l'entrata in vigore della Costituzione nel 1978, l'aborto in Spagna era ancora reato. Nel clima socio-politico di quegli anni, tuttavia, maturava sempre più l'idea della necessità di una svolta. In particolare, nel 1979 si susseguirono vari clamorosi processi e condanne per aborto⁴⁶. Le condanne dimostravano come la fascia più colpita dalla criminalizzazione fossero sempre le donne più povere, impossibilitate ad abortire all'estero. Nel settembre 1979 il Consiglio dei ministri predispose un progetto di legge per ridurre le pene del reato di aborto, ma non si tradurrà mai in legge⁴⁷.

Nel 1983 si sviluppa, su iniziativa del gruppo socialista, il progetto di riforma dell'art. 417 bis c.p. Tale progetto sarà oggetto di ricorso preventivo di incostituzionalità, sfociato nella sentenza 53/1985 di cui sopra si è detto, che costituisce tutt'ora il maggior punto di riferimento della giurisprudenza costituzionale in tema di aborto. La sentenza accoglie parzialmente il ricorso, dichiarando l'incostituzionalità del progetto solamente dal punto di vista procedimentale, per non prevedere garanzie adeguate volte ad assicurare l'accesso all'aborto nei soli casi stabiliti dalla stessa legge⁴⁸. Il progetto, arricchito secondo le indicazioni del Tribunale, sfocia nella *ley orgánica* 9/1985, con l'effetto di introdurre nel Codice penale spagnolo l'art. 417 bis e le tre cause di non punibilità dell'aborto (terapeutico,

⁴⁵ Il riferimento è al decreto della Catalogna del 25 dicembre 1936, la cui analisi viene effettuata in M. A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El final de la vida humana en su comienzo: apuntes sobre la reforma de la ley del aborto en España*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., p. 111. Tale legge annunciava la legalizzazione dell'aborto come una «conquista rivoluzionaria della sanità, nonché mezzo sicuro e esente da pericolo per regolare la natalità del popolo lavoratore».

⁴⁶ Il riferimento è ai casi di Bilbao (11 indagate), Madrid (9 indagate), e il famoso caso della clinica “Los Naranjos” di Siviglia, che vide coinvolte, come indagate, 430 donne che si erano rivolte a quella struttura. Per approfondimenti si veda M. Á. NÚÑEZ PAZ, *Interrupción Voluntaria de la Vida Humana*, Valencia, 2016, pp. 38-39.

⁴⁷ Ne dà atto Á. J. GÓMEZ MONTORO, *El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España*, in *Revista de Derecho Político*, 102, 2018, p. 50.

⁴⁸ In particolare, il Tribunale ha evidenziato la necessità, per l'aborto terapeutico ed eugenetico, che la legge prevedesse, nell'ambito del procedimento volto a ottenere la prestazione, l'acquisizione del preventivo parere di un medico specialista, diverso da quello che avrebbe effettuato l'intervento. Altresì dovevano essere indicate le strutture, pubbliche o private autorizzate, nelle quali eseguire la prestazione in completa sicurezza della donna (si veda FJ 12). Nessun'obiezione veniva mossa al procedimento relativo all'aborto etico.

eugenetico, etico), che resta comunque generalmente inquadrato nell'ambito penale. Tra i due sistemi configurabili in tema di aborto, ossia quello che lo legittima se sussistono dei presupposti specifici (che la dottrina spagnola chiama "sistema delle indicazioni") e quello basato sulla mera scansione di termini (detto "sistema dei termini")⁴⁹, la nuova legge sembra inquadrarsi nel primo modello⁵⁰.

Pur rimanendo nell'ambito penale, l'aborto diviene sempre più diffuso⁵¹ e accettato dalla morale comune. Alcune proposte di riforma vengono avviate nel 1995, nel 2000 e nel 2004; nessuna di queste viene portata a termine. In occasione delle elezioni del 2008 il *Partido Socialista Obrero Español* presenta il progetto di riforma sull'aborto come proprio cavallo di battaglia. Il partito sale al governo e inizia subito a lavorare sulla futura legge 2/2010, che non subirà grandi modifiche in sede parlamentare⁵². Verrà invece criticata dal Consiglio di Stato⁵³, che, pur riconoscendone la costituzionalità, ha espresso parere contrario all'affermazione dell'aborto come un diritto e si è pronunciato a favore della previsione di maggiori garanzie a tutela del feto, come quella di un'informazione orientata alla maternità e non all'aborto. Anche il Consiglio fiscale ha espresso delle perplessità sulla legge, sostenendo che l'art. 15 CE impedisse la liberalizzazione dell'aborto di cui all'articolo 14⁵⁴. Il progetto di legge riesce comunque a concludere il proprio iter, sfociando nella *Ley Orgánica 2/2010*; viene inoltre rigettato il ricorso di incostituzionalità presentato, appena dopo la promulgazione della legge, da oltre settanta deputati del

⁴⁹ Per approfondire si veda C. VIDAL PRADO, *La nueva ley del aborto en España en el contexto europeo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit. p. 177. È interessante notare che l'autore colloca la legge italiana nell'ambito del sistema delle indicazioni, laddove la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che il medico non ha alcuna discrezionalità nel rilasciare il certificato che attesta la sussistenza delle condizioni per l'aborto nei primi tre mesi, che di fatto si configura come un aborto su richiesta. Tale osservazione evidenzia come l'attuale formulazione della legge possa condurre a interpretazioni fortemente restrittive del diritto della donna e necessiti delle modifiche. Cfr. SALVADOR – RAMOS – AGUILERA – MILÀ – ALLUEVA – MORALES, *Acondroplasia, focomelia e interrupción del embarazo después de las catorce semanas de gestación*, in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2013, p. 23, che include correttamente l'Italia tra i paesi che di fatto legittimano l'aborto su richiesta nelle prime 12 settimane.

⁵⁰ Questo è quanto ha ritenuto la maggior parte della dottrina; lo considera un sistema misto M. Á. NÚÑEZ PAZ, *Interrupción Voluntaria de la Vida Humana*, cit. p. 42. Così anche M. A. AHUMADA RUIZ, *Coloquio*, in *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit. p. 130, che sottolinea come, nel caso dell'aborto etico, si sia di fronte sostanzialmente a un sistema di termini.

⁵¹ È stato sottolineato che dal 1986 al 1987 i dati sull'aborto sono cresciuti tantissimo (da 411 a 16.206), fino a raggiungere il picco massimo prima dell'entrata in vigore della legge del 2010 (118.359). Tale ultimo dato è prossimo ai 115.981 registrati nello stesso anno in Italia, nel vigore dell'attuale legge 194/1978; ciò è significativo anche in considerazione della minore popolazione in Spagna, che contava in quell'anno circa 13 milioni in meno rispetto all'Italia. Si veda Á. J. GÓMEZ MONTORO, *El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España*, cit., p. 58. L'analisi dei dati dimostrerebbe, a detta dell'autore, come già nel previgente regime la donna fosse di fatto libera, con il pretesto della salute, di ottenere la prestazione.

⁵² Ne dà atto M. A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El final de la vida humana en su comienzo: apuntes sobre la reforma de la ley del aborto en España*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit. pp. 115-116; in particolare, la commissione legislativa di uguaglianza ha inserito la regolamentazione dell'obiezione di coscienza all'art. 19.

⁵³ Si veda il *Dictamen* del 17 settembre 2009; si ricordi la differenza tra il Consiglio di Stato in Spagna e in Italia: mentre il primo è organo consultivo del Governo, il secondo è organo superiore della magistratura amministrativa. Per un approfondimento e una critica delle obiezioni mosse dal C.d.S. si veda P. RODRÍGUEZ-PATRÓN, *Voluntad de la Mujer versus nasciturus*, in *Ibidem*, p. 137 ss.

⁵⁴ Il Consiglio Fiscale è Organo consultivo del Procuratore Generale della Spagna; delle critiche dà atto M. A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El final de la vida humana en su comienzo: apuntes sobre la reforma de la ley del aborto en España*, in *Ibidem*, p. 119 ss.

Partito Popolare⁵⁵.

Tuttavia, il sistema previgente e i principi affermati dal Tribunale costituzionale sembravano subordinare l'aborto a gravi motivi e prediligere un "sistema di indicazioni". Pertanto, si è originato un acceso dibattito in dottrina circa la costituzionalità dell'attuale legge sull'interruzione di gravidanza. Si è sostenuto che la legge fosse incostituzionale in quanto priva completamente la vita del nascituro della tutela penale nelle prime 14 settimane, senza aggiungere altre tutele efficaci⁵⁶. Ancora, si è rilevato che la legge fa prevalere il diritto all'intimità della donna sul bene giuridico della vita nascente, laddove nella prassi il diritto all'intimità cede facilmente rispetto alla tutela di altri interessi; inoltre, la tutela del feto, non implementata da alcun sostegno economico alla genitorialità, si ridurrebbe ad una mera tutela procedimentale⁵⁷.

Si contano però anche voci a favore della costituzionalità della legge, sottolineandone la maggiore certezza giuridica e l'importanza della tutela che, sebbene non sia di natura penale, viene garantita dall'obbligo di informazione alla gestante⁵⁸. Ancora, si è affermato che la legge si pone in linea con la tradizione della giurisprudenza costituzionale, che considera il feto in maniera diversa e deteriore rispetto al già nato, e che dalla sentenza 53/1985 non emergerebbe alcun dato impeditivo all'attuale sistema dei termini, essendosi questa espressa solo su un "sistema di indicazioni"⁵⁹. Infine, si è affermato che entrambi i modelli, delle indicazioni e dei termini, sarebbero costituzionalmente compatibili: il primo avrebbe il pregio di modellarsi sul caso concreto, il secondo quello di conferire maggiore certezza alla situazione normativa⁶⁰.

⁵⁵ ATC Pleno de 14 julio de 2010, in EDJ 2010/158830. Il ricorso viene rigettato per motivi sostanzialmente processuali. Si sottolinea che il Partito Popolare è salito al governo nelle successive elezioni del 2011. Durante la propria attività politica, il Partito Popolare ha presentato un progetto di modifica della L.O. 2/2010, l'*anteproyecto* 20 dicembre 2013, volto a configurare nuovamente un sistema di indicazioni. Tale progetto, che prevedeva, tra l'altro, l'eliminazione dell'aborto su richiesta e dell'aborto eugenetico (che sarebbe rimasto solo come derivato del terapeutico ove ne sussistessero i presupposti), è stato definitivamente interrotto nel 2015. Per approfondimenti e commento critico si veda M. Á. NÚÑEZ PAZ, *Interrupción Voluntaria de la Vida Humana*, cit., p. 49 ss.

⁵⁶ Così C. VIDAL PRADO, *La nueva ley del aborto en España en el contexto europeo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., p. 190 ss.

⁵⁷ A. G. MONTORO, *Respuestas al cuestionario*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., p. 82 ss. Denuncia la mancata introduzione, simultaneamente alla riduzione della tutela penale, di misure di sostegno economiche M. A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El final de la vida humana en su comienzo: apuntes sobre la reforma de la ley del aborto en España*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., p. 122 e P. RODRÍGUEZ-PATRÓN, *Voluntad de la Mujer versus nasciturus*, in *Ibidem*, p. 143.

⁵⁸ In tal senso M. L. CUERDA ARNAU, in *Respuestas al cuestionario*, in *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit. p. 65-71. L'autrice aggiunge che la liberalizzazione nelle prime 14 settimane è inquadrata nell'ottica di un passaggio della decisione sul pericolo per la salute (che poteva essere anche per la salute psichica), dal medico alla donna, la quale sicuramente avrà dei seri motivi per abortire, sebbene l'art. 14 non richieda di esplicitarli.

⁵⁹ P. DE LORA, *Abortar y dar la vida: ¿es constitucional la ley 2/2010?*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., p. 93 ss. L'autore aggiunge che all'interno della stessa STC 53/1985 sarebbe dato rinvenire argomenti fondanti una tutela forte per la donna. Inoltre, tale sentenza precede i numerosi progressi tecnologici e cambiamenti morali e abitudinari rilevanti riguardo la tutela dell'embrione, espressi in particolare dalla legge sulla P.M.A. del 2006. Cfr. M. A. AHUMADA RUIZ, *Coloquio*, in *Ibidem*, p. 130, che sottolinea come, l'aborto etico, su cui già si esprime STC 53/1985, costituisca sostanzialmente a un sistema di termini.

⁶⁰ Così J. C. CARBONELL MATEU, *Coloquio*, in *Ibidem*, cit. p. 112 ss, che, nell'avallare la costituzionalità del sistema dei termini, utilizza anche l'argomento comparatistico.

Ad avviso di chi scrive, la legge 2/2010 è conforme alla Costituzione spagnola: la giurisprudenza ha costantemente affermato che la vita nascente è un bene giuridico protetto: non siamo, pertanto, di fronte a un diritto fondamentale. La materia della protezione del nascituro è perciò nella disponibilità del legislatore, che, in maniera ragionevole e non arbitraria, ha optato per una tutela progressiva, divisa in tre periodi e intensificata nelle fasi più avanzate di sviluppo del feto.

Come si desume dal tenore letterale dell'articolo 18 della L.O. 2/2010, l'aborto si configura come un diritto a una prestazione sanitaria inclusa nella carta dei servizi del Sistema Sanitario Nazionale. I presupposti per l'accesso alla prestazione sono dettati dagli articoli 14 e 15.

Nelle prime 14 settimane⁶¹ la legge prevede la possibilità di abortire su semplice richiesta della donna. Il procedimento prevede un dettagliato obbligo di informazione⁶²; ricevute le informazioni, occorre attendere almeno tre giorni per ottenere la prestazione. L'articolo 14 tutela chiaramente, in via principale, l'autodeterminazione della donna, come esplicitato anche nel Preambolo della legge⁶³. La formulazione originale della legge prevedeva che il consenso a tale pratica potesse darlo validamente, da sola, anche la minore che avesse compiuto almeno 16 anni, con l'obbligo, salvo casi particolari, di avvisare almeno un genitore. Tale previsione era conforme alla legge sul consenso informato del paziente, che individuava i sedici anni come l'età minima per esprimere un valido consenso⁶⁴. Tuttavia, nel 2015, una riforma ha introdotto la necessità, anche per il sedicenne, del consenso di entrambi i genitori, preso atto, però, anche della volontà della minore⁶⁵. In caso di contrasto tra le volontà, o nel

⁶¹ Il termine decorre dalle ultime mestruazioni, come sottolinea il ginecologo J. DÍAZ RECASENS, *Ponencias*, in *Ibidem*, p. 52. La L.O. parla infatti di "14 settimane di gravidanza", non di "settimane dal concepimento", come fa, ad esempio, la legge belga, facendo così decorrere i termini dalle due settimane successive alle ultime mestruazioni.

⁶² L'art. 17 della legge si occupa del contenuto dell'obbligo informativo, innanzitutto descrivendolo in maniera generale per tutte le ipotesi previste dalla legge: l'informazione riguarda le diverse tecniche di intervento, le strutture dove si può eseguire e le condizioni per la copertura dei costi da parte del SSN. Al secondo comma, nel caso in cui la donna chieda l'aborto ai sensi dell'art. 14, son previsti ulteriori obblighi di informazione (sulle misure di sostegno alla maternità, sui contraccettivi, etc.), il cui adempimento avviene con consegna di una busta chiusa. Tale metodologia di informazione è stata criticata, tra gli altri, soprattutto dal Consiglio di Stato nel *Dictamen* del 17 settembre 2009. Si noti, infatti, che molte donne che richiedono la prestazione sono straniere e spesso non comprendono bene la lingua. L'invito del C.d.S. è stato accolto dal Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, che ha previsto, all'art. 3, l'alternativa di fornire l'informativa oralmente, su richiesta. Anche tale facoltà, di cui si dà atto con avviso leggibile sopra il plico, è tuttavia insufficiente. Altresì, sarebbe più ragionevole articolare l'iter informativo dando priorità alle informazioni sui sostegni alla maternità e, solo dopo che la donna ha già deciso per l'aborto, aggiungere le informazioni sulle tecniche di intervento e sulle strutture autorizzate. Sulla critica agli obblighi informativi si veda anche P. RODRÍGUEZ-PATRÓN, *Voluntad de la Mujer versus nasciturus*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., pp. 141-143, e M. A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El final de la vida humana en su comienzo: apuntes sobre la reforma de la ley del aborto en España*, in *Ibidem*, p. 109, la quale evidenzia come circa il 50% delle pazienti che devono effettuare l'aborto sono immigrate e c'è il rischio che non comprendano il contenuto dell'informativa scritta.

⁶³ Preambolo, II: «si garantisce alle donne la possibilità di prendere una decisione libera e informata sull'interruzione di gravidanza, senza interferenza di terzi, ciò che la sentenza STC 53/1985 ha denominato "autodeterminazione cosciente"».

⁶⁴ 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. 9.4.

⁶⁵ 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. La legge modifica l'art. 9.5 della legge sull'autonomia del paziente. Pertanto, la disciplina sull'interruzione di gravidanza della minore non risiede nella L.O., ma al di fuori di questa.

caso in cui sia pregiudizievole coinvolgere i rappresentanti legali, si seguono le norme del Codice civile⁶⁶.

All'interno del successivo articolo 15 sono disciplinate le altre due ipotesi di aborto: quello eseguibile dalle 14 alle 22 settimane e quello eseguibile senza limiti di tempo, che costituisce la fattispecie più problematica.

L'articolo 15, lettera a, prevede che la donna possa abortire, entro le 22 settimane, in caso di rischio grave per la propria vita o salute⁶⁷. Tale rischio dev'essere certificato, salvo l'urgenza, con anticipo, da un medico differente da colui che eseguirà l'aborto. La disposizione colpisce subito per l'originalità del termine finale di 22 settimane, che viene introdotto come una novità anche rispetto al vecchio articolo 417 bis c.p., nel quale non era previsto alcun termine per l'aborto terapeutico. Sembra chiarire questa dubbia formulazione il preambolo della legge, che sottolinea, nell'ambito dello sviluppo fetale, l'importanza del momento della vitalità, che viene collocato alla ventiduesima settimana⁶⁸. Si afferma, infatti, che, superato quel termine, a parte i casi di cui all'articolo 15, lett. c, dovrà optarsi per il parto indotto⁶⁹.

In dottrina si è sostenuta l'inadeguatezza di tale termine finale, poiché sostanzialmente si imporrebbe una maternità, laddove col regime previgente si poteva abortire senza limiti; si è evidenziata, in ogni caso, la possibilità di abortire ugualmente ove ricorrano i presupposti dello stato di necessità⁷⁰. Si è ribattuto che la maternità non sarebbe imposta, essendo possibile dare il neonato in adozione, e che lo stato di necessità sarebbe invocabile solo in caso di pericolo di vita della donna casualmente legato alla prosecuzione della gravidanza⁷¹. Si tratta, ad esempio, del caso di una donna mentalmente disturbata, le

⁶⁶ Si equipara così il procedimento che deve seguire la sedicenne a quello necessario per le minori di sedici anni, le quali, però, vengono sentite per esprimere la loro volontà solo se maggiori di 12 anni. Viene inoltre eliminato il vecchio procedimento speciale previsto in caso di contrasti. Tale scelta è stata criticata da M. Á. NÚÑEZ PAZ, *Interrupción Voluntaria de la Vida Humana*, cit., p. 60 ss.

⁶⁷ Occorre una diagnosi che certifichi un rischio per la vita o la salute, maggiore rispetto ai rischi naturali legati alla gravidanza. In conformità a quanto previsto in STC 53/1985, FJ 10, il riferimento è alla salute fisica e psichica. Si è affermato che nella valutazione rileverebbero anche le condizioni sociali, economiche e familiari: così SALVADOR – RAMOS – AGUILERA – MILÀ – ALLUEVA – MORALES, *Acondroplasia, focomelia e interrupción del embarazo después de las catorce semanas de gestación*, cit., pp. 27-29, ove si afferma: «Il rischio per la salute [...] deve apprezzarsi tenuto conto delle conseguenze probabili della prosecuzione della gravidanza, in considerazione del contesto culturale, sociale, assistenziale, familiare, economico e personale della gestante». Tale posizione è argomentata in riferimento alla sussistenza, tra gli obblighi informativi previsti dalla legge, dell'informazione sulle conseguenze psicologiche e sociali della prosecuzione della gravidanza o della sua interruzione, nonché dal rinvio alla nozione di salute dell'OMS rinvenibile nel preambolo della L.O.

⁶⁸ Si noti che le indicazioni medico-scientifiche mostrano che solo circa il 7% dei prematuri alla ventiduesima sopravvivono. Per questo motivo il termine delle ventidue settimane è parso ad alcuni eccessivamente prematuro. Così J. DÍAZ RECASENS, *Ponencias*, in *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., p. 56. In realtà anche il termine individuato dall'autore, ossia l'ottavo mese di gravidanza sembra errato, seppur per eccesso; ritiene preferibile individuare il termine nel sesto mese R. E. JONES – K. H. LOPEZ, *Human Reproductive Biology*, Massachusetts, 2006, p. 273.

⁶⁹ Un inciso del Preambolo II riguarda proprio il caso di rischio per la vita o salute della gestante: il testo afferma che “l'ideale sarà la pratica del parto indotto, attraverso la quale il diritto alla vita e all'integrità fisica della donna e l'interesse alla procreazione e alla vita in formazione si armonizzeranno completamente”

⁷⁰ Così J. C. CARBONELL MATEU, *Respuestas al cuestionario*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit. pp. 66-68; a favore dell'applicabilità dello stato di necessità anche A. G. MONTORO, *Respuestas al cuestionario*, in *Ibidem*, p. 87.

⁷¹ M. L. CUERDA ARNAU, in *Coloquio*, in *Ibidem*, p. 123.

cui turbe peggiorino gravemente con la gravidanza e peggiorerebbero irrimediabilmente in relazione alla nascita del figlio, per il solo fatto di essere a conoscenza della sua esistenza, anche prescindendo dai doveri legati alla maternità legale.

Il bilanciamento effettuato dalla legge sembra pervenire a una soluzione equilibrata: da una parte, si libera la donna dal “peso” della gravidanza, così interrompendo il processo che causava un rischio per la sua vita o salute. Dall'altra, però, se -una volta eseguito il parto indotto- il feto è già capace di respirare, è giusto adottare ogni misura per salvarlo, come prevede, tra l'altro, anche la legge italiana. Si sottolinea, inoltre, che trattandosi dell'ipotesi ex art. 15, lett. a, e non della lett. c (che riguarda l'aborto senza limiti temporali per gravissime anomalie fetali), il feto si presume sia sano e la gestante non avrebbe motivo di rifiutare la maternità dopo mesi di gestazione.

L'articolo 15, lettera b, prevede la possibilità di abortire fino alla ventiduesima settimana di gravidanza nel caso in cui due medici specialisti, diversi da chi pratica l'intervento, certifichino il rischio che il feto possa nascere con gravi anomalie⁷².

Il primo scoglio interpretativo riguarda l'individuazione delle “gravi anomalie”, che devono essere diverse rispetto alle “anomalie estremamente gravi e incurabili” e alle “anomalie incompatibili con la vita” di cui alla successiva lettera c dell'articolo 15. L'aggettivo “grave” esclude le malattie curabili o il cui sviluppo possa essere gestito agevolmente allo stato attuale delle conoscenze scientifiche. Si ha riguardo anche all'estensione dell'anomalia, escludendo la rilevanza, ad esempio, di una malformazione a un orecchio. Benché la comunità medica non abbia redatto una lista delle anomalie gravi, un'elencazione è ricavabile dai precedenti giurisprudenziali in materia di interpretazione dell'inciso “*graves taras físicas o psíquicas*” del vecchio art. 417 bis c.p., e dalla lista redatta dalla SEGO⁷³. Si è affermato che dovrebbero tenersi in conto anche i fattori psicosociali e culturali, nonostante il silenzio della legge⁷⁴. Certamente, nella valutazione, è bene considerare anche l'impatto dell'anomalia nella vita sociale, così da escludere quelle malattie che non impediscano un libero sviluppo della personalità dell'individuo.

L'articolo 15, lett. c, infine, racchiude due ipotesi nelle quali è possibile abortire senza limiti temporali. La prima riguarda l'aborto in caso di diagnosi (certa) di anomalie fetali incompatibili con la vita. Tale ipotesi è poco problematica sotto vari punti di vista: *in primis*, perché esiste un elenco di tali anomalie

⁷² La previsione del rischio comporta che il “sacrificio” del feto potrebbe essere inutile. Si è sottolineato, infatti, che la legge e la prassi non prevedono l'esecuzione, successiva all'espulsione del feto, della necropsia, unica prova in grado di accertare la diagnosi effettuata con la diagnosi prenatale. Tale necessità, evidenziata anche dalla commissione di bioetica della SEGO, è sottolineata da J. DÍAZ RECASENS, *Ponencias*, in *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., p. 57.

⁷³ Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia.; Per approfondimenti, si veda l'accurata ricostruzione effettuata in SALVADOR – RAMOS – AGUILERA – MILÀ – ALLUEVA – MORALES, *Acondroplasia, focomelia e interrupción del embarazo después de las catorce semanas de gestación*, cit., p. 31 ss.

⁷⁴ Così *Ibidem*, p. 30. Gli autori rilevano l'impossibilità di abortire nel caso di acondroplasia (nanismo) sia per la possibilità del soggetto di condurre una vita autonoma e socialmente piena, sia perché l'anomalia, che esula sicuramente da quelle gravissime di cui alla lettera c dell'articolo 15, può essere diagnosticata solo dalla 26esima settimana (p. 12); oltre il termine massimo, dunque, per abortire ai sensi della lettera b. Si noti che rientra nell'articolo 15 b anche la Sindrome di Down.

che trova d'accordo la comunità scientifica⁷⁵. Ciò giustifica la necessità dell'accertamento preventivo da parte di un solo medico (non due come nell'ipotesi ex art. 15, lett. b), oltre quello che praticherà l'intervento. In secondo luogo, poiché si tratta di malformazioni che porterebbero alla morte il neonato entro circa trenta giorni dal parto, e pertanto non si pongono le problematiche relative all'aborto dopo la ventiduesima settimana in relazione alla vitalità del feto già accennate riguardo all'aborto terapeutico. In questo caso il feto non può dirsi propriamente vitale, pertanto ogni tentativo di salvarlo sarebbe inutile e doloroso: è condivisibile quindi l'assenza di un termine finale per l'aborto⁷⁶.

La seconda ipotesi prevista dall'articolo 15, lett. c, riguarda il caso più problematico. È prevista la possibilità di abortire, senza alcun termine finale, qualora sia diagnosticata al feto un'infermità estremamente grave e incurabile al momento della diagnosi. Tale diagnosi del medico dev'essere confermata dal comitato clinico di cui all'articolo 16, formato da tre medici: due specialisti in ginecologia e ostetricia o in diagnosi prenatale e un pediatra. Il parere del comitato è richiesto per l'assenza di consenso della comunità scientifica sull'individuazione delle malattie che rientrano in tale categoria⁷⁷, correlata alla gravità dell'intervento abortivo, che può avvenire quando il feto è già vitale.

In questo caso, la problematica si pone con particolare drammaticità. Nel caso dell'aborto terapeutico ex art. 15, lett. a, il feto nasce sano e pertanto non c'è nessun vero interesse confliggente nella previsione che si ricava dal preambolo della legge, relativa all'obbligo di eseguire un parto indotto. Specificamente, se a seguito del parto indotto il feto, già vitale, esce dall'utero e respira, si attueranno tutte le misure per salvarlo. Nel caso in esame, tale obbligo di parto indotto (e conseguente attuazione delle misure di assistenza) non è previsto: e ciò non in base alla *ratio* della non vitalità in senso lato, rinvenibile nell'ipotesi di cui al primo inciso della lettera c. Si è infatti di fronte a una malattia estremamente grave, incurabile, ma che non menoma l'aspettativa di vita dell'individuo. La *ratio* deve rinvenirsi, in linea con la giurisprudenza di STC 53/1985, nella non punibilità della condotta inesigibile, giacché avere un figlio gravemente malato costituirebbe una "*carga insopportable*" per la donna e/o la coppia.

La drammaticità della problematica si coglie appieno analizzando le concrete modalità con le quali avviene l'aborto nel periodo avanzato della gravidanza, oltre il quinto - sesto mese: la prima fase dell'intervento consiste nell'iniettare una soluzione di cloruro di potassio in una vena fetale per causare l'arresto cardiaco del feto. Tale vena viene individuata tra quelle della pancia della gestante: l'arresto cardiaco fetale viene, cioè, provocato quando il feto è ancora dentro l'utero. Successivamente si procede all'espulsione dello stesso. Si è tuttavia evidenziato che quando la gravidanza è in stadio avanzato il ventre della gestante è molto vascolarizzato, il che rende difficile distinguere le vene fetali da quelle della

⁷⁵ La lista di tali anomalie è stata ripresa anche dalla Commissione di bioetica della SEGO; si veda anche *Ibidem*, p. 35.

⁷⁶ In questo senso J. C. CARBONELL MATEU, *Respuestas al cuestionario*, in *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit. p. 67;

⁷⁷ Lo evidenzia SALVADOR – RAMOS – AGUILERA – MILÀ – ALLUEVA – MORALES, *Acondroplasia, focomelia e interrupción del embarazo después de las catorce semanas de gestación*, cit., pp. 38-39.

donna, col rischio di iniettare la soluzione nelle vene di quest'ultima. In tali casi, si procede prima all'espulsione fetale e, successivamente, all'iniezione⁷⁸. Il possibile scenario che si prospetta è pertanto questo: si procede all'aborto al settimo mese, ai sensi del secondo inciso dell'articolo 15, lett. c; poiché il medico non riesce a trovare una vena fetale, si procede col parto indotto; il feto fuoriesce dall'utero e respira, essendo vitale e quindi capace di sopravvivere senza più il sostegno della gestante. La legge, tuttavia, non prevede alcun obbligo di adottare le misure necessarie per salvaguardarlo, giacché, in tal caso, avrebbe esteso l'obbligo di parto indotto di cui all'articolo 15, lett. a, prevedendo il limite delle ventidue settimane.

È legittimo iniettare la soluzione che causerà l'arresto cardiaco al feto vitale, che, una volta fuoriuscito dall'utero, si qualifica come un neonato?

Si è sostenuto che, se il feto fuoriuscito dall'utero respira autonomamente, se ne debba preservare la vita, a tal fine assicurandogli la necessaria assistenza medica. Ove la donna non voglia assumersene la maternità legale, potrà darlo in adozione⁷⁹. Tuttavia, si è sottolineato come tale interpretazione sia contraria alla lettera della legge. Si è inoltre acutamente osservato che, se si subordina l'obbligo di parto indotto alla vitalità del feto, un giorno, questa, grazie ai progressi scientifici, potrebbe retrodatarsi a pochi mesi di gravidanza, così da obbligare sempre la donna al parto indotto e a una maternità imposta, seppur anche solo biologica⁸⁰. Infine, contro l'obbligo di preservare la vita del feto, in quanto comporterebbe una maternità imposta, si è detto che, sebbene il parto indotto non lederebbe il diritto alla vita o alla salute della gestante, giacché la stessa sarebbe liberata dal "peso" della gravidanza, una maternità, anche solo biologica, lederebbe gli altri diritti coinvolti nella legge, in particolare il diritto al libero sviluppo della personalità⁸¹.

Partendo da quest'ultimo argomento si può pervenire a una soluzione del dibattito. Un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge impone che, nel bilanciamento tra i diritti della donna a non subire una maternità imposta (che coinvolge il diritto all'autodeterminazione procreativa, al libero sviluppo della personalità e all'intimità) e il diritto alla vita, debba prevalere il secondo. Considerando che il feto è fuoriuscito dall'utero, che è vitale e che respira autonomamente, non si può più parlare di feto, ma di neonato. Il bilanciamento non potrà, pertanto, riguardare più il feto

⁷⁸ La dinamica è chiaramente descritta dal ginecologo J. DÍAZ RECASENS, *Ponencias*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., p. 59.

⁷⁹ Così J. C. CARBONELL MATEU, *Respuestas al cuestionario*, in *Ibidem*, p. 67; M. L. CUERDA ARNAU, in *Respuestas al cuestionario*, in *Ibidem*, cit. p. 73 e p. 123.

⁸⁰ Osservazione di J. C. CARBONELL MATEU, *Coloquio*, in *Ibidem*, p. 119. L'autore sottolinea che tale maternità biologica sarebbe proprio la condotta inesigibile, la "carga insostenibile" che il Tribunale costituzionale ha considerato legittimo non imporre alla donna. Egli conclude, tuttavia, all'interno della stessa opera, esprimendosi a favore della tutela del feto e dell'eventuale adozione. È contraria alla salvaguardia del feto, che comporterebbe una maternità imposta, S. HUERTA TOLCIDO, *Coloquio*, in *Ibidem*, p. 120, che sottolinea come l'interpretazione della maternità imposta configurerebbe una retrocessione rispetto al regime del vecchio articolo 417 bis c.p., che non prevedeva alcun termine finale per l'aborto in caso di gravi anomalie fisiche o psichiche del nascituro.

⁸¹ M. T. RODRÍGUEZ MONTANÉS, *Coloquio*, in *Ibidem*, cit. p. 129.

quale “bene giuridico oggetto di tutela costituzionale ex art. 15 CE”, ma riguarderà un vero e proprio diritto alla vita. Un’interpretazione contraria imporrebbe sostanzialmente un infanticidio legalizzato, il che non sarebbe sicuramente conforme alla Carta costituzionale. Tale interpretazione si porrebbe altresì in contrasto col diritto all’uguaglianza e alla non discriminazione delle persone incapaci⁸².

Vale la pena di concludere l’analisi con delle osservazioni sull’importanza della vitalità: l’importanza di tale momento all’interno del periodo di sviluppo fetale è sottolineata, come già si è detto, dalla stessa L.O. 2/2010. La vitalità del feto segna il momento del suo sviluppo in cui, sebbene potenzialmente, questo è capace di vivere autonomamente, senza il sostegno della madre; di vivere, cioè, al pari di ogni essere umano, senza trarre la propria vita da quella altrui. Partendo dalla constatazione di questa, seppur potenziale, autonomia, si è concluso che l’aborto dovrebbe potersi eseguire solo fino al momento di raggiungimento della stessa. Infatti, successivamente l’aborto comporterebbe, sostanzialmente, il porre fine alla vita di un altro individuo⁸³. Pertanto, autorevole dottrina⁸⁴ si è interrogata sulla possibilità di considerare il feto come persona dal momento del raggiungimento della vitalità; ciò, si badi, non ai fini civilistici, ma solo penalistici, allo scopo di apportare una maggiore protezione a quella che ormai si configurerebbe come vita individuale e autonoma⁸⁵. Si è rilevato, però, che vi sono diversi ostacoli a questa possibilità: in *primis*, comporterebbe che la donna che, involontariamente, causi con dei movimenti imprudenti l’aborto al settimo mese di gravidanza debba essere imputata per omicidio colposo; ancora, si è detto, si porrebbe in crisi il meccanismo dello stato di necessità, giacché saremmo di fronte a due individui alla pari. Tuttavia, si è concluso che tali ostacoli non sarebbero insormontabili: si potrebbe prevedere, ad esempio, una causa di non punibilità per la donna nell’ipotesi di cui sopra, e prevedere, nello stato di necessità, la previsione che prevarrebbero i diritti della donna sul feto, in quanto questo sarebbe il male minore.

Verosimilmente, relativamente allo stato di necessità il problema non si pone, in quanto la legge già prevede il raggiungimento della vitalità fetale come discrimine tra aborto e parto indotto; ciò che, secondo un’interpretazione costituzionalmente orientata, dovrebbe estendersi anche al caso di cui al

⁸² Il conflitto della legge con tali diritti è stato invero rinvenuto, oltre che nell’ipotesi ex art. 15 c, anche nell’ipotesi di cui all’articolo 15 b, nella misura in cui si consentirebbe di abortire oltre le 14 settimane, in deroga al regime generale, per ragioni legate alle malattie del feto. Tanto è stato evidenziato in particolare rispetto alla Sindrome di Down, allegando anche la contrarietà agli obblighi assunti dalla Spagna in sede di ratifica ai trattati internazionali, in B. RODRÍGUEZ DÍAZ, *La aplicación de las reglas de interpretación de los tratados internacionales de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: el derecho a la vida de los fetos con síndrome de Down*, in *Anuario español de derecho internacional*, 33, 2017, pp. 369-417. L’autrice sottolinea che il Comitato per i diritti delle persone con disabilità in due casi abbia raccomandato espressamente di modificare la legislazione interna che contempli la possibilità di interrompere la gravidanza a condizioni discriminatorie per i feti con una disabilità.

⁸³ Così P. DE LORA, *Abortar y dar la vida: ¿es constitucional la ley 2/2010?*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., p. 96, 103.

⁸⁴ P. DE LORA, in *Ibidem*, pp. 104-106.

⁸⁵ Si noti, infatti, che somministrare la sostanza che causa l’arresto cardiaco del feto vitale quando questo è ancora dentro l’utero, sebbene attenui la drammaticità dell’intervento, non modifica la sostanza delle cose: dal sesto mese il feto è capace di respirare autonomamente, e ciò implica una più seria ponderazione degli interessi in gioco, non potendo tradursi nella mera modifica delle tempistiche dell’iniezione.

secondo inciso dell'articolo 15 lettera c. Per il resto, è condivisibile la necessità di circondare il feto vitale di una maggiore tutela, anche penale: tuttavia, non sembra opportuno ricorrere alle figure generali di delitto, in considerazione dell'estrema particolarità della fattispecie e della necessità di scongiurare la punibilità della gestante che abortisca involontariamente, la quale si configurerebbe essa stessa come vittima della tragedia. Sarebbe invece opportuno prevedere delle tutele più forti nel caso di lesione dolosa del feto vitale: questo obiettivo viene invero raggiunto già dalla L.O. 2/2010 la quale, nel modificare l'articolo 145 c.p. e introdurre l'articolo 145 bis c.p., prevede delle aggravanti nell'ipotesi in cui la gestazione abbia superato la ventiduesima settimana⁸⁶.

3. Obiezione di coscienza: il dibattito sulla natura di diritto fondamentale e la regolamentazione in negativo

La L.O. 2/2010 regola, per la prima volta nell'ordinamento spagnolo, l'esercizio dell'obiezione di coscienza del personale sanitario. La regolamentazione, assente nell'originario progetto di legge, è stata inserita anche grazie all'impulso del parere del Consiglio di Stato⁸⁷.

La norma di riferimento è l'articolo 19, paragrafo 2. Tale articolo è rubricato "Misure per garantire la prestazione da parte delle strutture sanitarie", ed inserito nel capitolo II, relativo alle garanzie per l'accesso alla prestazione. Questa collocazione sistematica è stata oggetto di molte critiche, poiché si è evidenziato che sottintende una percezione dell'obiezione di coscienza come una minaccia all'accesso all'aborto⁸⁸. La critica probabilmente coglie nel segno, e non stupirebbe che il legislatore si sia approcciato con prudenza alla regolamentazione dell'obiezione, cercando di contenerne l'ambito. Infatti, la prassi consolidatasi durante il vecchio regime normativo ha dimostrato che, concretamente, l'esercizio dell'obiezione di coscienza ha ostacolato l'accesso alla prestazione dell'aborto. Nel regime previgente alla legge del 2010 l'obiezione era comunque permessa, grazie al principio affermato da STC 53/1985, che si approfondirà in seguito. Si è dato atto dello sviluppo di un sistema nel quale era molto

⁸⁶ Si sottolinea che tali aggravanti comportano la reclusione solo per il terzo che esegue l'aborto; la donna che si auto procura l'aborto o è consenziente all'intervento è soggetta solamente al pagamento di una multa. Si può discutere dell'opportunità di questo limite, considerando che potrebbero verificarsi casi estremi in cui la donna abbia un livello di cultura tale da comprendere bene che il feto potrebbe vivere già da solo e eventualmente voglia abortire per futili motivi. Eventualità come questa richiamano la necessità di prevedere la possibilità di una tutela penale anche per la donna che dolosamente causi o concorra a causare l'aborto; il tutto prevedendo, ovviamente, delle attenuanti e delle misure atte a modellare il più possibile la pena al caso concreto.

⁸⁷ *Dictamen* del 17 settembre 2009, in particolare facendo perno sull'argomento comparatistico e sulla necessità di certezza del diritto. Per approfondire, anche con riferimento ai lavori parlamentari, si veda F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, in *Persona y Derecho*, 63, II, 2010, p. 174 ss.

⁸⁸ Così F. J. RUIZ-BURSÓN, *Ibidem*, p. 181, il quale afferma, inoltre, che il diritto viene regolato solo "in negativo", senza prevedere alcuna eventuale tutela per il personale obiettore contro le discriminazioni sul lavoro; la collocazione sistematica è oggetto di critica anche in J. M. MARTÍNEZ OTERO, *La objeción de conciencia del personal sanitario en la nueva Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, in *Cuadernos de Bioética*, XXI, 3, 2010, p. 308; A. G. MONTORO, *Respuestas al cuestionario*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., pp. 90-91

difficile ottenere l'aborto nel settore pubblico e che di fatto la stragrande maggioranza degli aborti si eseguissero solo in ambito privato⁸⁹. Non a caso, l'ultimo comma dell'articolo 19, § 2, prevede che, se eccezionalmente il servizio pubblico sanitario non potrà fornire la prestazione in tempo, le autorità sanitarie pubbliche riconosceranno alla gestante il diritto di rivolgersi a qualunque centro accreditato nel territorio nazionale, con l'impegno scritto di sostenere direttamente il costo della prestazione.

L'articolo 19, § 2, prevede tre limitazioni all'esercizio dell'obiezione di coscienza.

La prima riguarda l'ambito soggettivo: può sollevare l'obiezione solamente il personale medico direttamente implicato nello svolgimento della prestazione. Relativamente al primo presupposto, ci si è chiesti quali fossero le figure professionali incluse nella disposizione. In dottrina si è sostenuto che fossero inclusi i medici, il personale sanitario titolato (ad esempio i laureati in infermeria) e gli assistenti⁹⁰. In ambito amministrativo, nella comunità di Castiglia-La Mancia era stato pubblicato un provvedimento che disponeva che per "personale direttamente implicato" dovesse intendersi il personale medico specialista in ginecologia e ostetricia, gli specialisti in anestesia e rianimazione, gli infermieri e le ostetriche⁹¹. Tale atto è stato oggetto di ricorso amministrativo; la sentenza, tuttavia, non ha risolto la questione ma ha preso atto dell'intervenuta modifica del provvedimento, nel quale è stato successivamente rimosso ogni riferimento alle figure professionali comprese nella suddetta nozione. Il Tribunale ha concluso, dunque, constatando la cessazione della materia del contendere⁹². Tutt'ora la giurisprudenza non ha chiarito a quali figure professionali si riferisca l'inciso in esame dell'art. 19, che rimane di dubbia interpretazione⁹³. Tuttavia, è ormai stabile l'indirizzo che esclude dall'ambito dei

⁸⁹ Ne dà atto M. A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El final de la vida humana en su comienzo: apuntes sobre la reforma de la ley del aborto en España*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, cit., p. 108. L'autrice afferma (nel 2011, dunque riferendosi al periodo precedente all'entrata in vigore della legge) che oltre il 97% degli aborti si praticano in centri privati accreditati e solo poco più del 2% nella sanità pubblica, ciò che sarebbe anche dovuto all'elevato numero di sanitari che sollevano obiezione di coscienza. D'altro canto, si è evidenziato come le cliniche private, contando sulla passività del potere pubblico, di fatto abortissero ben oltre i presupposti legalmente previsti: così M. JOSÉ CIÁURRIZ, *Deberes jurídicos y convicciones morales en el ordenamiento español*, in *Revista de Derecho Político*, 85, 2012, p. 79.

⁹⁰ Così J. M. MARTÍNEZ OTERO, *La objeción de conciencia del personal sanitario en la nueva Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, cit., p. 308. L'interpretazione si basa sulla legge 55/2003, che definisce il termine "personale statale sanitario", comprendendovi quello con formazione universitaria e quello con formazione professionale. Dà un'interpretazione estensiva anche F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit., p. 185 ss; l'autore auspica che anche chi prende atto del consenso informato della gestante o constata se debbano essere avvisati i genitori della minore possa obiettare.

⁹¹ Orden de 21/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social.

⁹² STSJ Cast-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 febrero de 2012, in EDJ 2012/21779. Per approfondimenti si veda anche M. ALBERT MÁRQUEZ, *El papel de la Administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de «nuevos derechos»: los casos del aborto y la eutanasia*, in *Estudios de Deusto*, 66, II, 2018, p. 173, che dà atto che anche in Andalusia è stato emanato un simile provvedimento che escludeva dalla nozione di "medici direttamente implicati" i medici di base. Del caso andaluso si dirà in seguito. Più significativa della sentenza esaminata nel testo, è l'ordinanza del Tribunale Superiore di Castiglia La Mancia che, nell'accogliere l'istanza di sospensione dell'Orden in oggetto, afferma che tale provvedimento non sembra il mezzo adeguato per limitare il contenuto del diritto all'obiezione di coscienza e che in ogni caso non menzionare delle figure professionali equivale ad escluderle, ciò che contrasterebbe col principio affermato in STC 53/1985 secondo il quale l'obiezione potrebbe esercitarsi anche senza *interpositio legislatoris*.

⁹³ In dottrina si è segnalata la necessità di estendere l'obiezione anche al di fuori del personale medico, specificamente agli studenti, i quali, dati i nuovi obblighi posti dalla L.O. 2/2010 in ambito formativo, ben potrebbero trovarsi di fronte a

professionisti direttamente implicati il medico di base, il quale deve semplicemente informare la donna, ai sensi dell'articolo 17 della L.O. 2/2010⁹⁴. Tale indirizzo è condivisibile: l'informativa alla gestante si configura come la maggior tutela del nascituro nelle prime 14 settimane, giacché può svolgere anche una funzione dissuasiva, laddove si prevede l'obbligo di informare la gestante sugli aiuti statali alla maternità⁹⁵. L'impostazione è stata accolta anche dall'Ordine dei medici, in quanto, con la riforma del codice deontologico del 2011, si è negata la possibilità di obiettare al dovere di informazione⁹⁶.

L'inciso dell'articolo 19, § 2, nel quale si rinvergono le suddette limitazioni soggettive, conclude affermando che i soggetti legittimati avranno diritto a sollevare l'obiezione di coscienza senza che l'accesso e la qualità della prestazione possano risultare pregiudicati dall'esercizio della stessa. Tale inciso è stato fortemente criticato dalla dottrina⁹⁷: in particolare, si è affermato che la garanzia dell'accesso e della qualità della prestazione spetta alla Pubblica Amministrazione, non certamente al singolo obiettore⁹⁸. Tuttavia, si segnala la sostanziale mera formalità della disposizione in oggetto, in quanto l'unica tutela che si può attuare per evitare detti pregiudizi (ossia il ricorso all'aborto in una struttura privata) non colpisce sicuramente l'obiettore. Quest'ultimo, infatti, all'interno degli ospedali pubblici, è libero di sollevare e revocare l'obiezione di coscienza, non potendo patire alcuna discriminazione né tanto meno il licenziamento o demansionamento.

La seconda limitazione prevista dall'articolo 19 all'esercizio dell'obiezione di coscienza riguarda l'ambito oggettivo: l'obiezione deve essere manifestata individualmente, anticipatamente e per iscritto. Il primo requisito è abbastanza ovvio, giacché l'individualità è insita nel concetto di obiezione di coscienza. Relativamente all'anticipo della dichiarazione, ci si è interrogati sul termine di riferimento

un conflitto di coscienza. Così F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit., p. 185.

⁹⁴ Si veda STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 febrero de 2013, in EDJ 2013/49789, che si pronuncia, sovvertendola, su SJdo. Cont-Advo. Málaga de 23 febrero de 2012, in EDJ 2012/345251, che si era conclusa con pronuncia favorevole all'obiezione del medico di base. Nel senso di negare la possibilità di sollevare obiezione ai medici di base si veda anche STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 marzo de 2013, in EDJ 2013/123652 e STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 septiembre de 2017, in EDJ 2017/325053. *Contra*, STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 junio de 2014, in EDJ 2014/204618 che accoglie l'istanza di sospensione di una risoluzione che negava il diritto di obiezione al medico di base. Per approfondimenti: M. ALBERT MÁRQUEZ, *El papel de la Administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de «nuevos derechos»: los casos del aborto y la eutanasia*, cit., p. 173 ss.

⁹⁵ Sottolinea il legame tra contenuto dell'obbligo informativo e tutela del nascituro anche M. ALBERT MÁRQUEZ, *Ibidem*, p. 168.

⁹⁶ Articolo 55, attualmente articolo 78.2

⁹⁷ Si veda F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit., pp. 190-191. L'autore afferma che l'obiezione di coscienza non dovrebbe mai soccombere rispetto alla garanzia della prestazione di aborto, sia perché, a suo dire, non si tratta di una prestazione sanitaria, sia perché solo l'obiezione tutelerebbe un vero e proprio diritto fondamentale. L'autore aggiunge che la situazione di pregiudizio di cui alla disposizione in commento si verificherebbe «solo ove sussista un'assoluta impossibilità di effettuare l'aborto in qualunque centro sanitario, pubblico o privato, nel territorio nazionale». L'impostazione appare scorretta, perché alla base della tutela dell'aborto vi sono veri e propri diritti fondamentali, citati dal preambolo della stessa legge.

⁹⁸ J. M. MARTÍNEZ OTERO, *La objeción de conciencia del personal sanitario en la nueva Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, cit., p. 309.

della norma⁹⁹. La problematica si è risolta, nella pratica, grazie allo sviluppo della giurisprudenza relativa alla dichiarazione scritta, che, come si vedrà appresso, ha concluso che la dichiarazione dev'essere depositata sette giorni prima del trattamento sanitario. La dottrina si è interrogata anche sull'opportunità di quest'ultima formalità, pervenendo a risultati differenti¹⁰⁰.

Relativamente al primo punto, nelle Comunità autonome di Castiglia-La Mancia e di Navarra sono stati emanati degli atti che hanno istituito un registro degli obiettori di coscienza¹⁰¹. Entrambi gli atti sono stati impugnati, dando origine a una giurisprudenza che ha tratto conclusioni convergenti. Il Tribunale Superiore di Castiglia-La Mancia ha rigettato le doglianze dei ricorrenti, ritenendo opportuna la creazione del registro per tutelare i diritti di chi richiede l'aborto; tuttavia, si è evidenziato che l'accesso a tale registro debba essere limitato solo al personale della struttura nella quale il medico lavora¹⁰². Relativamente alla Comunità navarrese, la legge è stata impugnata davanti al Tribunale costituzionale da oltre cinquanta deputati del gruppo parlamentare Popolare. Dopo aver rigettato l'istanza di sospensione cautelare dell'efficacia del provvedimento¹⁰³, il Tribunale si è espresso con sentenza del 2014, negando l'incostituzionalità della creazione del registro¹⁰⁴. Specificamente, due erano i motivi principali del ricorso: la *Comunidad Foral* sarebbe incompetente relativamente allo sviluppo normativo della L.O. 2/2010; la regolamentazione limiterebbe in maniera sproporzionata il diritto alla libertà ideologica. Il primo motivo viene rigettato, affermando che la Comunità è senz'altro competente e che non è necessaria l'adozione di legge organica. Relativamente al secondo motivo, il Tribunale sostiene che la creazione del registro degli obiettori sia conforme a Costituzione e possa essere un mezzo valido per ottemperare all'obbligo di cui all'articolo 19, relativo alla dichiarazione anticipata e per iscritto. Il registro costituirebbe, anzi, una garanzia della segretezza dei dati e del loro trattamento e non violerebbe il diritto di cui all'articolo 16 CE, né limiterebbe l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza. Nel pronunciarsi, in concreto, sulle varie disposizioni della legge, il Tribunale aggiunge che ritiene congruo, ai fini della

⁹⁹ Si è sostenuto che la dichiarazione dovesse rendersi in anticipo rispetto a un determinato intervento di aborto: doverla rendere anticipatamente rispetto al concorso per ottenere il titolo professionale o all'assunzione in una determinata struttura sanitaria, violerebbe il diritto alla riservatezza sulle proprie credenze ideologiche. Così F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit., pp. 193-194. Sostiene che la dichiarazione debba rendersi con anticipo rispetto all'intervento concreto J. M. MARTÍNEZ OTERO, *La objeción de conciencia del personal sanitario en la nueva Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, cit., p. 310.

¹⁰⁰ A favore J. M. MARTÍNEZ OTERO, *Ibidem*, p. 312, che ne evidenzia l'opportunità per agevolare la gestione amministrativa e garantire una maggiore certezza del diritto. È contrario F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit., p. 194, secondo il quale non sussisterebbe alcuna ragione per evitare la forma orale.

¹⁰¹ Rispettivamente Orden del 23 giugno 2010 e Ley foral navarra del 29 ottobre 2010. Si noti come, delle 17 Comunità autonome solo due abbiano provveduto ad attuare l'inciso in oggetto dell'art. 19. In altre Comunità si è sviluppata la prassi di creare un registro su base volontaria e riservata; in altre ancora, senza la creazione di alcun registro, è invalsa l'usanza di dichiarare per iscritto l'obiezione alla struttura presso la quale il medico lavora.

¹⁰² STSJ Cast-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 febrero de 2012, in EDJ 2012/21779.

¹⁰³ ATC Pleno de 18 octubre de 2011, in EDJ 2011/252706.

¹⁰⁴ STC Pleno de 25 septiembre de 2014, n. 151, in EDJ 2014/164492. Specificamente, la sentenza ha accolto parzialmente il ricorso, annullando l'atto solo nella misura in cui il registro ha previsto una legittimazione troppo ampia dell'accesso ai dati.

dichiarazione anticipata, l'obbligo di deposito della stessa sette giorni prima della data prevista per l'intervento abortivo¹⁰⁵. Dall'esame delle norme si ricava, inoltre, che l'obiezione di coscienza deve essere sollevata e revocata con le stesse modalità, ossia utilizzando il modello di cui all'annesso della legge, e specificando quale tipologia di aborto ha ad oggetto (su domanda, terapeutico, eugenetico o, in particolare, per anomalie incompatibili con la vita)¹⁰⁶. Ancora, pur nel silenzio della L.O. 2/2010 e della legge navarrese su cui si è pronunciato il Tribunale, nulla osta alla possibilità di una obiezione sopravvenuta, purché se ne accerti la serietà: tale possibilità è oggi incorporata nell'articolo 22 del Codice deontologico della professione medica.

Infine, la terza limitazione della legge è di carattere temporale: l'astensione riguarda solamente l'intervento abortivo, giacché il personale sanitario ha l'obbligo di assistere la donna nelle attività precedenti e successive. Relativamente alle attività successive all'aborto non è sorto alcun dubbio; è problematica, invece, l'individuazione delle attività precedenti, per il rischio che queste si configurino in qualche maniera come propedeutiche e necessarie per l'aborto stesso¹⁰⁷. Allo stato attuale non risulta ancora chiaro fin dove possa estendersi l'esenzione dalle attività precedenti: certo è che non può estendersi fino all'obbligo informativo. Si segnala, inoltre, che il Codice Deontologico dei medici prevede l'obbligo dell'obiettore di adempiere, in ogni caso, alle obbligazioni professionali verso le pazienti che necessitino di cure urgenti o improrogabili¹⁰⁸.

Esaurita l'esposizione della regolamentazione dell'obiezione di coscienza, è necessario verificare se la stessa consenta un'adeguata tutela dell'accesso all'aborto. Oltre alle critiche già citate, che ritenevano la disciplina lesiva del diritto dell'obiettore, si son levate anche critiche di segno opposto, che denunciano la scarsa tutela dei diritti della gestante¹⁰⁹.

Per analizzare la questione occorre preliminarmente risolvere l'interrogativo circa la natura del diritto all'obiezione di coscienza: è un diritto fondamentale o un semplice diritto costituzionale? La soluzione

¹⁰⁵ *Ibid.*, F.J. 6. Per maggiori informazioni, si veda F. SIMÓN YARZA, *¿Exención de un deber de abortar? Sobre el registro navarro de objetores y el significado de la «objeción de conciencia»*, in *Revista Jurídica de Navarra*, 58, 2014, pp. 159-180. L'A. critica la sentenza, sostenendo che il registro violerebbe l'art. 16 CE e propone, invece, la creazione di un registro dei non-obiettori (p. 174).

¹⁰⁶ La necessità di diversificare l'obiezione di coscienza è stata messa in luce già da J. DÍAZ RECASENS, *Ponencias*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit., pp. 60-61 e P. DE LORA, *Abortar y dar la vida: ¿es constitucional la ley 2/2010?*, in *Ibidem*, cit., p. 111.

¹⁰⁷ Si è evidenziata la necessità di non estendere l'obbligo agli atti precedenti che siano imprescindibili per l'aborto: così F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit., pp. 192-193. Tale criterio, tuttavia, risulta inapplicabile perché trattandosi di un procedimento tutte le fasi (a partire dalla preventiva informazione) sono indispensabili. Cfr. J. M. MARTÍNEZ OTERO, *La objeción de conciencia del personal sanitario en la nueva Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, cit., p. 311, il quale evidenzia la necessità di esimere dall'obbligo di assistere in tutte mansioni sanitarie precedenti l'intervento, mantenendo l'obbligo di intervento per le mansioni amministrative.

¹⁰⁸ Articolo 7, § 3.

¹⁰⁹ Così M. L. CUERDA ARNAU, in *Respuestas al cuestionario*, in S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, cit. pp. 78-79. L'autrice afferma che tanto è dimostrato anche dal fatto che, nel regime previgente, quasi tutti gli interventi fossero realizzati nelle strutture private. Inoltre, critica la legge per non sviluppare, in conseguenza dell'ultimo comma dell'art. 19, § 2, il procedimento che debba seguire la donna per ottenere la prestazione in tempo, ove non riesca ad ottenerla nelle strutture pubbliche.

è particolarmente importante per valutare l'adeguatezza del bilanciamento effettuato dalla legge, giacché, come si è visto nel primo paragrafo di questa sezione, l'aborto tutela veri e propri diritti fondamentali della gestante.

La dottrina è pervenuta a diverse conclusioni¹¹⁰: secondo alcuni, si tratterebbe di un diritto fondamentale, fondato sull'articolo 16 CE. Il diritto all'obiezione sarebbe infatti imprescindibile in uno Stato liberal-democratico, giacché l'imposizione di doveri contrari all'ideologia dei cittadini si tradurrebbe sostanzialmente in una dittatura¹¹¹. Secondo altri, non sarebbe un diritto fondamentale e non sarebbe incluso nell'articolo 16 CE; in uno Stato di diritto non sarebbe concepibile, infatti, un diritto generale di sottrarsi ai doveri legali in base alle proprie credenze, pena la disgregazione del sistema stesso. Infine, si è affermato che, sebbene non esista un generale diritto fondamentale all'obiezione di coscienza, tale diritto si configuri come fondamentale nel caso dell'obiezione al servizio militare e dell'obiezione all'aborto¹¹².

A livello internazionale, l'unica norma rilevante non aiuta a collocare il diritto tra quelli fondamentali o no: la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, infatti, all'articolo 10, rubricato "libertà di pensiero, coscienza e religione", riconosce il diritto all'obiezione di coscienza. Sembrerebbe dunque che lo consideri un diritto fondamentale compreso in tale libertà. Tuttavia, dispone che questo «è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Sembrerebbe quindi indispensabile l'*interpositio legislatoris*.

A livello statale, la Costituzione spagnola disciplina l'obiezione di coscienza solo in due casi: l'obiezione al servizio militare (art. 30, § 2) e quella nell'ambito della libertà di espressione (art. 20, §1, lett. d), relativa al diritto di comunicare o ricevere liberamente informazioni veritiere¹¹³. In entrambi i

¹¹⁰ Per un'attenta ricostruzione delle due posizioni dottrinali, con i riferimenti ai sostenitori dell'una e dell'altra tesi, si veda F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit., pp. 169-170.

¹¹¹ Sottolinea l'importanza che non si contraddicano norme morali e norme giuridiche, in quanto entrambe originate dalla coscienza sociale, H. R. PEÑARANDA QUINTERO, *Análisis jurisprudencial de las sentencias del Tribunal constitucional español nros. 53/1985, 99/1994 Y 136/1999*, in *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, cit., p. 6. L'autore sostiene che per questa necessità negli ordinamenti moderni esiste l'obiezione di coscienza e sono stati aboliti istituti ormai contrari alla morale, come la schiavitù. Si sofferma sull'indispensabilità del riconoscimento dell'obiezione in uno Stato democratico anche J. M. MARTÍNEZ OTERO, *La objeción de conciencia del personal sanitario en la nueva Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, cit., p. 301. Sottolinea l'importanza di un adeguato bilanciamento, in particolare con la tutela dell'ordine pubblico (limite ex art. 16 CE) M. JOSÉ CIÁURRIZ, *Deberes jurídicos y convicciones morales en el ordenamiento español*, cit., p. 60. L'A. afferma che, a dar troppo spazio all'obiezione, lo Stato metterebbe in pericolo la propria esistenza; viceversa, si imporrebbe l'etica statale sulla morale personale.

¹¹² Ne dà atto J. M. MARTÍNEZ OTERO, *La objeción de conciencia del personal sanitario en la nueva Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, cit., p. 307. L'A. non avalla tale tesi, ma si limita ad enunciarla, argomentandola basandosi sull'analisi della giurisprudenza costituzionale.

¹¹³ L'analisi della norma che sviluppa tale diritto, contenuta nella legge organica 2/1997, rivela in realtà come non si tratti di un'obiezione di coscienza, ossia dell'esenzione da un dovere giuridico, ma semplicemente della possibilità del lavoratore di chiedere la cessazione del rapporto lavorativo presso una società di comunicazione. Il lavoratore può cessare il rapporto in due casi: quando si verifica un cambiamento sostanziale nell'orientamento informativo o nell'ideologia; quando la società lo trasferisce in un altro centro dello stesso gruppo che comporti una violazione del suo orientamento professionale.

casi la regolamentazione assume i caratteri di un “mandato costituzionale”¹¹⁴ indirizzato al legislatore ordinario. Nel primo caso, tale mandato contiene l’obbligo di disciplinare l’obiezione «con le debite garanzie» nonché di prevedere le ulteriori cause di esenzione dal servizio militare obbligatorio e l’eventuale prestazione sociale sostitutiva.

La giurisprudenza del Tribunale costituzionale non ha fornito chiare indicazioni in merito.

In tre sentenze si è affermata l’esistenza di un diritto all’obiezione come diritto fondamentale, con conseguente irrilevanza, per il suo esercizio, dell’*interpositio legislatoris*¹¹⁵.

Analizzandole in ordine cronologico, la prima¹¹⁶ afferma che l’obiezione è legata alla libertà di coscienza, la quale è espressione della libertà ideologica di cui all’art. 16 CE. Il diritto all’obiezione è pertanto un diritto che gode della massima protezione costituzionale e può considerarsi «riconosciuto esplicitamente e implicitamente nell’ordinamento costituzionale spagnolo». La sentenza prosegue sostenendo che tale diritto comporta una dichiarazione espressa che legittimi l’obiettole all’esenzione dal dovere giuridico e che solo se viene regolamentata tale esenzione si può effettuare la dichiarazione di obiezione, nella quale il diritto trova la sua piena espressione. Nel caso dell’art. 30, § 2 CE, di cui trattava la sentenza, tale regolamentazione è demandata al legislatore, in forza del mandato costituzionale contenuto nell’articolo. Tuttavia, prosegue il Tribunale, se il legislatore non adempie a tale mandato «non ne deriva [...] che il diritto dell’obiettole possa essere subordinato all’attuazione del legislatore» poiché, viceversa, «il suo riconoscimento non avrebbe altra conseguenza se non quella di stabilire un mandato indirizzato al legislatore, senza forza giuridica per tutelare direttamente le rivendicazioni individuali»¹¹⁷. Conclude il Tribunale affermando, e ciò costituisce la parte più importante, che, in assenza di legislazione, quando si opera con questa riserva legale il mandato costituzionale può avere solo «un minimo contenuto [...] sebbene tale contenuto debba essere protetto», e ciò mediante la tutela ex art. 53, § 2 CE. Si ricordi che la sentenza in esame, nell’affermare la natura di diritto fondamentale dell’obiezione, si è riferita solamente a quella di cui all’articolo 30, § 2 CE.

Proseguendo nell’esame, la terza sentenza ha semplicemente ripreso il principio della seconda, applicandolo al caso dell’obiezione del farmacista. La seconda sentenza, la già citata TCE 53/1985 in tema di aborto, afferma detto principio in un *obiter dictum*, dal seguente tenore: il diritto all’obiezione di coscienza «esiste e può essere esercitato indipendentemente da che si abbia o no una regolamentazione.

¹¹⁴ Definizione utilizzata anche in STC 15 del 20 aprile 1982, FJ 8, in hj.tribunalconstitucional.es

¹¹⁵ STC 15 del 20 aprile 1982, cit.; STC 53 dell’11 aprile 1985, in hj.tribunalconstitucional.es; STC Pleno de 25 junio de 2015, n. 151, in EDJ 2015/112994, che riconosce il diritto all’obiezione di coscienza per i farmacisti nella vendita della pillola del giorno dopo. Sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo relativamente al rapporto tra obiezione di coscienza e necessità dell’intervento del legislatore si veda A. RUIZ MIGUEL, *L’obiezione di coscienza in Spagna: tensioni nel dibattito*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, cit., p. 67 ss., il quale propende a favore della possibilità del solo giudice costituzionale, oltre al legislatore, di intervenire sulla regolamentazione dell’obiezione di coscienza.

¹¹⁶ STC 15 del 20 aprile 1982, cit.

¹¹⁷ *Ibidem*, FJ 8.

L'obiezione di coscienza è compresa nel contenuto essenziale del diritto fondamentale alla libertà ideologica e religiosa, riconosciuto nell'articolo 16, § 1 CE e, come ha indicato questo Tribunale in diverse occasioni, la Costituzione è direttamente applicabile, specialmente in materia di diritti fondamentali»¹¹⁸. A differenza della prima sentenza esaminata, questa seconda non si riferisce a un'obiezione già regolamentata costituzionalmente; pertanto, sembra affermare la sussistenza di un diritto generale all'obiezione di coscienza che non richieda, per il suo esercizio, l'*interpositio legislatoris*. Più cautamente, la terza tra le sentenze che affermano la natura fondamentale del diritto all'obiezione, nel riprendere la dottrina di STC 53/1985, ne interpreta l'ambito del principio come limitato alla sola obiezione all'aborto.

Parimenti in tre sentenze il Tribunale costituzionale ha negato la natura di diritto fondamentale dell'obiezione di coscienza¹¹⁹. Nella prima sentenza, ripresa in maniera identica dalla seconda, si rigetta il motivo di ricorso dell'attore, il quale sostiene che l'obiezione «costituisca, in sé o per derivazione dell'art. 16 CE, un vero diritto fondamentale», affermando che egli «non adduce argomenti sufficienti per giustificare la sua tesi, limitandosi quasi ad affermarla, sebbene col supporto della STC 15/1982»¹²⁰. Infatti, prosegue la Corte, quest'ultima sentenza non avrebbe inteso conferire natura fondamentale all'obiezione, ma semplicemente riconoscerne la natura di diritto costituzionale, fondato sugli artt. 30, § 2 e 53, § 2 CE. In particolare, sebbene quest'ultimo riconosca all'obiezione al servizio militare la stessa tutela prevista per i diritti fondamentali, ciò, anche con un'interpretazione che tenga conto dello stretto legame tra diritto di obiezione e art. 16 CE, non può portare a considerarlo un diritto fondamentale. «A tanto osta la considerazione che il suo nucleo o contenuto essenziale – la sua finalità concreta- consiste nel costituire un diritto ad essere dichiarato esente dal dovere generale». Pertanto, senza la regolamentazione legale, che può provenire anche dal legislatore costituente, come nel caso ex art. 30, § 2 CE di cui tratta la sentenza, non può esercitarsi nessun diritto sulla base della sola libertà ex art. 16 CE. Da qui la necessità dell'*interpositio legislatoris* e della regolamentazione, altresì, di un procedimento per recepire la dichiarazione, essendo necessario conciliare il foro della coscienza con quello sociale. In verità, con questa sentenza, il Tribunale non sembra reinterpretare la precedente STC 15/1982, bensì affermare un vero e proprio *revirement*¹²¹. Il concetto secondo il quale l'obiezione non fa parte dell'art. 16 CE, ma vi sia solo connesso, viene ripreso nella terza sentenza, che, tuttavia, si occupa solo

¹¹⁸ STC 53/1985, cit., FJ 14.

¹¹⁹ SSTC 160 e 161 del 27 ottobre 1987; STC n. 321 del 28 novembre 1994, tutte in hj.tribunalconstitucional.es

¹²⁰ FJ 3 STC 160/1987, cit.

¹²¹ È difficile, infatti, non leggere nella STC 15/1982 un riconoscimento dell'obiezione come diritto fondamentale, laddove si afferma che «posto che la libertà di coscienza è concretizzazione della libertà ideologica che la nostra Costituzione riconosce all'articolo 16 CE, può affermarsi che l'obiezione di coscienza è un diritto riconosciuto esplicitamente e implicitamente nell'ordinamento costituzionale spagnolo» (FJ 6) e, successivamente, (FJ 8) nel sottolineare il nucleo essenziale di tutela del diritto dell'obiezione previsto nel mandato costituzionale di cui all'articolo 30, § 2 CE, riconosce che senza tale minima protezione «si avrebbe la negazione radicale di un diritto che gode della massima protezione costituzionale nel nostro ordinamento».

brevemente della questione, relativamente all'art. 30, § 2 CE.

La giurisprudenza del Tribunale Supremo, nel cercare di comporre il contrasto della giurisprudenza costituzionale, ha riconosciuto rango costituzionale alla sola obiezione di coscienza al servizio militare e all'aborto, affermando che non esiste un diritto all'obiezione generale e di rango fondamentale o costituzionale, ma solo puramente legislativo, che il legislatore potrà anche sopprimere laddove lo ritenga opportuno¹²². Riconoscere l'obiezione di coscienza come diritto generale colliderebbe sia con la tutela degli altri diritti fondamentali dei cittadini, sia con la tutela dell'ordine pubblico, quale limite individuato nello stesso art. 16 CE alla libertà ideologica. Lo stesso articolo 30, § 2 CE non avrebbe senso se esistesse un diritto generale ad obiettare. La giurisprudenza di merito, infine, oscilla tra una tesi e l'altra¹²³.

4. Considerazioni conclusive

La conclusione a cui si ritiene di dover pervenire è che nell'ordinamento spagnolo non vi siano riferimenti univoci che obblighino a considerare l'obiezione di coscienza come diritto fondamentale, né elementi univoci che ostino a una tale considerazione. Pertanto, sarà la morale del contesto storico sociale a decidere se optare per un'interpretazione che includa questo diritto tra quelli fondamentali, oppure lo escluda, affermandone la disponibilità da parte del legislatore.

Una tesi che voglia negare la natura fondamentale del diritto all'obiezione di coscienza deve svilupparsi innanzitutto sul fatto che i diritti fondamentali hanno «l'oggetto, il contenuto e i limiti definiti già nell'enunciato costituzionale che contiene il diritto»¹²⁴. Questi potranno, senz'altro, essere definiti in maniera espressa o implicita, concreta o astratta, ma devono pur sempre essere presenti nella Costituzione. Al legislatore (costituzionale o ordinario, se c'è un mandato in tal senso) e ai giudici (soprattutto al Tribunale Costituzionale), spetterà il compito di delimitare il contenuto del diritto astrattamente definito nell'enunciato costituzionale, ma sempre sviluppando dei limiti già ricavabili espressamente dallo stesso testo costituzionale. Viceversa, se potessero introdursi altri limiti, si

¹²² Così STS, 11 maggio 2009 (Roj: STS 3059/2009); 4 STS, 11 febbraio 2009 (Roj: STS 340/2009); STS 11 de febrero de 2009 (Roj 1878/2009); STS 5 novembre 2009, (Roj 7046/2009), tutte in poderjudicial.es. Peraltro, una delle quattro sentenze del Tribunale Supremo del 2009 è stata impugnata davanti al Tribunale costituzionale, ma il provvedimento conclusivo (STC Sala 1ª de 24 febrero de 2014, in EDJ 2014/24640) ha perso l'occasione di pronunciarsi sulla natura dell'obiezione di coscienza, come pure la successiva STC 151/2014, cit., sulla questione del registro degli obiettori, che esplicitamente afferma (FJ 4) che «non è oggetto del presente ricorso [...] un'analisi della natura giuridica dell'obiezione di coscienza».

¹²³ A titolo esemplificativo si citano: Cont-Advo. Málaga de 23 febrero de 2012, cit., ove si afferma che l'obiezione è un diritto fondamentale nei soli casi dell'aborto e dell'esenzione alla leva militare, mentre non esiste un diritto generale. STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 febrero de 2013, cit., ove si afferma che è necessaria l'interpositio legislatoris per dichiararne l'esistenza in ciascun caso. SJdo. Penal Elche/Elx de 2 junio de 2016, in EDJ 2016/79140, ove si afferma che l'obiezione di carattere costituzionale è limitata alla sola esenzione dal servizio militare. STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 septiembre de 2017, in EDJ 2017/325053, ove si afferma che manca un riconoscimento costituzionale dell'obiezione di coscienza tranne nel caso dell'art. 30, § 2 CE.

¹²⁴ Parole di I. VILLAVARDE, *Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales*, in AA. VV., *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 1, Madrid, 2002, p. 320.

legittimerebbe alla loro introduzione o chi non ha competenze costituzionali o chi, pur avendole, li introduce adducendo ragioni non fondate sulla Costituzione¹²⁵. Partendo da quanto affermato ed applicandolo alla comune definizione dell'obiezione di coscienza, è evidente che tale diritto, in maniera generale, non può dirsi sussistente neppure in astratto nella costituzione, per il semplice fatto che è la stessa nozione del diritto ad essere vaga e indefinita. Si definisce, infatti, l'obiezione di coscienza come il rifiuto di obbedire a un generico mandato dell'autorità legale, in quanto contrario a un astratto imperativo di coscienza, il quale impone un comportamento contrario¹²⁶. Ancora, si è definita come la pretesa di chi, in nome della propria coscienza, si rifiuta di obbedire a un precetto giuridico al quale è obbligato come destinatario delle norme di un determinato ordinamento¹²⁷.

È palese, però, che le ideologie possono racchiudere -tanto più nell'attuale epoca in cui regna un relativismo morale- tantissimi pensieri: possono essere relativi alla concezione della famiglia, dell'educazione, dell'integrità fisica, etc. Così generalmente definito, il diritto dice tutto e il contrario di tutto: è una definizione vuota, il cui oggetto e i cui limiti non possono sicuramente ricavarsi dal testo della Costituzione ed atteggiarsi come diritto fondamentale. Gli stessi autori che si interrogano sulla natura fondamentale del diritto di obiezione e sulla possibilità di esercitarlo senza *interpositio legislatoris*, devono poi concludere che è necessario effettuare una ponderazione degli interessi in gioco; ponderazione preventiva, dunque precedente alla possibilità di esercitare legittimamente il diritto¹²⁸. E chi compie questa ponderazione preventiva? Sicuramente non se n'è occupato il Costituente. È necessario, invece, che vi proceda il giudice o il legislatore; e ciò non, si badi, attenendosi ai limiti già definiti nella costituzione (mancando appunto nella Costituzione un'indicazione in tal senso) ma creandoli egli stesso.

Tale conclusione può essere suffragata da vari dati.

Innanzitutto, per quanto riguarda l'obiezione al servizio militare, è chiaro che siamo davanti a un caso nel quale all'interno della Costituzione rinveniamo oggetto, limiti e contenuto del diritto. Tuttavia, anche in questo caso non sembra potersi qualificare un diritto fondamentale. Così dispone innanzitutto la più recente interpretazione giurisprudenziale in merito¹²⁹. Inoltre, a ciò osterebbe la collocazione sistematica dell'art. 30. Ancora, lo stesso articolo 53, § 2, non avrebbe senso se si trattasse di un diritto

¹²⁵ I. VILLAYERDE, *Ibidem*, p. 323. L'autore sottolinea che i diritti fondamentali non devono essere lasciati all'arbitrio dei giudici o del legislatore, ma devono essere vincolati al testo costituzionale, che ne pone i limiti esterni.

¹²⁶ È la definizione accolta da F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit., p. 167, che riprende quella di S. Sieira Mucientes.

¹²⁷ Così M. ALBERT MÁRQUEZ, *El papel de la Administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de «nuevos derechos»: los casos del aborto y la eutanasia*, cit., p. 159, che riprende la definizione di F. Viola.

¹²⁸ Così F. SIMÓN YARZA, *¿Exención de un deber de abortar? Sobre el registro navarro de objetores y el significado de la «objeción de conciencia»*, cit., p. 165. L'autore, nell'affermare come anche i diritti fondamentali possano essere oggetto di limitazione, cita l'esempio del diritto di espressione. Tuttavia, è chiara la differenza: in quest'ultimo caso il contenuto, l'oggetto e i limiti, sono senz'altro contenuti nella Costituzione.

¹²⁹ Ossia le SSTC 160-1/1987 che, a chiare lettere, rivedono i principi affermati nella precedente STC 15/1982, che deve intendersi, pertanto, superata, anche alla luce del fatto che in tal senso depone pure la più recente STC 321/1994.

fondamentale: tale articolo, infatti, estende -in maniera eccezionale- la tutela prevista per le «libertà e diritti riconosciuti nell'articolo 14 e nella Sezione prima del Capitolo secondo» al «caso dell'obiezione di coscienza riconosciuta nell'articolo 30». Estendere la tutela processuale non implica, però, la parificazione sostanziale¹³⁰. A titolo esemplificativo si sottolinea che, tra le tutele previste per i diritti fondamentali, vi è anche la riserva di legge organica. L'articolo 19 della L.O. 2/2010, invece, non riveste tale carattere¹³¹. Infine, occorre chiedersi fino a che punto si possa definire “dovere giuridico” un'obbligazione lavorativa liberamente assunta, in particolare dai dipendenti statali¹³². Questo costituisce l'argomento più significativo e che ben rende l'idea di come, in assenza di vincoli espliciti normativi, l'ordinamento spagnolo possa, in futuro, virare verso una negazione del carattere fondamentale dell'obiezione. Ed infatti, in ambito lavorativo, il diritto all'obiezione di coscienza viene normalmente negato¹³³. Occorre, infatti, ricordare che in uno Stato democratico le norme vengono votate dalla maggioranza, ed è giusto che vengano imposte e rispettate in quanto espressione della stessa. Pertanto, se, un giorno, la morale sociale evocerà la necessità di tutelare maggiormente i diritti della donna, vi saranno senz'altro gli argomenti per attuare questo *revirement*.

Attualmente, tuttavia, l'obiezione di coscienza deve ritenersi qualificata come un vero e proprio diritto fondamentale, seppur con le precisazioni che seguono.

Innanzitutto, è indispensabile slegarsi dalla nozione di obiezione comunemente intesa, per abbracciare quella, più settoriale, adottata dalla giurisprudenza costituzionale: il diritto all'obiezione sarebbe «il diritto [...] a ottenere l'esenzione dal compimento di una norma, convertendo questa condotta in lecita, legittima o legale»¹³⁴. Tuttavia, la configurazione del diritto come un diritto all'eccezione e l'assenza di un diritto generale all'obiezione, non comporta che, quando tale diritto sussista, non possa qualificarsi come fondamentale¹³⁵. E quando sussiste tale diritto? Per affermare la sussistenza di un diritto fondamentale, occorre, infatti, definirlo con precisione e verificare se il suo

¹³⁰ Ciò viene sottolineato anche da STC 160/1987, cit., FJ 3, che afferma come l'art. 53, § 2, equipara il diritto all'obiezione, ai soli effetti di detto ricorso, al trattamento giuridico costituzionale previsto per i diritti fondamentali.

¹³¹ L'ha evidenziato criticamente anche F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit., pp. 169. Vedasi anche F. SIMÓN YARZA, *¿Exención de un deber de abortar? Sobre el registro navarro de objetores y el significado de la «objeción de conciencia»*, cit., p. 171. Si noti che, anche nell'ambito dell'obiezione al servizio militare, non tutte le leggi in tema rivestivano la forma di legge organica: così la legge 48/1984, del 26 dicembre, che regola l'obiezione di coscienza e le prestazioni sociali sostitutive. Il TC (STC 160/1987, cit.) si è pronunciato sul punto, negando la necessità di tale forma.

¹³² Sul vincolo particolare tra medico statale e Stato, si veda M. ALBERT MÁRQUEZ, *El papel de la Administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de «nuevos derechos»: los casos del aborto y la eutanasia*, cit., p. 162 ss., ove si evidenzia, però, che è orientamento ormai desueto quello di richiedere al dipendente pubblico una fedeltà acritica e silenziosa rispetto alla politica e agli ordini legislativi, sicché non osterebbe tale carattere all'esercizio dell'obiezione.

¹³³ Si veda M. JOSÉ CIÁURRIZ, *Deberes jurídicos y convicciones morales en el ordenamiento español*, cit., p. 95 ss.

¹³⁴ STC 160/1987, cit. FJ 4.

¹³⁵ Così M. ALBERT MÁRQUEZ, *El papel de la Administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de «nuevos derechos»: los casos del aborto y la eutanasia*, cit., p. 164 ss. L'autrice afferma, infatti, che «quando realmente vi siano le circostanze per il suo esercizio, non può che trattarsi di un diritto fondamentale» (p. 167).

contenuto, oggetto e limiti rientrano nei precetti costituzionali.

Dall'analisi della legislazione e della giurisprudenza spagnole possiamo affermare che il diritto all'obiezione di coscienza si configura come diritto fondamentale solo ove il dovere giuridico implichi la soppressione della vita umana. Non viene, infatti, riconosciuta l'obiezione di coscienza nell'ambito della procreazione assistita, né ai medici appartenenti al credo dei testimoni di Geova che si rifiutino di eseguire trasfusioni su terzi, né, ancora, alla vendita di preservativi¹³⁶. Né viene riconosciuta in ambito lavorativo, in ambito educativo e nella celebrazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso¹³⁷. È invece riconosciuta, oltre che nei celebri casi del servizio militare e dell'aborto, nel caso dell'approvvigionamento, ed eventuale successiva vendita, della pillola del giorno dopo da parte dei farmacisti, sul presupposto -pur tuttavia erroneo- dell'incertezza sugli effetti abortivi della pillola in oggetto¹³⁸. Così definito e circoscritto, il diritto all'obiezione di coscienza può atteggiarsi come un vero e proprio diritto fondamentale, fondato sugli articoli 15 e 16 CE. Il cittadino non avrà bisogno, per esercitarlo, di un preventivo riconoscimento, poiché il nucleo essenziale di tale diritto¹³⁹, strettamente legato alla concezione e al rispetto della vita umana, non potrà essere sottomesso alla disponibilità del legislatore, né essere negato del tutto.

Alla luce di quanto sopra, è adeguata la disciplina prevista nell'art. 19 della L.O. 2/2010?

Per rispondere al quesito occorre avere ben chiaro che, negli ospedali pubblici, il medico che obietta potrà essere destinato ad altre mansioni, ma non potrà essere né licenziato né soggetto a demansionamento. Pertanto, la parte dell'art. 19 che prevede che l'esercizio dell'obiezione debba avvenire senza pregiudizio all'accesso e alla qualità della prestazione¹⁴⁰, si rivela, in realtà, una sorta di minaccia senza contenuto. La P.A. è di fatto impossibilitata ad organizzare gli ospedali pubblici nel senso di assicurare la presenza di medici non obiettori. Tanto è dimostrato dai dati concreti¹⁴¹: su tutti, si pensi alla situazione che ha portato alla legge della comunità navarrese sul registro degli obiettori. Il Tribunale

¹³⁶ Per la procreazione assistita si veda la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Relativamente alla vendita di preservativi il riferimento è a STC 145/2015, cit.

¹³⁷ Per approfondimenti si veda M. JOSÉ CIAURRIZ, *Deberes jurídicos y convicciones morales en el ordenamiento español*, cit., p. 90 ss.

¹³⁸ STC Pleno de 25 junio de 2015, n. 145, cit., che sottolinea come già la STC 53/1985 si basasse sulla conflittualità tra il dovere giuridico e la concezione dell'obiettore sul diritto alla vita, ritenendo applicabile il precedente al caso *de quo*. La sentenza, sebbene conduca a una conclusione in via di principio lineare, lo fa adducendo argomenti assolutamente scorretti, come rilevato dai voti contrari. In primo luogo, non sussiste, contrariamente a quanto affermato, un'incertezza sugli effetti abortivi della pillola del giorno dopo, giacché la stessa agisce, al pari degli anticoncezionali ordinari, ritardando l'ovulazione, sicché se la stessa è già avvenuta il farmaco non ha effetto. Inoltre, la sentenza del 2015 afferma, in sede di bilanciamento del diritto dell'obiettore coi diritti delle donne che devono assumere la pillola del giorno dopo, che non vi è lesione di questi in quanto la farmacia dell'obiettore si troverebbe al centro di una grande città, dove è ragionevole pensare che ci siano altre farmacie vicine. Con ciò il Tribunale trascura di affermare un diritto generale, con conseguente dovere di ancorare la motivazione non a una circostanza del caso concreto (peraltro solo ipoteticamente affermata) ma al bilanciamento tra diritti fondamentali.

¹³⁹ Il "minimo contenuto" tutelato dal mandato costituzionale cui si riferiva STC 15/1982, cit.

¹⁴⁰ Art 19, § 2.

¹⁴¹ Si veda *supra*, note 89 e 109. Sull'assenza, invece, di obiettori nel settore privato si veda l'articolo dell'infermiera P. EXPÓSITO CAMACHO, *La situación actual del aborto en España. Valoración provisional de la eficacia de la ley orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, in *Boletín Criminológico*, 170, n. 3, 2017, p. 14.

costituzionale, nell'espone gli argomenti dei ricorrenti relativi all'asserito timore dell'obiettore di iscriversi nel registro, dà atto del fatto che solo 3 medici vi erano iscritti; ciò in una regione con una percentuale di obiettori prossima al 100%, «nella quale la massiva obiezione obbligava a ricorrere all'aborto in altre comunità vicine»¹⁴². Questa situazione è sintomatica di un errato bilanciamento dei diritti, con eccessiva compressione dei diritti fondamentali della donna; a ciò si aggiunga anche la lesione degli articoli 139 e 149 CE¹⁴³.

L'unica tutela prevista nella legge sembra essere la clausola di cui all'ultimo paragrafo dell'art. 19.2, la quale prevede che, nel caso in cui sia impossibile ottenere la prestazione in tempo col servizio pubblico, la gestante avrà diritto all'assistenza in qualunque centro accreditato nel territorio nazionale. Tale clausola, però, non è sufficiente: infatti, non scongiura il rischio che la donna sia obbligata a grandi spostamenti per rinvenire un centro dove ottenere la prestazione. D'altra parte, sembra che anche in alcuni ospedali pubblici spagnoli si sia fatto ricorso a meccanismi di reclutamento selettivo, mediante l'utilizzo di bandi a tempo determinato volti all'assunzione di personale non obiettore per attuare la L.O. 2/2010. Tuttavia, detti bandi sembrano essere molto rari, in quanto non risulta alcun dibattito in dottrina analogo a quello sviluppatosi in Italia relativamente alla sorte dell'obiettore sopravvenuto. Certo è che negli ospedali pubblici l'accesso all'aborto è estremamente ostacolato, al pari che in Italia¹⁴⁴. Come viene garantito, allora, l'accesso a questo trattamento sanitario?

La prassi ha dimostrato come il problema dell'obiezione di coscienza si risolva solo con la creazione di centri che si occupino esclusivamente di aborto; centri che, purtroppo, sono sorti solo per iniziativa di privati. La Spagna, in tal senso, ha una legislazione più permissiva dell'Italia: la legislazione italiana impedisce la creazione di cliniche abortiste, fissando una percentuale massima per gli interventi di aborto rispetto al totale degli interventi effettuati dalla clinica l'anno precedente. Tuttavia, la legislazione spagnola potrebbe fare un passo avanti, ossia prevedere dei centri statali che si occupino solo di aborti e che debbano essere distribuiti su tutto il territorio nazionale. Si risolverebbe così il problema dell'obiezione sopravvenuta, in quanto l'obiettore dovrebbe essere trasferito in un ospedale, non avendo altre mansioni da svolgere. Il caso di Navarra ha confermato che solo con la creazione di un centro che effettua esclusivamente aborti si è potuto risolvere il grave problema che affliggeva le donne di quella Comunità.

¹⁴² Tanto evidenzia il Magistrato D. Andrés Ollero Tassara nel suo voto particolare.

¹⁴³ I quali stabiliscono, rispettivamente, la garanzia dello sviluppo e esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini in maniera uguale in tutta la Spagna e il principio in base al quale tutti gli spagnoli hanno gli stessi diritti e doveri in qualunque parte del territorio.

¹⁴⁴ Il ricorso ai bandi di reclutamento selettivo e la difficoltà nell'accesso all'aborto negli ospedali pubblici sono documentati dallo studio dell'associazione Asociación de clínicas acreditadas para la interrupción del embarazo, *Acceso al aborto en el Estado Español. Un mapa de inequidad*, 2008, scaricabile al link inmujeres.gob.es. Si veda, in particolare, a p. 22, la testimonianza sul ricorso al reclutamento selettivo in Andalusia. La difficoltà nell'accesso all'aborto negli ospedali pubblici è testimoniata anche da numerosi articoli di testate online.

SEZIONE SECONDA:
L'OBBLIGO DI RINVIO E GLI ABORTUS CENTRA:
IL MODELLO DEL BELGIO

1. Premesse. In particolare: la consolidazione della tesi secondo la quale il feto non è persona

Il Belgio è una monarchia costituzionale; dagli anni Settanta si è gradualmente trasformata da Stato unitario a Stato federale. I poteri decisionali sono divisi su tre livelli: il governo federale, le tre regioni (Fiandre, Vallonia e Bruxelles), e le tre comunità linguistiche (francofona, fiamminga e germanofona), che hanno uguali poteri ma diverse competenze. Un'importante particolarità dello Stato belga è che tra questi tre livelli di potere vige il principio dell'equipollenza normativa o "equivalenza degli standard", che comporta che ogni livello goda di totale autonomia nella propria competenza.

Per qualsiasi riforma istituzionale è necessaria una doppia maggioranza, di parlamentari francofoni e di lingua olandese; è così per le riforme costituzionali o di leggi speciali.

La sanità è una materia di competenza generale dello Stato federale¹⁴⁵; trattandosi di "*matière personnalisable*"¹⁴⁶, le comunità sono competenti relativamente all'erogazione dei trattamenti sanitari, alla formazione sanitaria e alla medicina preventiva.

Lo Stato federale ha istituito e gestisce l'INAMI, *Institut National d'Assurance Maladie Invalidité*, che organizza il sistema di assicurazione sanitaria obbligatoria nel Belgio.

La Sanità, infatti, non è pubblica e gratuita come in Italia, ma è privata: tutti i cittadini sono obbligati a sottoscrivere un contratto di assicurazione che copre la maggior parte degli interventi comunemente necessari; i lavoratori vengono assicurati dal proprio datore. Solo in via residuale vengono coperte le cure dei soggetti indigenti, senza lavoro né reddito. Di questo dovrà tenersi conto nel corso della trattazione: se la sanità è privata, ogni ospedale monetizza in maniera più o meno elevata da ogni prestazione sanitaria, compreso l'aborto. Vi sono poi, come in Spagna, dei centri che si dedicano esclusivamente all'aborto¹⁴⁷.

Altra doverosa premessa è che il diritto belga è strettamente legato al diritto della vicina Francia, alla cui giurisprudenza tende spesso ad omologarsi¹⁴⁸. Altresì è molto influenzato dalla giurisprudenza della

¹⁴⁵ Sulla ripartizione multilivello delle competenze in materia sanitaria si veda G. CÉLINE, *La pratique de l'interruption volontaire de grossesse en structures extra-hospitalières en Belgique*, in *avortementancic.net*, 2013, pp. 7-8 e S. JACOB – F. VARONE, *L'évaluation des politiques publiques. Six études de cas au niveau fédéral*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 19-20/2002, pp. 5-80.

¹⁴⁶ Insieme all'insegnamento, la cultura e l'assistenza sociale alle persone.

¹⁴⁷ Segnala che nelle Fiandre questi centri specializzati sono presenti in misura assai minore rispetto alle regioni di Bruxelles e della Vallonia S. JACOB – F. VARONE, *L'évaluation des politiques publiques. Six études de cas au niveau fédéral*, cit., p. 63.

¹⁴⁸ Ne dà atto anche J. L. FEIGNART, *Aspects juridiques des traumatismes du fœtus*, in P. Lucas – M. Stehman (sous la direction de), *L'expertise de l'enfant et de la personne âgée. Les deux pôles de la vie*, Limal, 2011, p. 95.

Corte EDU, complice la vicinanza dello Stato alla sua sede.

La prima norma sull'aborto nel Belgio indipendente risale al 1867 e lo collocava tra i reati contro l'ordine delle famiglie e la moralità pubblica¹⁴⁹. Tuttavia, la giurisprudenza aprì un varco di legalità: passando per il tramite dello stato di necessità, giustificò la non punibilità dell'aborto per gravi ragioni terapeutiche, nonché in caso di incesto e stupro¹⁵⁰. Dopo la Prima guerra mondiale, nel 1923 una legge vietò ogni pubblicità e informazione sulla contraccezione, senza tuttavia proibirne l'uso o la vendita.

Nel 1960, a Gand, fu istituito il primo Centre de Planning Familial (CPF). Si tratta di un centro extraospedaliero, ormai diffusissimo in Belgio, dedito all'assistenza alle famiglie e ai singoli in ambito procreativo, in molto simili ai nostri consultori, ma spesso attrezzati anche a livello ambulatoriale. Nel 1970 i CPF vennero ufficialmente riconosciuti e sovvenzionati dal Ministro della Sanità belga. Sono anni nei quali l'aborto, clandestino o meno, divenne sempre più diffuso, anche grazie all'opera degli stessi CPF.

Nel 1973 il ginecologo di Namur dottor Willy Peers venne arrestato dopo aver pubblicamente dichiarato di aver eseguito oltre trecento aborti. Il suo arresto generò un dibattito per la redazione di una legge che depenalizzasse l'aborto, seppur con certi limiti. Per pervenire a questo risultato saranno però necessari ancora parecchi anni. L'immediato effetto dello scandalo fu l'abrogazione della legge del 1923 sul divieto della propaganda relativa agli anticoncezionali¹⁵¹.

Nonostante l'immobilità del dibattito legislativo, nella pratica l'aborto continuava a diffondersi: nella seconda metà degli anni Settanta negli stessi CPF iniziarono ad eseguirsi gli interventi. Fino ad allora, i centri erano deputati unicamente alla promozione dell'informazione e al sostegno precedente e successivo all'aborto, mentre l'intervento vero e proprio veniva eseguito solo negli ospedali. Iniziarono inoltre a diffondersi dei centri specificamente ed esclusivamente dedicati all'esecuzione degli aborti (*abortus centra*), autonomi sia rispetto ai CPF che agli ospedali. Si passò quindi dall'aborto clandestino - non dichiarato - all'aborto illegale, ma ufficialmente dichiarato.

In questi anni, nonostante le numerose proposte di legge, nulla cambiò a livello legale e proseguirono i processi. Nel 1981 si avviò il primo processo per aborto che coinvolse ben trenta imputati, tra cui le donne che avrebbero abortito, i medici e gli ausiliari che le avrebbero assistite. A portare gli imputati a processo fu il PM Victor Van Hontsé, con finalità provocatorie, giacché egli, già professore all'ULB (*Université Libre de Bruxelles*), ne sposava i valori, tradizionalmente legati alla volontà di contrastare

¹⁴⁹ Nel Codice penale italiano, si ricordi, era inserito tra i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe. Nel Codice belga l'aborto è disciplinato agli artt. 348 ss. Sulla storia del reato di aborto e della legge 3 aprile 1990 si veda A. WÉRY, *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, p. 10 ss. e G. CÉLINE, *La pratique de l'interruption volontaire de grossesse en structures extra-hospitalières en Belgique*, cit., p. 8 ss.

¹⁵⁰ L.-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 2010, p. 5 ss.

¹⁵¹ Abrogata con legge del 28 giugno 1973.

l'egemonia cattolica nel pensiero e nell'insegnamento. Gli imputati vennero tutti condannati in primo grado.

Nel 1983 la Corte d'Appello ribaltò la sentenza, assolvendo tutti¹⁵². Secondo la Corte, gli imputati non ebbero piena coscienza delle proprie azioni, non espressero una libera volontà e pertanto non potevano essere giuridicamente imputabili né penalmente responsabili. L'effetto sperato dalla sentenza era quello di sopire il dibattito: gli imputati reclamavano infatti una condanna, con obbligo di emanare quanto prima una legge che depenalizzasse l'aborto, oppure l'assoluzione per sussistenza dello stato di necessità.

Solo con il raggiungimento della maggioranza politica del partito socialista si creò il terreno fertile per la prima legge che depenalizzerà parzialmente l'aborto.

La legge venne approvata il 29 marzo 1990; tuttavia fu promulgata solo il 3 aprile 1990, poiché il re Baudouin si rifiutò di sottoscriverla, invocando una forma singolare di obiezione di coscienza¹⁵³, dichiarando che la legge fosse contraria alle sue convinzioni morali. L'*empasse* fu superato ricorrendo alla figura dell'incapacità di regnare (art. 82 Cost.). La legge venne quindi approvata dal Governo, con un'applicazione analogica dei poteri dei ministri in caso di morte del re (art. 79 Cost.) e successivamente ripristinando i poteri in capo a quest'ultimo, mettendo fine alla provvisoria impossibilità di regnare.

La legge del 1990 modificava il Codice penale, inserendo delle ipotesi di depenalizzazione dell'aborto. Detta legge è rimasta in vigore fino alla pubblicazione della recente legge del 15 ottobre 2018, che ha, come si vedrà, in gran parte ripreso la legge precedente, ma a cui spetta il merito di aver isolato la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza in una legge estranea al Codice penale.

Per capire la disciplina sull'aborto è doverosa un'ulteriore premessa: nel diritto belga è pacifico che l'embrione -o il feto- non è una persona¹⁵⁴.

È invece discusso se sia qualificabile come una cosa oppure, come sostiene la maggior parte della dottrina, se abbia uno statuto proprio che mette in crisi la bipartizione gaiana¹⁵⁵.

¹⁵² App. Bruxelles, 30 giugno 1983.

¹⁵³ Il re inviò una lettera al Primo Ministro, pregandolo di trovare una soluzione che conciliasse il suo diritto a non agire contro la propria coscienza e la necessità di garantire un buon funzionamento della democrazia parlamentare. L'impossibilità di regnare cessò il 5 aprile 1990. Per approfondimenti sulla vicenda si veda L-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, cit., pp. 8-11. L'A. riporta le numerosissime critiche a questa particolare obiezione: secondo la maggior parte della dottrina, il re, quale rappresentante del popolo, non avrebbe diritto di sollevare obiezione di coscienza per propri convincimenti personali.

¹⁵⁴ Questo dovrà essere tenuto in conto in particolare quando si approfondirà il tema dell'assenza di un termine finale per abortire.

¹⁵⁵ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Bruxelles, 2013, p. 21 ss. sostiene che lo *status* del feto metta in crisi la *summa divisio* tra cose e persone; tuttavia esclude che possa qualificarsi come persona. J. L. FEGNART, *Aspects juridiques des traumatismes du fœtus*, cit., p. 57 ss., considerando la liceità dell'aborto e l'interpretazione attuale dell'art. 2 CEDU, sostiene anch'egli che il feto non è persona né soggetto di diritto, pur tuttavia non può considerarsi come una cosa qualsiasi, in quanto ha uno statuto e delle tutele a lui proprie. Durante il periodo di non viabilità sarebbe qualificabile come una "sostanza di origine umana facente parte integrante della donna che lo custodisce", secondo la dottrina romana della *pars viscerum*. Questa impostazione

A livello legislativo, dalla stessa legge sull'aborto si è dedotto che il feto non possa considerarsi come una persona, giacché, viceversa, lo Stato legittimerebbe un omicidio. In questo senso, la Cassazione ha preso le distanze dalla precedente giurisprudenza che considerava come omicidio la morte del feto durante il travaglio, concludendo che, in caso di parto indotto a seguito di lesioni, la donna può chiedere solo il risarcimento dei danni ulteriori legati all'anticipazione del parto e alla morte del feto¹⁵⁶. Non sussiste invece, a differenza che in Italia, una figura di reato apposita per l'aborto preterintenzionale.

Sempre a livello legislativo, che il feto non sia persona sembra confermato dalla legge 11 marzo 2003 sulla ricerca sugli embrioni in vitro, che conferma che la persona umana non esiste dal concepimento: l'embrione è definito come l'insieme di cellule dal quale, con lo sviluppo, originerà l'essere umano. Impostazione suffragata anche dalla legge 7 maggio 2004 sulla sperimentazione sugli esseri umani, che definisce questi ultimi definiti come "persona nata, vivente e vitale".

Infine, la legge del 19 dicembre 2018 sulla possibilità di formare un certificato che attesti il parto di feto morto sembrerebbe accrescere l'importanza della vita prenatale. A maggior ragione se si considera che la formazione dell'atto, in determinati casi, è consentita anche senza il consenso della donna¹⁵⁷. Tuttavia, si è chiarito che lo scopo della norma è semplicemente quello di aiutare coloro che sarebbero divenuti genitori ad elaborare il lutto per l'interruzione della gravidanza, e che il certificato non conferisce alcuna personalità giuridica al feto.

Nel diritto belga, infatti, la personalità giuridica si acquista con la nascita; tuttavia, analogamente a come accade nel diritto italiano, il momento iniziale può essere fatto retroagire al concepimento, sebbene dopo la nascita, utilizzando la figura della condizione¹⁵⁸.

troverebbe, prosegue l'A., conferma nella CEDU, che ha rilevato come la vita del feto, essendo intimamente legata a quella della gestante, non può essere considerata isolatamente (*Reeve c. UK*, 30 novembre 1994).

¹⁵⁶ Cass. pen., 7 novembre 1995. Analogamente, il Tribunale del lavoro di Gand, 7 marzo 2002, ha affermato che per tutelare una donna incinta dai danni da esposizione agli idrocarburi è necessario prendere misure anche a tutela del feto, ma che quest'ultimo non ha un'esistenza individuale come persona giuridica.

¹⁵⁷ In particolare, la legge prevede che per la morte dopo i 180gg di gravidanza la formazione del certificato è obbligatoria. L'atto deve contenere necessariamente alcune informazioni (giorno, luogo del parto, nomi della gestante e del partner, sesso del feto); vi è facoltà di dare un nome al feto. Come anticipato, l'atto può essere redatto anche su richiesta del marito o del partner che riconosce il feto, contro la volontà della donna. Questa scelta è stata fortemente criticata, sia per la necessità di coinvolgere la gestante, che è la principale interessata, sia perché è sembrato che l'importanza del "diritto" del feto prevalesse sui diritti della donna. Per approfondire si veda P. HUART, *Les législations sur l'enfant sans vie et sur l'interruption volontaire de grossesse: concilier l'inconciliable?*, in *Annales de Droit de Louvain*, vol. 79, 1/2019, pp. 3-28. L'A. in particolare si interroga sulla sussistenza di eventuali contrasti tra l'obbligo di registrare la morte del feto e il diritto della donna di abortire. Conclude però nel senso che le due discipline operano in ambiti differenti, essendo la prima volta esclusivamente ad agevolare l'elaborazione del lutto, che può esserci anche nel caso di aborto terapeutico (che ben può effettuarsi oltre i 180 giorni e dunque nel periodo in cui la legge prevede l'obbligatorietà del certificato). Più critico il parere di D. BERNARD – S. DATOUSSAID – E. D'URSEL – V. ELOY, *L'autonomie reproductive et les droits des femmes à l'aune de trois nouvelles lois « symboliques » : du glissement au recul?*, in *Journal des Tribunaux*, 2019, pp. 344-347. Le autrici sostengono che le leggi in materia di gravidanza e filiazione dovrebbero tenere in conto innanzitutto l'interesse della gestante.

¹⁵⁸ Con proposta di legge del 2 marzo 2020 si è ipotizzato di modificare il codice civile belga, anticipando l'acquisto della personalità giuridica fetale già al momento della gestazione, a prescindere dalla futura nascita, "quando il suo interesse lo esige". La proposta mira a proteggere il nascituro da situazioni pregiudizievoli, giustificando ad esempio misure di tutela nei confronti della gestante tossicodipendente o alcolista, o in caso di gestante inserita in un contesto di maltrattamenti familiari. Detta proposta si è però scontrata con il parere negativo del Consiglio di Stato, che ha evidenziato come dette finalità possano perseguirsi a prescindere dall'attribuzione della personalità giuridica al feto. Si veda *Avis n. 67.057/AG*

La possibilità di far retroagire la personalità giuridica al momento del concepimento comporta, ad esempio, come nel nostro ordinamento, la possibilità di risarcire il nato dei danni patiti durante la gravidanza, a condizione che gli stessi siano direttamente causati dalla condotta del sanitario. Tuttavia, si riscontra nella giurisprudenza belga uno scostamento significativo dalla giurisprudenza italiana, laddove, nel danno da nascita indesiderata, non sempre viene riconosciuto il danno patrimoniale per il futuro mantenimento del nato, sostenendo, in particolare, che la nascita di un figlio sano non possa costituire un pregiudizio¹⁵⁹.

In tema di danno da procreazione e differenze con l'ordinamento italiano, merita segnalare che, sebbene la Cassazione abbia negato a più riprese la risarcibilità, in favore del nato, del danno da vita menomata in caso di anomalie congenite, in dottrina sul punto vi è un dibattito ancora vivo, che registra anche voci favorevoli¹⁶⁰.

du Conseil d'État du 12 novembre 2020 sur la Proposition de loi «modifiant le Code civil en vue d'instaurer une protection juridique prénatale».

¹⁵⁹ Alla base di questa concezione sembra esserci una visione della nascita in senso estremamente positivo, a prescindere dalle circostanze concrete. Sebbene vi siano anche decisioni di segno opposto, App. Liegi 22 gennaio 2009, che ha ritenuto che la decisione di tenere il figlio interrompesse il nesso di causalità rispetto all'obbligo di risarcire il mantenimento, è stata confermata da Cass., 17 ottobre 2016. La Cassazione ha altresì affermato che se c'è danno morale non può esserci anche economico, giacché mancherebbe l'essenziale presupposto secondo il quale il danneggiato debba trovarsi in una situazione peggiore rispetto a quella pregressa; ha poi aggiunto che la nascita sana non è in sé pregiudizievole. Si noti che, nel caso in esame, si trattava di una nascita indesiderata seguita a un aborto del cui fallimento i medici non diedero comunicazione alla donna entro i termini per effettuare un secondo intervento. Critica il ragionamento della Corte E. DE SAINT MOULIN, *Les actions en grossesse et vie préjudiciables*, in *Journal des tribunaux*, n. 6759, 2019, pp. 82 ss. L'A che ritiene non sia esigibile, quale necessaria cooperazione del creditore per non aggravare il danno, l'obbligo di abortire o dare in adozione il figlio. Inoltre, secondo l'A., la valutazione del danno da nascita indesiderata va sempre effettuata in base alla situazione concreta, senza angelicare la nascita. Conclude però in senso favorevole alla compensazione, in parte, dei danni morali, mentre, relativamente a quelli patrimoniali, sostiene che debbano essere riconosciuti in quanto i genitori, dal punto di vista economico, si trovano in una situazione peggiore. Detta sentenza del 2016 è stata criticata anche da G. HAARSCHER, *La pertinence des approches féministes du droit: une démonstration par l'exemple*, in *Journal des Tribunaux*, 2018, pp. 646-647. L'A. utilizza un efficace parallelo con Trib. Liegi, 9 aprile 2010, che ha obbligato una prostituta a risarcire un cliente del danno da genitorialità imposta. Egli afferma quindi che la nascita, secondo un approccio sessista, sembrerebbe poter costituire un pregiudizio solo per l'uomo, non per la donna.

¹⁶⁰ La motivazione principale del diniego al risarcimento per la cosiddetta *action en vie préjudiciable* è la mancanza del nesso di causalità tra malformazione congenita e nascita menomata; si afferma inoltre che l'alternativa sarebbe necessariamente peggiore, ossia non nascere: in tal senso Cass., 14 novembre 2014, Cass., 21 aprile 2016 e Cass., 13 aprile 2018. Critica questa tesi E. DE SAINT MOULIN, *Les actions en grossesse et vie préjudiciables*, cit., pp. 86 e 92, sostenendo che la causalità sussista, giacché in caso di diagnosi esatta la madre avrebbe abortito; viceversa, dovrebbe escludersi il nesso di causalità ogni volta che vi siano cause naturali concomitanti. Per scongiurare obiezioni di tipo eugenetico, l'A. precisa che il danno è costituito dalla sopportazione dei costi dovuti alla vita menomata, relativi quindi alle conseguenze della stessa, non alla vita in sé; aggiunge che detta risarcibilità sembrerebbe conforme anche al progetto di riforma del Codice civile sulla responsabilità. Si veda anche G. HAARSCHER, *Le casse-tête de la wrongful life*, in *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, 5/2017, pp. 15384-15387. L'A. svolge un'interessante analisi dal punto di vista etico, concludendo che senza il presupposto -morale- che la vita sia un dono non c'è ragione per escludere il risarcimento a favore del nato. In ambito legislativo, a seguito della cosiddetta legge anti-Perrouche emanata in Francia, con legge del 15 maggio 2007 si è escluso in Belgio il risarcimento per il nato; tale legge, però, non è mai entrata in vigore. Con legge 31 marzo 2010 non c'è stata nessuna esplicita esclusione del danno in oggetto; tuttavia, J. L. FEGNART, *Aspects juridiques des traumatismes du fœtus*, cit., p. 97, sottolinea che la legge istituisce un fondo accessibile solo in caso di danni causati da diagnosi colposa, ciò che escluderebbe implicitamente l'ipotesi della "wrongful life"; soluzione che lo stesso A. condivide, avallando la tesi

Infine, l'impostazione che nega al feto la natura di persona è confermata dalla giurisprudenza costituzionale: la Corte, nella sua storica sentenza del 19 dicembre 1991¹⁶¹ ha affermato che il rispetto della vita impone la tutela della vita nascente, ma che non è discriminatorio né lesivo del diritto alla vita prevedere una tutela diversa per il nascituro e per il nato, poiché trattasi di due situazioni diverse. Con successiva sentenza del 2011¹⁶² resa in tema di utilizzo di materiale biologico per la ricerca, la Corte ha precisato che l'articolo 22 *bis* Cost. sui diritti dei minori non si applica al feto o all'embrione.

2. La disciplina dell'aborto e le recenti modifiche

La legge del 3 aprile 1990 interveniva sul Codice penale belga, modificando gli articoli sul reato di aborto¹⁶³ e delineando, a determinate condizioni, un'area di liceità. Pertanto, l'aborto restava, di fondo, inquadrato nell'area del penalmente rilevante, salvo eccezioni. Questa impostazione è stata fortemente criticata ed ha condotto a una riforma della materia che solo di recente, alla fine del 2018, ha portato all'uscita dell'aborto dal Codice penale, salve alcune ipotesi¹⁶⁴.

La norma di riferimento per la regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza in Belgio era storicamente l'articolo 350 c.p. A seguito delle modifiche del 1990, questa norma depenalizzava l'aborto allorché la gravidanza provocasse alla donna una “*situation de détresse*”, ossia una sofferenza, uno stress. Fermo questo essenziale presupposto, l'aborto doveva essere effettuato da un medico e in una struttura sanitaria, su richiesta della donna, decorso un periodo di riflessione di sei giorni e previa sottoscrizione del modulo di consenso informato. Il consenso informato si concretizza nell'obbligo del medico di informare la donna sulle agevolazioni alla maternità e alla filiazione previste per legge, sulla possibilità di dare il bambino in adozione¹⁶⁵ e sulla possibilità di usufruire dell'assistenza psicologica necessaria.

Quanto ai termini, se sussistono questi presupposti era possibile abortire entro la dodicesima settimana dal concepimento, ossia entro la quattordicesima settimana dall'ultima mestruazione¹⁶⁶.

dell'assenza di nesso di causalità. Sul danno da procreazione si veda infine N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, cit., p 37 ss, che sottolinea come la legge del 2010 non escluda il risarcimento per il nato, ma semplicemente istituisca un fondo al quale accedere per un indennizzo immediato e forfettario, lasciando aperta la possibilità di fare un'azione ordinaria contro i medici.

¹⁶¹ C. cost., 19 dicembre 1991, n. 39, in *const-court.be*. Si tratta della prima ed unica pronuncia sulla conformità a Costituzione della legge del 3 aprile 1990 sull'aborto.

¹⁶² C. cost., 5 ottobre 2011, n. 146, in *const-court.be*.

¹⁶³ Articoli 348, 350, 351, 352 c.p.

¹⁶⁴ Si tratta della legge 15 ottobre 2018, che contiene attualmente la disciplina sull'aborto, ormai estranea al Codice penale. Questa legge, tuttavia, è stata ugualmente criticata, come si vedrà in seguito, per aver sostanzialmente effettuato un copia-incolla della maggior parte delle disposizioni previgenti.

¹⁶⁵ Si ricordi che in Belgio, così come nella maggior parte dei Paesi europei, non è possibile ricorrere al parto anonimo: l'identità della madre risulta necessariamente dal certificato di nascita. La stessa potrà poi dichiarare la volontà di dare il bambino in adozione dalla nascita. A seguito della constatazione dello stato di abbandono il minore verrà quindi affidato a una nuova famiglia.

¹⁶⁶ Si veda *Avortement : 28 ans d'application de la loi en Belgique*, Dossier de l'Institut Européen de Bioéthique de Bruxelles, in *ieb-eb.org*, 2018, p. 5. Sembra trattarsi pertanto di termini leggermente più lunghi (98 giorni) di quelli previsti dalla legge

Come anticipato, la sanità in Belgio è privata. Il costo dell'intervento di interruzione volontaria di gravidanza si attesta intorno ai 450€ se l'intervento è eseguito in ospedale o 200€ se è eseguito in un CPF, che devono però essere corrisposti per intero solo da chi non è coperto dalla mutua. Viceversa, l'INAMI coprirà la maggior parte dei costi: l'intervento costerà allora solo 3,60€ nei CPF¹⁶⁷. In ogni caso, ogni struttura sanitaria, per eseguire interruzioni di gravidanza, deve sottoscrivere una convenzione con l'INAMI¹⁶⁸; l'istituto verificherà la congruità del servizio offerto ed elargirà delle sovvenzioni alla struttura. Dal rapporto del Comitato di valutazione della legge sull'aborto emerge chiaramente che la stragrande maggioranza delle interruzioni volontarie di gravidanza vengono effettuate al di fuori dell'ospedale, sia nei CPF che nei *centres d'avortement*¹⁶⁹.

Fatte queste premesse, per addentrarsi nello studio della disciplina è innanzitutto di particolare importanza comprendere cosa si intenda per *situation de détresse*, che fino al 2018 era il principale presupposto per accedere all'interruzione volontaria di gravidanza nei primi mesi di gestazione.

Dai lavori preparatori della legge del 1990 si evince che la valutazione di tale situazione è rimessa alla volontà della donna e consiste in un rifiuto profondo e persistente rispetto alla prosecuzione della gravidanza¹⁷⁰. Impostazione, questa, confermata dal Consiglio di Stato, che nel suo parere preventivo sulla proposta di legge sull'aborto afferma che detta nozione non può essere definita in modo oggettivo e preciso e che non ha alcuna portata giuridica¹⁷¹.

Ciò significa che la donna è libera di richiedere e ottenere l'aborto entro le 12 settimane dal concepimento, cosicché la prestazione sembrerebbe, entro questo termine, sostanzialmente liberalizzata. Questo è dimostrato anche dai vari motivi che possono essere invocati per giustificare la *situation de détresse* indicati nel modulo *standard* che la donna compila in occasione dell'intervento: si tratta delle motivazioni più disparate, sulle quali, all'evidenza, non può esservi alcun controllo¹⁷².

Ciononostante, la permanenza dell'aborto nel Codice penale e la sua configurabilità come eccezione a un reato ha fatto sì che la dottrina si dividesse tra coloro che ritenevano che l'aborto fosse un diritto

italiana che, come si è visto, pur nel silenzio della legge, secondo la giurisprudenza maggioritaria dovrebbero calcolarsi in 90 giorni dall'ultima mestruazione, la cosiddetta amenorrea (età gestazionale).

¹⁶⁷ Dati tutti tratti da *Interrompre sa grossesse -IVG*, in *bruxelles-j.be*

¹⁶⁸ G. CÉLINE, *La pratique de l'interruption volontaire de grossesse en structures extra-hospitalières en Belgique*, cit., p. 26

¹⁶⁹ *Rapport à l'attention du Parlement 1 janvier 2018 – 31 décembre 2019*, rédigé par la Commission nationale d'évaluation de la loi du 5 octobre 2018 relative à l'interruption de grossesse, Février 2021, p. 22, attesta che circa l'82% delle IVG avvengono fuori dagli ospedali. Specificamente, nelle Regioni di Bruxelles e Vallonia vi sono un numero ristretto di CPF che effettuano anche le IVG, mentre la maggior parte svolgono un'opera assistenziale simile a quella dei consultori italiani. Le IVG vengono svolte anche da dei centri extra-ospedalieri che si occupano di aborti. Nelle Fiandre, invece, i CPF non si occupano di IVG e il trattamento viene eseguito solo dai centri abortivi, che sono in numero parecchio ristretto rispetto alle altre regioni. Per approfondimenti G. CÉLINE, *La pratique de l'interruption volontaire de grossesse en structures extra-hospitalières en Belgique*, cit., p. 22 ss.

¹⁷⁰ *Travaux parlementaire, Sénat*, 1988, nr. 247-1, p. 9.

¹⁷¹ *Avis du Conseil d'Etat*, sess. 1988-1990, nr. 247- 8, p. 6-7.

¹⁷² Ad esempio: sentirsi troppo giovani, non avere desiderio di un figlio al momento, avere problemi economici, l'essere studentessa; vi sono anche le cause più gravi come il caso di stupro.

della donna e coloro che lo escludevano¹⁷³; problematica che, come vedremo, sembra oggi superata con l'estrapolazione dell'interruzione di gravidanza dal Codice penale e l'eliminazione del presupposto della sussistenza dell'*état de détresse*.

Un aspetto interessante della disciplina belga in tema di aborto riguarda l'interruzione di gravidanza su richiesta della minore. Secondo un'impostazione molto garantista dei diritti della gestante, la decisione di abortire spetta, in via generale, alla sola minore, purché capace di discernimento. Questa impostazione è stata inizialmente oggetto di discussioni in dottrina, ma è stata successivamente confermata dall'entrata in vigore della legge del 22 agosto 2002 sui diritti del paziente¹⁷⁴.

Oltre il termine di 12 settimane dal concepimento non si parla più di interruzione volontaria di gravidanza, ma di *interruption médicale de grossesse* (IMG), ossia aborto terapeutico. Due i presupposti: pericolo grave per la salute della donna o constatazione, da parte di due medici, della certezza che il bambino nascerebbe affetto da un'anomalia di particolare gravità e che sia incurabile al momento della diagnosi.

Riguardo al primo presupposto, nei lavori preparatori della legge si specifica che il pericolo grave per la salute della gestante non può essere legato a motivi sociali, ma solamente a condizioni di salute fisiche o psichiche oggettive¹⁷⁵.

Relativamente all'aborto per anomalie fetali, sebbene nella legge del 1990 (e tutt'ora) si indichino le due condizioni come cumulative (gravità e incurabilità), sembrerebbe che nella pratica le stesse vengano intese in maniera alternativa¹⁷⁶. In linea con il panorama europeo, non esiste una lista delle anomalie che

¹⁷³ J. L. FEGNART, *Aspects juridiques des traumatismes du fœtus*, cit., p. 72, sostiene che il conferimento, alla gestante, del potere di decidere sulla sussistenza di tale presupposto è espressione della sua autonomia individuale e pertanto la legge le conferisce un diritto. In senso contrario Henri Bartholomeeusen, in AA. VV., *Sortir l'avortement du code pénal belge. Actes des colloques*, Bruxelles, 30 septembre 2016 – Liège, 23 novembre 2016, sénat 27 janvier 2017, pp. 12-13, sostiene che la legge del 1990 non configurasse un diritto di aborto ma dei veri e propri ostacoli all'interruzione volontaria di gravidanza, segnatamente con la condizione dell'*état de détresse* e con gli obblighi informativi del medico, spesso volti a dissuadere e scoraggiare la donna. In senso contrario alla sussistenza di un diritto all'aborto fintanto che lo stesso era regolamentato dal Codice penale si è espressa Bérengère Marques-Pereira, in *Ibidem*, p. 26.

¹⁷⁴ Questa legge prevede appunto che i genitori possano decidere sul trattamento sanitario del minore solo se il medico adito reputi che questi non abbia capacità naturale. Viceversa, non devono essere coinvolti. Ciò significa che i genitori non possono richiedere l'IVG per la propria figlia, né opporsi alla richiesta di aborto di quest'ultima. Quanto ai dibattiti dottrinali, si veda A. NOTTET, *Mineurs et droits personnels*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 1/2010, p. 29 ss, che dà atto delle dottrine favorevoli e contrarie all'esclusione, in tema di aborto, del rinvio alle norme sull'autorità parentale. N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, cit., p. 58 ss. sottolinea che la legge del 1990 si pone su un piano penale; ciò implica che la minore che abortisce senza consenso del genitore non sia punibile, ma non significa che questa previsione possa intaccare la responsabilità genitoriale. Conclude, però, affermando che la questione è stata risolta dalla legge del 2002 sui diritti del paziente. Infine, si veda J. L. FEGNART, *Aspects juridiques des traumatismes du fœtus*, cit., p. 74, che sottolinea come l'età di discernimento del minore si collochi convenzionalmente dopo i 14 anni.

¹⁷⁵ Travaux parlementaire Sénat, séance du 24 octobre 1989, nr. 5, p. 103. Si è denunciato, però, che spesso si riesce ad eludere il termine delle 12 settimane attestando un grave pericolo per la salute psicologica della donna, legato alla prosecuzione della gravidanza nonostante il radicale rifiuto della stessa; in tal senso *Avortement : 28 ans d'application de la loi en Belgique*, cit., p. 16.

¹⁷⁶ *Avortement : 28 ans d'application de la loi en Belgique*, cit., p. 15. Infatti, l'IMG, sembrerebbe praticata anche in caso di anomalie non gravi o curabili come la sordità, l'emofilia, l'assenza di un arto.

legittimano il ricorso all'IMG, le quali dovranno essere valutate di volta in volta secondo il prudente apprezzamento dei medici ed allo stato dell'evoluzione scientifica attuale.

I test diagnostici prenatali vengono eseguiti per una serie standardizzata di anomalie, e sembrano sfociare naturalmente nella successiva richiesta di aborto¹⁷⁷. Tuttavia, è controverso se, una volta diagnosticata l'anomalia, il medico abbia l'obbligo di informare la donna della possibilità di interrompere la gravidanza. La problematica è legata anche alla configurabilità di un termine finale entro il quale è possibile ricorrere all'IMG. Infatti, se non è lecito abortire oltre la soglia di vitalità del feto, è evidente come non possa addossarsi in capo al medico alcun obbligo di informazione¹⁷⁸.

Poiché la legge non esplicita alcun termine finale per l'IMG, nella pratica gli aborti terapeutici possono essere effettuati, in Belgio, fino al momento del parto¹⁷⁹.

Le altre disposizioni della legge 3 aprile 1990 riguardano la repressione penale delle varie ipotesi delittuose: aborto di donna non consenziente, aborto effettuato al di fuori delle condizioni legali, tentato aborto, etc. Viene abrogato l'art. 353 c.p., che prevedeva una forma di aggravante per l'aborto commesso da personale sanitario.

I processi penali riguardanti l'aborto dopo la legge del 1990 risultano estremamente rari¹⁸⁰.

L'impianto della legge 3 aprile 1990 è stato integralmente approvato e riconosciuto conforme a Costituzione dalla celebre sentenza n. 39 del 1991¹⁸¹, che fino al 2020 era l'unica pronuncia della Corte

¹⁷⁷ Denuncia la contrarietà di questo meccanismo alle indicazioni dell'OMS, che deporrebbero a favore di un test da effettuare relativamente alle specifiche malattie che la coppia ritiene di non poter gestire, C. FALLON, *De l'information (légal) à l'action (illégal): Tests génétiques et technologies de pouvoir*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 1/2017, pp. 39-51. L'A. si spinge fino a sostenere che questi test diagnostici prenatali, per il proprio contenuto predeterminato e l'induzione all'aborto, generino un sistema di controllo secondo una logica foucaultiana.

¹⁷⁸ Dà atto della discussione della dottrina e della giurisprudenza sull'obbligo di informazione del medico in caso di diagnosi di anomalie F. GEORGE, *La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information*, in V. Callewaert (sous la direction de) *Responsabilité professionnelles*, Liège, 2020, p. 67 ss. Secondo alcuni tale obbligo sussisterebbe fino al raggiungimento della soglia di vitalità fetale; altri negano la sussistenza di quest'obbligo, sottolineando il necessario impulso della donna per accedere all'aborto. Secondo l'A., l'obbligo informativo del medico non si spingerebbe fino al dovere di avvisare la donna della possibilità di effettuare una IMG tardiva, essendo controversa la possibilità stessa di ricorrere a questo trattamento e giacché il professionista dev'essere in ogni caso sollecitato dalla donna.

¹⁷⁹ F. GEORGE, *La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information*, cit., p. 67 ss., sottolinea che nei lavori preparatori della legge del 1990, in particolare relativamente alle modifiche all'art. 350 c.p., fu sottointeso che la soglia della vitalità fetale si ponesse come limite all'IMG. Tuttavia, l'A. constata infine che tale pensiero non è stato rifiuto nella legge, tant'è che nella pratica l'IMG viene effettuata fino ai 9 mesi di gestazione. Ciò si evincerebbe anche dalle testimonianze raccolte in *Clauses de conscience au profit des professionnels de la santé*, Brochure de l'Institut Européen de Bioéthique de Bruxelles, in *ieb-eib.org*, 2011, p. 10 ss., relative a un aborto terapeutico effettuato all'ottavo mese e dai protocolli di rianimazione cui fa riferimento P. HUART, *Les législations sur l'enfant sans vie et sur l'interruption volontaire de grossesse: concilier l'inconciliable?*, cit., p. 10. Quanto alla giurisprudenza di merito, a favore della possibilità di effettuare l'IMG oltre il limite temporale della soglia di vitalità fetale, Trib. Bruxelles, 21 aprile 2004; in senso contrario Trib. Coutrai, 18 febbraio 2010.

¹⁸⁰ Per approfondire i reati previsti a seguito della legge 3 aprile 1990 si veda A. WÉRY, *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*, cit., p. 15 ss.; L.-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, cit., p. 12, da atto che l'unico processo penale che si registra nell'ambito in esame è Trib. Bruges, 9 febbraio 2006.

¹⁸¹ C. cost., 19 dicembre 1991, n. 39, cit.

costituzionale in tema di aborto¹⁸². Con questo provvedimento la Corte, chiamata a decidere su un ricorso per l'annullamento della stessa legge, ha innanzitutto chiarito, come già anticipato, che il feto non è persona e pertanto non è discriminatorio né contrario al diritto alla vita tutelato dalla Costituzione prevedere, per il medesimo, delle tutele diverse rispetto a quelle previste per il nato. Ha inoltre confermato la legittimità dell'esclusione del partner della gestante dalla decisione di abortire, che spetta solo alla seconda, nonché avallato la previsione della clausola di coscienza, della quale si dirà più avanti.

A seguito delle incessanti pressioni volte ad estrapolare l'aborto dal Codice penale, la normativa è stata recentemente modificata. La legge del 15 ottobre 2018 racchiude ora tutta la regolamentazione sull'interruzione di gravidanza, salvo alcune ipotesi delittuose che rimangono nel Codice.

Si è trattato di una modifica sostanziale o formale? La maggior parte della dottrina sostiene che le modifiche vere e proprie si riducano a tre: l'abrogazione del divieto di pubblicizzare l'aborto, l'introduzione di sanzioni penali per coloro che tentano di impedire alla gestante l'accesso alla struttura dove effettuerà l'aborto e l'introduzione, per il medico obiettore, dell'obbligo di rinvio della paziente ad un altro medico o ad altra struttura¹⁸³.

Altresì merita particolare attenzione la norma che introduce la riducibilità del periodo di riflessione di 6 giorni in caso di intervento urgente e che stabilisce che, in ogni caso, il decorso del termine di 12 settimane è sospeso durante il periodo di riflessione¹⁸⁴. È stato infine eliminato il riferimento alla *situation de détresse*.

Anche all'indomani della pubblicazione di questa legge è stato depositato un ricorso per l'annullamento della stessa. La Corte costituzionale si è pronunciata nel 2020¹⁸⁵, rigettando tutti e sette i motivi di impugnazione e ribadendo la legittimità della differenza di trattamento tra nato e concepito, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU che ha sempre negato l'applicabilità dell'art. 2 della Convenzione al nascituro.

¹⁸² Sottolinea l'assenza di pronunce della Corte col meccanismo della questione pregiudiziale (analoga alla nostra questione di legittimità costituzionale sollevata incidentalmente nell'ambito di un giudizio concreto) M. PAQUES, *Avortement, euthanasie et Cour constitutionnelle*, in *const-court.be*, 2019, p. 4.

¹⁸³ Sostengono l'esiguità delle modifiche sostanziali D. BERNARD – S. DATOUSSAID – E. D'URSEL – V. ELOY, *L'autonomie reproductive et les droits des femmes à l'aune de trois nouvelles lois « symboliques » : du glissement au recul?*, cit., p. 346, in quanto la legge si limiterebbe a fare un mero copia incolla delle vecchie disposizioni penali; in senso analogo V. LAFARQUE, *Nouvelle loi relative à l'IVG: réelle nouveauté?*, in *Bulletin Juridique & Social*, n. 619, 2018, p. 15, che sostiene che l'unica vera novità penale sia la repressione dei cosiddetti picchetti e l'abrogazione delle norme sulla pubblicità; analogamente anche S. TACK, *Modification de la législation sur l'avortement : assouplissement réel ou occasion manquée?*, in *Revue de droit de la santé*, 3/2018, pp. 155-157, secondo la quale le uniche novità sarebbero quelle l'obbligo di rinvio per il medico obiettore, l'introduzione di una figura di reato che sanziona i cosiddetti picchetti e l'abrogazione del divieto di pubblicità dell'aborto, ma non si tratta di una reale novità sostanziale di portata significativa.

¹⁸⁴ Ne sottolinea l'importanza Wéry p 19

¹⁸⁵ Corte cost., 24 settembre 2020, n. 122, in *const-court.be*. La Corte ha anche ritenuto che la legge non incentivasse né permettesse un sistema di selezione eugenetica degli esseri umani. Inoltre, ha chiarito che il reato che sanziona i cosiddetti "picchetti" che presenziano davanti alle cliniche abortive riguarda solo l'ostruzionismo fisico. Infine, si analizzeranno in seguito le motivazioni che hanno retto la conferma delle disposizioni in tema di coscienza del medico e del farmacista.

La Corte costituzionale, nel 1991 come nel 2020, non si è mai pronunciata sul rapporto tra interruzione volontaria di gravidanza e autodeterminazione della donna, non chiarendo, quindi, se l'aborto sia un diritto. La discussione si è riaccesa a seguito della legge del 2018, che, come si è detto, ha eliminato ogni riferimento alla *situation de détresse*, disponendo, all'art. 2 comma 2, che è la donna a decidere se interrompere la gravidanza e che la sua volontà è insindacabile.

La legge di modifica ha dunque introdotto un diritto ad abortire?

Dai lavori preparatori si evince che l'estrapolazione dell'aborto dal Codice penale (salvo alcuni reati che si collocano non più tra i crimini contro l'ordine familiare e la morale pubblica, ma tra i crimini contro la persona), è espressione del riconoscimento dell'autonomia delle donne. Da ciò deriva, sempre dai lavori preparatori, che l'interruzione volontaria di gravidanza è un diritto della donna¹⁸⁶.

Queste conclusioni appaiono in linea con la giurisprudenza europea, che spinge verso il formale riconoscimento di un consenso europeo sul diritto di abortire, seppur a determinate condizioni¹⁸⁷. Inoltre, la legge del 2018 sembra accogliere le istanze di coloro che, prima della riforma, sostenevano che fosse proprio la configurazione dell'aborto legale come una sorta di ristretta area di non punibilità e la necessaria sussistenza dello "stato di sofferenza" della gestante ad escludere che l'aborto fosse un diritto soggettivo garantito ed azionabile liberamente¹⁸⁸.

3. L'obiezione di coscienza (o meglio, il diritto di astensione)

Dalle carte dei lavori preparatori si evince che la clausola di coscienza non è stata oggetto di un dibattito approfondito¹⁸⁹. La legge del 3 aprile 1990, nel modificare l'art. 350 c.p., prevede, al comma 6, che nessun medico, infermiere o ausiliare medico è tenuto a partecipare a un'interruzione volontaria di gravidanza. Il solo obbligo del medico, in qualità di professionista al quale si rivolge la gestante, è di

¹⁸⁶ Doc. parl., Chambre, 2017-2018, DOC 54-3216/003, p. 26, così interpretati anche da Corte cost., 24 settembre 2020, n. 122, cit. In senso contrario M. PAQUES, *Avortement, euthanasie et Cour constitutionnelle*, cit., p. 18, sostiene che l'eliminazione del riferimento alla *situation de détresse* sia un mero cambiamento formale e che non introduca un diritto all'aborto.

¹⁸⁷ Detto consenso europeo non risulta però ancora recepito dalla giurisprudenza CEDU, che non riconosce un diritto all'aborto. 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, p. 33 ss., analizza la giurisprudenza CEDU sull'aborto e in particolare (p. 55) *ABC c. Irlanda*, nella cui *dissenting opinion* ben sei giudici hanno riconosciuto la sussistenza di un consenso europeo sulla prevalenza dei diritti della donna alla salute e al benessere rispetto alla vita del feto. L'A. conclude affermando che il diritto internazionale tende a far emergere un vero e proprio diritto all'aborto nei casi di anomalia fetale, stupro o pericolo di vita; tuttavia, una posizione europea comune sull'aborto sembra essere molto lontana. A. WÉRY, *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*, cit., p. 37 ss., auspica la ricompressione del diritto all'IVG nell'art 8 CEDU; attualmente, tuttavia, rileva che la CEDU adotterebbe, quando si tratta di aborto, una nozione di libera disposizione del proprio corpo restrittiva.

¹⁸⁸ Si veda nota 173.

¹⁸⁹ Lo sottolinea L-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, cit., p. 5 ss., riferisce che solo un deputato approfondì la questione, sottolineando la necessità di prevedere l'obbligo, anche per l'obiettore di coscienza, di intervenire in caso di urgenza.

comunicare la sua astensione dalla prima visita.

Ciò che subito stupisce agli occhi del giurista italiano è che la disciplina belga, seppur la dottrina si riferisca a questa disposizione come a una “*clause de conscience*”, non prevede una vera e propria obiezione di coscienza, ma si limita a prevedere la possibilità di un rifiuto di collaborazione che può essere legato a qualsiasi motivo. Ci si riferirà pertanto a questo diritto come “diritto di astensione”, non come diritto di obiezione di coscienza.

Non sono previste norme procedurali né sono previsti degli obblighi formali che il sanitario debba rispettare per potersi giovare del diritto di astensione. Tuttavia, come si è rilevato, è opportuno che il medico possa provare per iscritto di essersi avvalso di questo diritto e di averne informato la donna, come prescritto dalla legge: sembra pertanto essere prassi del professionista far firmare un foglio alla paziente oppure inviare una dichiarazione alla struttura presso la quale lavora¹⁹⁰.

Per quanto riguarda i destinatari del diritto di non concorrere al trattamento sanitario di IVG, specificamente, si tratta del personale medico (ginecologo, anestesista) e ausiliario (infermieri, ausiliari medici)¹⁹¹.

Non sono compresi, invece, studenti e tirocinanti universitari iscritti alla facoltà di Medicina o Infermieristica i quali, tuttavia, possono trovarsi esposti a richieste di collaborazione all'interruzione di gravidanza durante il loro percorso di studi¹⁹². È altresì escluso dall'ambito della disposizione il personale ausiliario non medico¹⁹³. Sono infine esclusi i farmacisti.

Quest'ultima è una scelta che, sebbene contestata, ha trovato conferma anche nella giurisprudenza di Cassazione e della CEDU¹⁹⁴. Tuttavia, occorre precisare che il codice deontologico dei farmacisti

¹⁹⁰ *Clauses de conscience au profit des professionnels de la santé*, cit., p. 9.

¹⁹¹ La legge sanitaria del Belgio qualifica come personale medico ausiliario varie figure professionali, come il nutrizionista, il podologo, il logopedista, etc., che, secondo l'impostazione -che la scrivente non condivide- di *Ibidem*, p. 11 ss., potrebbero essere ricompresi nell'ambito della norma.

¹⁹² La Corte EDU, chiamata nella seconda metà degli anni Ottanta a pronunciarsi sul caso *Gerdas, Lindell, Linder c. Svezia*, ha perso occasione di pronunciarsi sul punto, essendosi il ricorso concluso con una cessazione della materia del contendere nel 7 ottobre 1987. Il caso era relativo a tre studentesse di infermieristica che lamentavano che fosse loro stato negato il titolo di infermiera per essersi rifiutate di inserire delle spirali contraccettive. Nelle more del procedimento nanti la CEDU, lo Stato svedese ha deciso di conferire loro il titolo. Secondo *Clauses de conscience au profit des professionnels de la santé*, cit., p. 11 ss., l'obiezione di studenti e tirocinanti sarebbe ammissibile.

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 11-12, fa l'esempio degli addetti alla compilazione della cartella clinica; si tratta di una figura assente in Italia, dove la cartella viene compilata da personale medico o dagli infermieri (raramente dagli studenti tirocinanti).

¹⁹⁴ Cass., 25 maggio 2001; Corte EDU, *Pichon e Sajous c. Francia*, cit. L'obiezione è stata negata, in termini generali che esorbitino i confini della figura disciplinata nel Codice deontologico, anche dallo stesso Consiglio dell'Ordine dei farmacisti; per approfondire L-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, cit., p. 19. L'obiezione di coscienza dei farmacisti, si ricordi, riguarderebbe principalmente la vendita della pillola del giorno dopo, sulla quale ci son stati dubbi sull'efficacia abortiva o contraccettiva. *Clauses de conscience au profit des professionnels de la santé*, cit., pp. 15-16, auspica l'estensione del diritto di obiezione ai farmacisti, sul rilievo che, poiché la maggior parte degli stessi venderebbe detto farmaco, le donne non avrebbero gravi ripercussioni dalla loro astensione, potendo altresì ottenerlo gratuitamente nei CPF fino ai 21 anni. Si tratta di un'argomentazione all'evidenza scorretta, che non opera un bilanciamento tra diritti, ma si fonda sulla mera constatazione di uno stato di fatto, peraltro attuale e senza garanzie di stabilità. Richiamando brevemente i rilievi svolti in sede di trattazione della sentenza della Corte EDU, si ricordi come, nei piccoli centri con una sola farmacia, anche l'astensione di un solo farmacista può essere gravemente pregiudizievole.

disciplina, da anni, la possibilità per i farmacisti di sollevare obiezione di coscienza¹⁹⁵, ma a condizioni stringenti e ben delineate, col fine ultimo di non pregiudicare il diritto della donna di acquistare liberamente il farmaco, la continuità dell'offerta e l'attuazione della prescrizione medica. La possibilità di rifiutare la vendita di un prodotto è vincolata chiaramente a "*raison d'objections de conscience*" ed è limitata al caso in cui il farmacista possa rinviare la richiedente ad un'altra farmacia che con la certezza che lì troverà del personale che potrà venderle il prodotto. L'obiezione non può esercitarsi in ogni caso negli orari in cui il farmacista lavora di turno, nei festivi o la notte.

La legittimità dell'esclusione dei farmacisti è stata confermata dalla Corte costituzionale nel 2020¹⁹⁶.

Infine, la legge non disciplina, e dunque non preclude, la possibilità dell'obiezione di coscienza di struttura, cosiddetta *objection de conscience institutionnelle*. Risulta infatti che più strutture sanitarie assumano personale a condizione che questi si rifiuti di eseguire interruzioni di gravidanza, in modo assoluto o salve alcune eccezioni¹⁹⁷. Questa pratica, però, non può spingersi fino a diventare un tentativo di sabotaggio della stessa legge: è allora doveroso revocare alla struttura le sovvenzioni concesse quale ente erogatore di un servizio pubblico. È quanto ha stabilito il Consiglio di Stato nel 2000, revocando le sovvenzioni al CPF di ispirazione confessionale cristiana che distribuiva volantini nei quali l'IVG veniva descritta come omicidio, criticando aspramente la legge del 1990 e auspicandone la disapplicazione¹⁹⁸.

Relativamente all'oggetto del diritto di astensione, nel silenzio della legge questo coprirebbe ogni operazione legata all'interruzione volontaria di gravidanza: non solo l'intervento specifico, ma anche l'assistenza precedente, successiva e finanche l'informazione preliminare¹⁹⁹.

L'unico obbligo di chi si avvale del diritto di astensione ricade specificamente sul medico al quale la

¹⁹⁵ Art. 35 cod. deont. farmacisti.

¹⁹⁶ Corte cost., 24 settembre 2020, n. 122, cit. La Corte ha affermato che non sussiste alcuna discriminazione tra farmacisti e personale sanitario coinvolto nell'IVG e menzionato nella legge del 2018. Detta legge, infatti, riguarda obblighi estranei e diversi rispetto alla vendita dei farmaci, pertanto non pregiudica né obbliga il farmacista, il quale deve invece attenersi proprio all'art. 35 del Codice deontologico di riferimento.

¹⁹⁷ Lo rileva J. PAPAZOGLU, *La clause de conscience comme arme anti-IVG*, in *laicite.be*, Février 2019, che cita i nomi di alcune strutture, in alcune delle quali si eseguirebbe l'IVG solo in caso di urgenza. A differenza di come spesso accade, in questo caso il Belgio si discosta dalla legislazione francese, che sanziona i direttori di una struttura sanitaria che si oppongono a che le interruzioni di gravidanza vengano effettuate nelle loro strutture. Vale la pena ricordare che anche in Italia è illegale l'obiezione di struttura: anzi, queste sono per legge obbligate a garantire in ogni caso l'esecuzione dei trattamenti di IVG.

¹⁹⁸ Cons. Stato, 17 ottobre 2000, n. 90265. La sentenza conclude che questi attacchi espliciti al sistema legale fossero incompatibili con l'offerta di un servizio pubblico e pubblicamente sovvenzionato. Per approfondimenti L-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, cit., p. 13 ss.

¹⁹⁹ Ne da atto *Clauses de conscience au profit des professionnels de la santé*, cit., p. 7. L'unica informazione che la legge qualifica come obbligatoria è quella relativa alla contraccezione (art. 350 c.p., co. 5, così come modificato dalla legge 3 aprile 1990, poi trasfuso nell'art. 2 comma 6). Si delinea quindi un sistema fortemente diverso e assai meno garantista di quello italiano, dove l'obiezione copre solo le operazioni strettamente attinenti all'IVG. In Italia, in alcun modo è possibile esentarsi dall'obbligo informativo, ossia esentarsi dallo spiegare alla donna che manifesti il desiderio di abortire quali siano le agevolazioni per la tutela della maternità, la possibilità di eseguire il parto anonimo, etc., tant'è che, come già esposto, non è possibile sollevare obiezione di coscienza nei consultori (salvo in quelli che dispongono di servizi ambulatoriali e solo relativamente all'aborto farmacologico).

gestante si rivolge per richiedere il trattamento sanitario: egli, come sopra anticipato, deve informarla del suo rifiuto fin dalla prima visita²⁰⁰.

La legittimità di quest'obbligo è stata avallata dalla Corte costituzionale nel 1991²⁰¹, che ha chiarito che lo stesso effettua un adeguato e proporzionale bilanciamento tra libertà di coscienza e diritto della donna all'assistenza sanitaria e che non sussiste alcuna discriminazione tra i medici che eseguono l'IVG, che nulla devono dichiarare in via preventiva, e gli altri medici.

Più proposte di legge hanno cercato, senza successo, di modificare la disposizione dell'art. 350 c.p. in esame, al fine di eliminare l'obbligo del medico di informare la paziente del rifiuto. Si passerebbe, cioè, a un'inversione degli oneri: secondo una logica di presunzione di astensione del medico dalla partecipazione al trattamento abortivo, sarebbero i medici disposti a collaborare a dover informarne la donna dalla prima visita²⁰².

Ciò che invece ha avuto seguito è la proposta di inserire un secondo obbligo in capo al medico che si avvale del diritto di astensione: a seguito della comunicazione del proprio rifiuto, il professionista deve infatti rinviare la gestante ad un altro medico, ad un centro di interruzione di gravidanza o a un ospedale che esegua il trattamento sanitario e al quale la stessa possa rivolgersi per ottenere la prestazione. Una volta che la donna avrà scelto il professionista che eseguirà l'aborto, il medico dovrà trasmettere a quest'ultimo la cartella clinica della paziente.

Detto obbligo è stato introdotto dall'articolo 2, comma 7, della legge 15 ottobre 2018.

In verità, però, l'obbligo di rinvio non era sconosciuto in Belgio. Come si è visto, era già presente nel codice deontologico dei farmacisti. Era inoltre presente nei CPF della Vallonia già dal 1987 e pare fosse diventato, in generale, una prassi dei medici²⁰³. Se ne discusse già nei lavori preparatori della legge del 1990, ma la proposta fu scartata in quanto si ritenne un obbligo troppo invasivo per la coscienza del medico, che sarebbe così chiamato a rendersi indirettamente partecipe dell'aborto²⁰⁴.

La Corte costituzionale, nel rigettare il ricorso per annullamento della legge del 15 ottobre 2018 ha altresì enunciato la conformità a Costituzione dell'obbligo di rinvio²⁰⁵.

La Corte ha affermato che l'obbligo tutela il diritto della donna di ottenere il trattamento richiesto in condizioni di sicurezza e pertanto assolve a un obiettivo di sanità pubblica. Riporta poi dei passi dei

²⁰⁰ Si tratta quindi di un obbligo che grava sul ginecologo. Gli altri professionisti che possono avvalersi del diritto di astensione (anestesista, infermieri), non sembrano avere alcun obbligo.

²⁰¹ Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 39, cit.

²⁰² Per approfondimenti si veda L-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, cit., p. 17 ss. Lo scopo principale di queste proposte era tutelare la coscienza del medico obiettore, che sarebbe lesa, a dire dei proponenti, anche dall'obbligo di dichiarare una non collaborazione, ciò che implicherebbe una manifestazione delle proprie convinzioni personali.

²⁰³ Così come stabilito dal Decreto del 18 luglio 1987 della Regione Vallonia, art. 11. Pare si trattasse anche di una prassi diffusa tra i medici da anni, volta a non abbandonare a sé stessa la gestante. Si veda *Ibidem*, p. 7.

²⁰⁴ Si veda *Clauses de conscience au profit des professionnels de la santé*, cit., p. 8.

²⁰⁵ Corte cost., 24 settembre 2020, n. 122, cit.

lavori preparatori: a livello internazionale, un numero sempre maggiore di atti sottolinea l'importanza di bilanciare attentamente la tutela della coscienza del medico e la tutela dell'autodeterminazione della donna. Disattendere l'obbligo di rinvio significherebbe ostacolare l'erogazione del trattamento sanitario, il che deve ormai considerarsi un comportamento punibile. La Corte conclude affermando che l'obbligo introdotto all'art. 2 comma 7 è «legittimo, necessario e proporzionato agli obiettivi della legge impugnata».

L'insieme delle obbligazioni a carico del medico obiettore termina con l'articolo 31 del relativo Codice deontologico professionale, che dispone che, nell'ottica di una presa in carico multidisciplinare, i collaboratori del medico e gli altri professionisti sanitari devono ugualmente essere informati per tempo dell'astensione del medico al quale la paziente si è rivolta.

L'introduzione dell'obbligo di rinvio ha agevolato l'accesso delle donne all'interruzione volontaria di gravidanza?

Purtroppo, è difficile rispondere a questa domanda. Nel 1990 si istituì una Commissione per la valutazione dell'attuazione della legge sull'IVG²⁰⁶. Questo ente ha il compito di inviare un rapporto periodico sull'applicazione della legge sull'aborto al Parlamento federale. I dati del rapporto vengono raccolti principalmente sulla base di questionari che il personale sanitario fa compilare alla donna, con l'onere di inviarlo successivamente alla Commissione²⁰⁷.

Tuttavia, un primo problema sull'attendibilità dei rapporti della Commissione è legato alla sincerità della donna nella compilazione del questionario. La compilazione è ovviamente riservata e non c'è alcun controllo sull'attendibilità e la serietà delle risposte²⁰⁸.

Un secondo e maggiore problema è legato alla completezza dei dati: non sempre, infatti, i medici trasmettono la documentazione, nonostante abbiano l'obbligo di farlo entro quattro mesi dall'esecuzione dell'aborto, pena la reclusione da otto giorni a un mese e il pagamento di un'ammenda²⁰⁹. Non risulta però che alcun medico sia mai stato condannato per non aver trasmesso i dati di cui si tratta; presumibilmente, la Commissione non fa alcun tipo di denuncia per evitare che ciò costituisca una sorta di forzatura e un incentivo a falsificare i questionari pur di non incorrere in

²⁰⁶ Legge 13 agosto 1990 volta a creare una Commissione per la valutazione della legge 3 aprile 1990. Per approfondimenti sulla composizione della Commissione si veda, oltre che la legge, S. JACOB – F. VARONE, *L'évaluation des politiques publiques. Six études de cas au niveau fédéral*, cit.

²⁰⁷ Tra gli altri quesiti, ad esempio, la donna deve indicare il perché ha deciso di abortire; quando ancora c'era l'obbligo di invocare una *situation de détresse*, la donna doveva specificare a quale motivo la stessa fosse dovuta, scegliendone uno tra i vari motivi standard menzionati. Attualmente deve semplicemente indicare i motivi dell'interruzione di gravidanza; il modulo è rimasto simile. Si fa riferimento, ad esempio, a: avere già figli, essere troppo giovane, avere problemi economici o di salute mentale. Il motivo più invocato secondo l'ultimo rapporto del 2021, tra quelli determinati, è l'assenza di desiderio di figli al momento. La maggior parte delle donne (oltre il 30%) riferiscono però di abortire per altre cause non indicate nel questionario.

²⁰⁸ Lo evidenzia A. WÉRY, *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*, cit., p. 22.

²⁰⁹ Sanzioni previste all'art. 6 della legge 13 agosto 1990, che valgono anche per il responsabile della struttura sanitaria che ometta di trasmettere il rapporto annuale di cui all'art. 3 della stessa legge.

conseguenze legali²¹⁰.

Il rapporto della Commissione, tuttavia, non raccoglie alcun dato sull'obiezione di coscienza né sulla facilità di accesso alla prestazione²¹¹.

L'unica indicazione utile sembrerebbe potersi trarre dai rapporti annuali che le strutture sanitarie inviano alla Commissione, nei quali indicano altresì il numero delle IVG rifiutate (*refusées*) dai medici che vi lavorano. Senonché neppure questo elemento si rivela utile, in quanto il riferimento non è alle IVG effettuate in altre strutture a seguito di rifiuto del primo medico adito (che non concretizzano un rifiuto in senso stretto secondo il rapporto), ma ai casi in cui l'intervento non viene effettuato, ad esempio per un ripensamento della gestante²¹².

4. Considerazioni conclusive

Dalla disciplina esaminata sembrerebbe emergere un quadro assai meno garantista di quello italiano relativamente al rapporto tra obiezione di coscienza ed accesso della donna all'interruzione di gravidanza.

Il personale sanitario belga può astenersi per qualsiasi ragione ed in qualsiasi occasione voglia farlo, senza dover rendere conto a nessuno, solamente informandone la gestante al momento della richiesta. Si tratta di una modalità sicuramente più consona all'esercizio di un diritto legato alla coscienza individuale, soggetta a cambiamenti, ma certamente molto pericolosa, in teoria, per l'accesso alla prestazione. In Italia, invece, la legge 194/78, prevede l'obbligo di compilare una dichiarazione scritta che certifichi la volontà di sollevare obiezione di coscienza, i cui effetti decorrono dopo un mese.

Ancora, in Belgio una struttura sanitaria può rifiutarsi di assumere personale non obiettore, sostanzialmente effettuando un'obiezione collettiva; in Italia ciò non è possibile, perché la legge 194/78 pone a carico delle strutture sanitarie l'obbligo di assicurare l'erogazione della prestazione.

Perché allora l'obiezione di coscienza all'aborto non rappresenta, in Belgio, un problema grave, una minaccia per l'accesso alla prestazione?

A ben vedere nella legge belga non c'è nessuna obbligazione che garantisca l'accessibilità della prestazione da parte della gestante: nessun obbligo di mobilità del personale, nessun obbligo per le

²¹⁰ In questo senso, S. JACOB – F. VARONE, *L'évaluation des politiques publiques. Six études de cas au niveau fédéral*, cit., Da atto che non risultano condanne né imputazioni di medici ai sensi dell'art. 6 l. 13 agosto 1990. *Avortement: 28 ans d'application de la loi en Belgique*, cit., p. 12.

²¹¹ Critica sotto questo e altri aspetti il contenuto del rapporto, proponendo altresì delle modifiche ed integrazioni nel contenuto, S. JACOB – F. VARONE, *L'évaluation des politiques publiques. Six études de cas au niveau fédéral*, cit.

²¹² Si veda p. 58 del *Rapport à l'attention du Parlement 1 janvier 2018 – 31 décembre 2019*, rédigé par la Commission nationale d'évaluation de la loi du 5 octobre 2018 relative à l'interruption de grossesse, Février 2021 ; sottolinea e denuncia l'assenza di dati sull'obiezione di coscienza all'aborto L-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, cit., pp. 15-16. Secondo quanto riferisce il dossier dell'istituto di bioetica *Clauses de conscience au profit des professionnels de la santé*, p. 10 ss., il personale sanitario lamenterebbe delle discriminazioni a danno di coloro che si avvalgono del diritto di astensione. Dette ripercussioni si spingerebbero fino al licenziamento.

strutture. Né sembra che l'obbligo di rinvio introdotto nel 2018 rappresenti il risultato culmine di una situazione insostenibile, giacché è emerso che nella prassi e nella Regione Vallonia era già presente.

Neppure, ancora, può dirsi dirimente la circostanza per cui l'Italia sarebbe un Paese di tradizione fortemente cattolica: la maggioranza della popolazione belga si dichiara cristiana²¹³. Si ricordi altresì che in questo Paese il re si rifiutò di firmare la legge sull'aborto. Attentamente è stato rilevato, inoltre, che più che la percentuale di religiosi, rileva la sussistenza di una netta separazione tra Stato e Chiesa: in questo senso, però, sia l'Italia che il Belgio si dichiarano uno Stato laico²¹⁴.

Sollevare obiezione di coscienza è un diritto ormai accettato dalla collettività belga e cristallizzatosi nelle forme già vigenti. Sembra non porre più particolari problematiche, salvo che in due casi: l'estensibilità ai farmacisti e la liceità della revoca delle sovvenzioni per le strutture confessionali²¹⁵.

La vera ragione dell'assenza di un "allarme obiettori" sembra allora risiedere principalmente nel fatto che in Belgio è possibile costituire strutture esclusivamente deputate ad eseguire le interruzioni volontarie di gravidanza, i cosiddetti *centres d'interruption de grossesse* o *abortus centra* cui fa riferimento, da ultimo, anche la legge del 15 ottobre 2018. In dette strutture naturalmente non può essere assunto personale obiettore, né lo stesso vi fa richiesta. Pertanto, questi centri rappresentano una sicurezza per la donna e un riferimento anche per i medici obiettori, che sono quindi posti nella condizione di adempiere all'obbligo di rinvio, individuando con certezza le strutture che eseguono aborti.

A riprova di quanto detto, da sempre i dati evidenziano che la stragrande maggioranza delle interruzioni di gravidanza avviene in strutture extraospedaliere²¹⁶: non solo centri abortivi, ma anche i CPF, i quali sono attrezzati però, generalmente, solo per l'aborto farmacologico o con aspirazione. Tipologia, quella dell'aborto farmacologico, da tempo sdoganata in Belgio²¹⁷, laddove in Italia sembra essere stata ostacolata da una sorta di "cultura della sofferenza" e la cui procedura è stata ufficialmente deospedalizzata solo nel 2020.

²¹³ Si vedano le statistiche relative al 2015 in *fr.statista.com. Distribution de la population belge selon la religion*. Oltre il 60% si dichiarano cristiani. Spicca però un'altissima percentuale di atei, quasi il 30%.

²¹⁴ Lo rileva J. TASIAUX, *L'avortement devant la Cour européenne des droits de l'homme : la jurisprudence européenne est-elle influencée par les législations nationales?*, cit., pp. 23-24. Si noti che in Belgio esiste un articolo del Codice penale -268 c.p.-, che prevede un reato specifico assente in Italia, che sanziona i ministri di culto che, nei propri discorsi pubblici, attaccano il sistema statale. La separazione tra Stato e Chiesa è dunque certamente netta.

²¹⁵ In tal senso L-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, cit., pp. 19-20: riguardo al secondo punto, in particolare, l'A. si chiede se la revoca di queste sovvenzioni possa porsi in qualche modo come una minaccia o costrizione capace di ledere indirettamente la libertà di coscienza del personale.

²¹⁶ Si veda G. CÉLINE, *La pratique de l'interruption volontaire de grossesse en structures extra-hospitalières en Belgique*, cit.; *Avortement : 28 ans d'application de la loi en Belgique*, cit. ; *Rapport à l'attention du Parlement 1 janvier 2018 – 31 décembre 2019*, rédigé par la Commission nationale d'évaluation de la loi du 5 octobre 2018 relative à l'interruption de grossesse, Février 2021, p. 22, rileva che oltre l'80% delle IVG si eseguono in centri extra ospedalieri.

²¹⁷ Dal 2004 si è autorizzata l'esecuzione dell'aborto farmacologico presso il medico generico; si veda G. CÉLINE, *La pratique de l'interruption volontaire de grossesse en structures extra-hospitalières en Belgique*, cit., p. 47.

CONCLUSIONI

L'analisi della situazione attuale ha restituito un quadro drammatico, nel quale la ricerca di una soluzione diventa difficile e si muove in un campo minato di tutele e controtutele che non è facile conciliare. Emerge, altresì, che nell'inerzia del legislatore chi si trova a poter e dover fronteggiare le criticità applicative della legge è costretto sostanzialmente ad andare contro la legge stessa: lo dimostrano i bandi riservati, che cercano di bloccare l'assunzione degli obiettori e dunque indirettamente eliminare il diritto di obiezione per i nuovi assunti; lo dimostra la giurisprudenza, che cerca sempre più di erodere l'ambito dell'obiezione di coscienza, così da costringere l'obiettore non solo all'assistenza precedente e successiva all'intervento, ma anche a quella contestuale, sia indiretta (medico ecografista) sia più immediata (ginecologo) se non è volta a causare la morte del feto¹.

Il problema principale è costituito dall'alto numero di obiettori, che rende inutile ogni soluzione che non sia volta sostanzialmente a creare nuovo personale non-obiettore, o tramite pressione indiretta, ossia subordinazione dell'assunzione del nuovo personale al non esercizio del diritto di obiezione, o tramite meccanismi diretti, ossia l'abolizione dell'obiezione per l'aborto terapeutico, che, però, trovano la resistenza di una pratica ormai consolidata e comune a molti Paesi del mondo, seppur retti -a differenza dell'Italia- da un sistema di sanità privata.

L'alto numero di obiettori è a sua volta legato certamente all'abuso dell'obiezione, ossia al ricorso massivo all'obiezione di comodo, connesso alla possibilità di esimersi da grosse responsabilità senza contropartita; non a caso, l'obiezione diminuisce gradualmente assieme alle responsabilità del professionista, ed è solo del 37% per il personale non medico. A riprova della connotazione di convenienza del rifiuto di effettuare aborti, già preventivato dalla legge e presidiato da sanzioni penali, vi è una varia casistica, che però difficilmente viene pubblicata e resa accessibile nei *database*. Si possono citare due casi di medici operanti nel settore pubblico accusati o condannati per aver indotto la donna a desistere dall'iter legale e rivolgersi a loro in sede privata, così da ottenere l'aborto dietro pagamento². Entrambi i casi, peraltro, si sarebbero verificati in Sicilia, la Regione con il più alto tasso di ginecologi

¹ Il secondo riferimento è al caso delle condanne conseguenti all'episodio dell'aborto terapeutico in bagno avvenuto a Messina. È evidente che la lettera della legge avrebbe in ogni caso giustificato che la donna abortisse da sola (anche se non in bagno), potendosi il ginecologo chiaramente astenersi dall'assistenza all'espulsione del feto, ossia al parto indotto. È a tali gravi e drammatiche conseguenze che le sentenze già analizzate hanno voluto porre rimedio.

² Si veda il caso di cui si dà atto in Cass. pen., 25 luglio 2012, n. 30460, in *leggiditaliaprofessionale.it*, che riguarda la vicenda di otto imputati coinvolti in pratiche di aborto clandestino in provincia di Palermo: trattasi di un ginecologo e varie infermiere che, pur essendo dipendenti pubblici, eseguivano aborti in uno studio privato; la maggior parte delle condanne, per associazione a delinquere, peculato ed ex art. 19 l. 194/1978, sono state annullate per intervenuta prescrizione. Si veda altresì Cass. pen., 15 novembre 2016, n. 53444, in *Quotidiano giuridico*, 2017, che conferma la misura cautelare della custodia in carcere per la gravità indiziaria a carico di un ginecologo che, pur essendo non-obiettore in servizio in un ospedale, cercava di dissuadere le donne a percorrere l'iter legale per indurle ad abortire, dietro pagamento, nel proprio studio privato.

obiettori.

La drammaticità della situazione attuale è testimoniata anche dal fatto che tutt'oggi ci sono donne costrette a ricorrere all'aborto clandestino mediante farmaci reperiti online, spesso con gravi effetti collaterali³.

Infine, come si è osservato, un intervento normativo è reso ancor più necessario nell'immediato non solo dalle condanne del CEDS, dai moniti del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, dai rapporti del Comitato dei diritti umani e del CEDAW sull'Italia, ma altresì dalla giurisprudenza del Comitato dei diritti umani e dalla giurisprudenza CEDU, che sanziona gli Stati che, pur prevedendo un diritto sulla carta, non concretizzano i meccanismi e le procedure per renderlo effettivo e accessibile. Non è infatti difficile immaginare che, ove portato all'attenzione del Comitato dei diritti umani o della CEDU, l'episodio dell'aborto in bagno sarebbe sfociato in un'aspra condanna; non bisogna aspettare che ciò si avveri per intervenire⁴.

Nell'immediato, è però auspicabile un aumento delle denunce ex art. 328 c.p. e/o 340 c.p. nei confronti dei direttori della struttura sanitaria e del presidente della Regione, così da far pressione indiretta sul legislatore per modificare la legge 194/1978 o sull'amministrazione regionale affinché segua l'esempio del Piemonte e vincoli gli ospedali a seguire un iter preciso per garantire la presenza di non obiettori nelle strutture.

È altresì auspicabile consentire che la somministrazione, ossia la consegna, della pillola del giorno dopo, sia consentita non solo ai medici ginecologi ma ad ogni tipo di professionista sanitario. Altresì in quest'ottica sarebbe auspicabile che, come già avviene in altri Paesi come Francia e Svezia, l'ostetrica possa essere formata specificamente per effettuare aborti, così da ampliare il range dei professionisti che possano eseguire il trattamento sanitario in oggetto e parallelamente ampliare le chance di reperimento di professionisti non obiettori.

Tanto premesso, nelle conclusioni del presente lavoro si deve dare atto degli interventi auspicabili per risolvere le criticità applicative della legge 194/1978.

In primo luogo, poiché uno dei problemi principali è legato alla disomogeneità a livello territoriale nell'accesso alla prestazione, si auspica l'emanazione, da parte del Ministro della Sanità, di linee guida o di altro atto -eventualmente anche mediante il meccanismo dell'avocazione ex art. 120 Cost.- che

³ L'aborto avviene spesso mediante assunzione di Cytotec, un farmaco indicato per il trattamento dell'ulcera capace di causare contrazioni che possono portare all'aborto con vari effetti collaterali. Le donne arrivano in ospedale lamentando dolori ed emorragia; la condanna, in caso di aborto autoprocurato nel primo trimestre, prevede il pagamento di una sanzione "fino a lire centomila", nella prassi non rivalutata e ragguagliata ad euro 51,65, arrotondati a 50. Si vedano Cass. pen., 29 novembre 2011, n. 44107, in *Dir. Pen. e Processo*, 2012, 2, p. 153 ss.; Trib. Perugia, 16 settembre 2015, in *leggiditaliaprofessionale.it*. In un caso di aborto mediante utilizzo di Cytotec nel secondo semestre la donna è stata condannata a due mesi di reclusione, pena sospesa; si veda Cass. pen., 8 aprile 2015, n. 14218, in *leggiditaliaprofessionale.it*. La *Relazione* del 16 settembre 2021 (p. 19) certifica che, secondo le ultime stime disponibili, risalenti al 2016, il numero di aborti clandestini annui si aggirerebbe tra i 10.000 e i 13.000.

⁴ Si ricordi che la prima pronuncia, quella del G.u.p. nel 2012, assolveva il medico; ove l'assoluzione fosse stata confermata, dato l'esaurimento delle vie interne, si sarebbe potuta adire la Corte EDU.

impongano un preciso *iter* da seguire per tutte le strutture autorizzate ad effettuare aborti che non possano assicurare la presenza costante di un'equipe di non obiettori⁵. Dette linee guida dovrebbero prevedere l'obbligo di ricorrere alla mobilità del personale ove vi siano strutture che contino un numero di non obiettori sufficiente; viceversa, prevedere l'assunzione di solo personale non obiettore, tramite forme di reclutamento selettivo, con clausola (evidentemente da inserire mediante apposite modifiche ai Ccnl), che preveda il trasferimento o licenziamento del personale in caso di obiezione sopravvenuta. Questa soluzione, che più si avvicina a quella concretizzata attualmente, è però poco soddisfacente, perché, come si è detto, fa gravare il peso dell'attuazione della legge sostanzialmente sui non obiettori.

L'altra soluzione auspicabile, che però non sembra avere speranza di essere attuata nell'immediato o in tempi brevi, è restringere l'ambito dell'obiezione di coscienza al solo aborto effettuato nel primo trimestre, ossia a quello che si può inquadrare, in senso stretto, come interruzione volontaria di gravidanza, escludendo l'obiezione nell'ambito dell'aborto terapeutico, cui la donna è costretta a ricorrere per motivi di salute. Detto intervento consentirebbe di ripartire equamente i pesi su entrambi i medici, obiettori e non, e, allo stesso tempo, di non demonizzare l'esercizio del diritto di obiezione sopravvenuta. Nell'impossibilità di verificare la sincerità dell'obiezione, tutti gli obiettori dovrebbero essere trattati come obiettori sinceri.

L'intervento più efficace, però, è rappresentato da una modifica della legge: si tratta di una legge che risale al 1978; la stragrande maggioranza delle leggi sull'aborto in ambito europeo sono state successivamente sostituite o aggiornate. Visto il perdurante contrasto della legge italiana con l'ordinamento interno ed internazionale, tale intervento non è più procrastinabile. Non è accettabile leggere fatti di cronaca relativi a donne che devono ricorrere all'aborto clandestino, all'aborto abusivo a pagamento nei centri privati o a donne che, costrette ad abortire per sopravvenienze patologiche, debbano farlo in ospedale, ma prive di assistenza. Sono tutti fatti che, certamente, ove portati all'attenzione della giurisprudenza della Corte EDU o del Comitato dei diritti umani, porterebbero a una condanna del nostro Paese. Sono tutti fatti che da anni continuano ad accadere sotto gli occhi del legislatore, che volutamente persiste nel rimanere inerte.

Nell'elencare le auspicabili modifiche alla legge 194/1978, una particolare attenzione verrà posta nella possibilità di estendere il limite percentuale massimo di aborti nelle case di cura private convenzionate ed eliminare il divieto di eseguire aborti terapeutici al loro interno⁶. Si auspica infatti la creazione di strutture, pubbliche e private, deputate sostanzialmente solo all'erogazione di aborti, pur pagati dallo Stato tramite le convenzioni, cosicché, in simili strutture, l'obiettore verrebbe naturalmente

⁵ Così anche I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978*, cit., p. 122.

⁶ Si noti che nelle cliniche private convenzionate è prevista una percentuale massima per ogni tipo di intervento, non solo per gli aborti; pertanto detto limite non potrebbe essere eliminato, ma solo esteso, così da consentire la creazione di cliniche private che si occupino solo di prestazioni che concretizzano il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, eliminando quasi del tutto la possibilità di ricollocare l'obiettore sopravvenuto ad altre mansioni.

escluso, non potendo essere adibito ad alcuna mansione. Ciò secondo un meccanismo analogo a quello che in Italia regge la prestazione di PMA, pur compresa nei LEA ma erogata da cliniche private o da strutture autonome in ospedali pubblici e secondo il modello che si è visto essere diffuso all'estero, dove l'obiezione di coscienza non paralizza l'attuazione della legge in quanto limitata al settore pubblico ed assente nel privato.

In conclusione, queste le modifiche auspicabili all'attuale formulazione della legge 194/1978:

- **Articolo 4:**

Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia.

L'eliminazione del riferimento al "serio problema di salute" nei primi 90 gg. consentirebbe di eliminare anche l'obbligo di motivazione dell'aborto, in accordo con il diritto della paziente alla riservatezza.

I tempi sono infatti maturi per superare quella formula, dettata da due principali ragioni: la prima è relativa alla coscienza sociale degli anni Settanta, essendo impensabile poter passare da una criminalizzazione dell'aborto a una liberalizzazione nel primo trimestre. La seconda ragione risiede nell'influenza della sentenza 27/1975 della Corte costituzionale, che sostanzialmente aprì le porte solo all'aborto terapeutico, sottolineando la necessità che il legislatore scongiurasse l'accesso all'aborto in assenza di seri accertamenti sulla "gravità e realtà" del danno o pericolo della gestante⁷. Si è già visto come detto assunto è stato superato, in concreto, già dalla stessa legge 194/1978, come peraltro denunciato dagli stessi deputati durante i lavori preparatori, che criticarono, in particolare, la possibilità di accedere all'aborto per problemi legati alla condizione socioeconomica della donna. Tuttavia, seppur la legge sia concretamente intesa alla liberalizzazione nel primo trimestre, la lettera della disposizione lascia spazio ad interpretazioni di segno contrario e alla possibilità, all'occorrenza, di svilupparle⁸.

Sono maturi i tempi per riconoscere nero su bianco, a differenza di ciò che fece la Consulta

⁷ Sull'influenza della sentenza costituzionale 27/1975 nella legge 194/1978 si veda M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 123 ss. e F. GALLO, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit. p. 187.

⁸ Si ricordi che la stessa Corte EDU, nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, dalla lettura della legge 194/1978 trasse le conclusioni che l'aborto fosse accessibile solo previo accertamento sanitario di determinati presupposti.

nel 1975, un ruolo non solo alla salute, ma anche all'autodeterminazione procreativa della donna e superare l'impostazione paternalista degli anni Settanta che vide la donna come mera vittima degli aborti clandestini; argomento che in quegli anni, come è stato rilevato, era l'unico che poteva aprire le porte alla legalizzazione dell'aborto, insistendo sul fatto che le donne avessero diritto alle cure di un ospedale e non dovessero morire per aborto clandestino⁹. L'eliminazione dell'obbligo della donna di motivare la scelta di abortire consentirebbe altresì di superare una concezione moralista che richiama la logica della confessione di un atto abietto e consentirebbe, soprattutto, di valorizzare la libertà di coscienza della donna, alla quale, sola, sarebbe rimessa la soluzione della questione -irrisolta- se l'embrione è persona oppure no¹⁰.

- **Articolo 5:**

*Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, **solo ove la donna vi acconsenta** e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il ~~padre del concepito~~ **partner di lei, ove la donna lo consenta, ove la donna autorizzi quest'ultimo a partecipare**, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e ~~della persona indicata come padre del concepito~~ **del partner**, le possibili soluzioni dei problemi proposti e di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza. **In ogni caso, devono indicarle una struttura dove potrà accedere alle procedure e di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto.***

*Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; **solo ove la donna vi consenta**, valuta con la ~~donna~~ stessa e con il ~~padre del concepito~~ **suo partner, ove la donna lo consenta** **ove la donna autorizzi quest'ultimo a partecipare**, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e ~~della persona indicata come padre del concepito~~ **del partner**, anche sulla base dell'esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; **in ogni caso, le indica una struttura dove potrà accedere alle procedure**, la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie.*

⁹ Così S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, cit., p. 570.

¹⁰ Sul rapporto tra decisione di abortire, qualificazione del feto e coscienza della donna si veda M. GASPARINI, *Obiezione di coscienza o rifiuto della cura all'aborto volontario*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, cit., pp. 208-209. Valorizza la considerazione della libertà di coscienza nel fine vita, secondo un ragionamento estensibile anche alle scelte sull'inizio vita, R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *La libertà di coscienza: un valore non negoziabile*, in *Il tetto*, n. 270-271, 2009, p. 21 ss.

Comma terzo omissis [...]

*Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza ~~sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4~~, le 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~~ **tre** giorni. Trascorsi i ~~sette~~ **tre** giorni] la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciatole ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate. **[Il termine di cui all'art. 4 è prorogato proporzionalmente al numero di giorni non trascorsi del termine di tre giorni]***

Riguardo all'articolo 5 si rendono necessari principalmente due interventi: il primo riguarda l'eliminazione dell'obbligo di esaminare o valutare i motivi della sua richiesta di abortire, ciò che è in contrasto, come si è detto, con la legge 219/2017 che prevede anche il diritto del paziente di rifiutare l'informazione. Si deve pertanto sostituire l'obbligo con una possibilità, subordinata al consenso della donna; l'obbligo è opportuno, invece, che permanga limitatamente all'informazione sui diritti della donna come lavoratrice e come madre nel suo caso concreto e all'assistenza nella promozione degli opportuni interventi, ove richiesti, prima e dopo il parto. Si ricordi, peraltro, che in questa sede l'obbligo informativo è di carattere generico, mentre il vero e proprio consenso informato sarà recepito nell'ospedale o nella casa di cura autorizzata dove avverrà l'aborto, ai sensi dell'art. 14. All'obbligo informativo è opportuno aggiungere quello di indicare una struttura dove si eseguono aborti, onde evitare l'inutile perdita di tempo della donna alla ricerca di quella idonea. Un simile servizio è peraltro attualmente offerto da alcune associazioni, mediante informazioni nei rispettivi siti web¹¹.

L'altro importante punto sul quale intervenire riguarda il cosiddetto periodo di riflessione. Il *dossier* diffuso il 25 settembre 2020 dall'OMS sulla prevenzione dell'aborto non sicuro indica, tra gli ostacoli all'accesso a un aborto sicuro, la presenza di «requisiti non necessari, come periodi di attesa obbligatori, consulenza obbligatoria, fornitura di informazioni fuorvianti [...] che ritardano le cure»¹².

Come documentato da un saggio di un'autrice belga, l'Italia era tra i tre Stati europei, con Francia e Lussemburgo, a prevedere il periodo di riflessione più lungo, ossia di sette giorni¹³.

¹¹ Si può trovare l'elenco delle strutture dove è possibile abortire in laiga194.it; per vedere le strutture dove si somministra l'aborto farmacologico si veda vitadidonna.it.

¹² *Preventing unsafe abortion*, pubblicato il 25 settembre 2020 in who.int.

¹³ A. WÉRY, *La réglementation de l'interruption volontaire de grossesse et le droit à libre disposition du corps, des notions incompatibles?*, cit., 312

Nel 2015, in Francia è stato abolito del tutto il periodo di riflessione, mentre in Lussemburgo è stato ridotto a tre giorni¹⁴. Pertanto, attualmente l'Italia presenta il primato del periodo di riflessione più lungo, seguita dal Belgio (6 giorni), nel quale, però, il decorso del termine legale per abortire viene sospeso durante la sua attesa, seguita dai Paesi Bassi (5 giorni), nei quali è stata di recente fatta una proposta per abolirlo. Detto periodo di riflessione obbligatoria rischia, peraltro, come si è già rilevato, di acuire le sofferenze della donna e di complicare lo svolgimento dell'intervento.

Si ritiene quindi opportuno abolirlo o ridurlo a tre giorni, allineando l'Italia alle scelte adottate dalla maggioranza degli Stati europei¹⁵; in ogni caso, sospendendo, durante questo periodo, il decorso dei 90 giorni di legge, eludendo così il rischio che venga negata l'urgenza dell'intervento per prossima scadenza del primo trimestre. La scelta ottimale potrebbe essere quella volta ad eliminare il periodo di riflessione. Tuttavia, stanti le prevedibili ritrosie nei confronti della proposta, si potrebbe proporre la riduzione come scelta subordinata.

- **Articolo 6:**

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; **quando il nascituro sia affetto da anomalie incompatibili con la vita;***
- b) 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; **quando siano accertate rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro.***

È opportuno eliminare il riferimento alla ripercussione, nella salute della donna, della scoperta delle anomalie fetali, scindendo così l'ipotesi dell'aborto terapeutico per motivi di salute della gestante da quello legato alla salute del feto. Il riferimento a dette ripercussioni, che non vengono di fatto accertate, rimane una formula di stile in contrasto con le leggi europee (ad esempio, detto riferimento è assente nella legge belga e in quella spagnola). O meglio, detto accertamento assume rilevanza, *ex post*, solo nelle cause per il risarcimento del danno da nascita indesiderata, spesso sfociando in una sorta di sindacato che consente al giudicante di negare il risarcimento per determinate anomalie comunemente considerate poco gravi o accettabili,

p. 29.

¹⁴ La circostanza era disciplinata dall'art. L162-5 del Codice della Sanità Pubblica; attualmente è disciplinata dall'art. L2212-5 del medesimo Codice, nel quale scompare il riferimento alla *semaine de réflexion*. Riguardo al Lussemburgo, si veda l'art. 12 della legge del 15 novembre 1978, modificato dalla legge 17 dicembre 2014.

¹⁵ A. WÉRY, *Ibid.*, p. 29, dà atto che 14 Stati (ora si è aggiunta la Francia, ma dall'elenco bisogna togliere la Spagna) non prevedono alcun periodo di riflessione obbligatoria; 6 Stati, tra cui la Spagna, prevedono che detto periodo duri 3 giorni; le altre opzioni rimangono scelte isolate a un solo Stato.

come la Sindrome di Dawn. Si noti che permarrebbe comunque nei giudizi di risarcimento del danno da nascita indesiderata l'onere di provare che l'attrice avrebbe ricorso all'aborto, onde evitare speculazioni¹⁶.

Inoltre, è opportuno prevedere che l'aborto possa eseguirsi ex art. 7 a, quindi oltre la soglia di vitalità del feto, anche nel caso di scoperta di anomalie letali, incompatibili con la vita, viceversa configurandosi un obbligo della donna di portare avanti la gravidanza solo per assistere alla morte del proprio figlio. Come si è detto, l'aborto terapeutico in caso di anomalie fetali letali è stato considerato un diritto umano dalla giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo¹⁷.

- **Articolo 7, comma 1:**

*I processi patologici che configurino i casi previsti dall'articolo precedente vengono accertati da un medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero o della casa di cura convenzionata in cui deve praticarsi l'intervento, che ne certifica l'esistenza. Il medico può avvalersi della collaborazione di specialisti. Il medico è tenuto a fornire la documentazione sul caso e a comunicare la sua certificazione al direttore sanitario dell'ospedale per l'intervento da praticarsi immediatamente. **Il medico informa la donna della possibilità di ricevere assistenza dal consultorio o dalla struttura socio-sanitaria, che hanno il compito di informarla, ove acconsenta, sui suoi diritti di lavoratrice e di madre, nonché sui diritti delle persone disabili e dei suoi familiari e di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto.***

All'art. 7, primo comma, è opportuno aggiungere un inciso in considerazione delle critiche sull'assenza di colloquio informativo nel caso di aborto per anomalie fetali. A detto colloquio avrebbero interesse ad accedere, naturalmente, solo le donne incinta di feti con anomalie compatibili con la vita. L'intervento informativo è comunque subordinato al consenso della donna

- **Articolo 8, comma 3 e seguenti:**

Nei primi novanta giorni l'interruzione della gravidanza può essere praticata anche presso case di cura autorizzate dalla regione, fornite di requisiti igienico-sanitari e di adeguati servizi ostetrico-ginecologici.

¹⁶ Semplicemente l'onere probatorio sarebbe a quel punto assolto diversamente, concentrandosi maggiormente sulle manifestazioni di volontà della donna prima della nascita del figlio malato, piuttosto che su una prova della sussistenza di vere e proprie patologie.

¹⁷ Le modalità attuative di questo aborto dovrebbero essere lasciate alla discrezionalità dei medici. Si auspica che gli stessi ricorrano alla previa iniezione di cloruro di potassio come avviene negli altri Stati, considerata l'impossibilità di tentare la rianimazione o incubazione del feto e la maggiore sofferenza cui andrebbe incontro la donna nell'assistere alla morte del proprio figlio.

[abrogato] Il Ministro della sanità con suo decreto limiterà la facoltà delle case di cura autorizzate, a praticare gli interventi di interruzione della gravidanza, stabilendo:

- 1) la percentuale degli interventi di interruzione della gravidanza che potranno avere luogo, in rapporto al totale degli interventi operatori eseguiti nell'anno precedente presso la stessa casa di cura;
- 2) la percentuale dei giorni di degenza consentiti per gli interventi di interruzione della gravidanza, rispetto al totale dei giorni di degenza che nell'anno precedente si sono avuti in relazione alle convenzioni con la regione.

[abrogato] Le percentuali di cui ai punti 1) e 2) dovranno essere non inferiori al 20 per cento e uguali per tutte le case di cura.

[abrogato] Le case di cura potranno scegliere il criterio al quale attenersi, fra i due sopra fissati.

Nei primi novanta giorni gli interventi di interruzione della gravidanza dovranno altresì poter essere effettuati, dopo la costituzione delle unità socio-sanitarie locali, presso poliambulatori pubblici adeguatamente attrezzati, funzionalmente collegati agli ospedali ed autorizzati dalla regione¹⁸.

Il certificato rilasciato ai sensi del terzo comma dell'articolo 5 e, [alla scadenza dei ~~sette~~ **tre** giorni] il documento consegnato alla donna ai sensi del quarto comma dello stesso articolo costituiscono titolo per ottenere in via d'urgenza l'intervento e, se necessario, il ricovero.

La parte più consistente dell'intervento modificativo della legge 194/1978 consiste nell'abolizione del divieto di aborto terapeutico nelle cliniche autorizzate e della presenza di una soglia massima di aborti annui in rapporto al totale degli interventi eseguiti dalla clinica convenzionata. In concreto, cioè, attualmente una clinica convenzionata può eseguire un numero massimo di aborti annui, calcolato come il 30% del numero di prestazioni totali eseguite nell'anno precedente¹⁹.

La limitazione delle case di cura convenzionate nell'erogazione di aborti, infatti, non tutela alcun interesse specifico; l'unica ragione del limite sembra risiedere nella volontà del legislatore di scongiurare la creazione di cliniche abortiste, secondo una logica che tutelerebbe la morale

¹⁸ Dall'analisi delle precedenti Relazioni sull'applicazione della legge 194/1978 si evince che fino al 2000 gli aborti (chirurgici) sono stati praticati anche in poliambulatori. Successivamente si è proceduto sempre in ambiente ospedaliero, fino alla pubblicazione dell'aggiornamento delle linee di indirizzo ministeriali sulla IVG farmacologica, che ammettono, oltre al regime di *day hospital*, anche quello ambulatoriale. Pertanto, la norma in oggetto troverà nuovamente attuazione.

¹⁹ Secondo le ultime notizie, infatti, il limite di cui alla legge 194/1978, che era fissato, nel minimo, al 20% del totale degli interventi e che delegava il Ministero della Sanità alla sua determinazione concreta, risulta fissato con il D.M. 16 aprile 1982 nella percentuale nel 30%; si veda F. BOCCHINI, *Codice della famiglia e dei minori*, Milano, 2007, p. 361

di coloro che possano venire urtati da siffatte strutture. Con questa ricostruzione collide, però, la circostanza che nelle strutture sanitarie convenzionate è previsto un limite per ogni tipo di trattamento sanitario. È comunque auspicabile che detto limite venga eliminato per la prestazione in esame, considerata la gravità della situazione attuale. Infatti, si è visto come la creazione di cliniche abortiste costituisca il motivo per cui negli Stati esteri l'obiezione non impedisce l'attuazione della legge.

In primo luogo, queste strutture risolverebbero naturalmente il problema della necessità di creare obiettori: i posti di lavoro dovrebbero necessariamente essere impiegati da non obiettori che, ove divenissero obiettori, abbandonerebbero la struttura in maniera verosimilmente spontanea, sia non potendo essere adibiti ad altre mansioni, sia non potendo rimanere in una clinica che esegue solo prestazioni ricusate dalla propria coscienza. Vi sarebbe, inoltre, sempre la possibilità di ricorrere al demansionamento, trasferimento o licenziamento. Nulla osta che dette cliniche siano costituite anche dallo Stato, come una struttura pubblica che si occupi di attuare le prestazioni connesse al diritto alla procreazione cosciente e responsabile ex l. 194/1978. Di più, si potrebbe pensare di riorganizzare i consultori in tal senso.

In secondo luogo, la creazione di cliniche abortiste permetterebbe di creare un punto di riferimento certo per la donna, la quale attualmente è costretta a vagare nella Regione fino ad incontrare la struttura giusta, salvo quei pochi casi in cui la normativa regionale dispone che i consultori debbano indirizzare la donna ad una struttura (una sorta di obbligo di rinvio interiorizzato da poche e virtuose prassi)²⁰.

Questa soluzione, infine, è quella di più immediata attuazione in quanto il Ministro della Salute potrebbe emanare un decreto che innalzi la percentuale ad una prossima al 100% (perché in base alla lettera della legge una limitazione deve pur sempre sussistere), aprendo così le porte alla creazione di cliniche che si occupino, ad esempio, anche di sterilizzazione volontaria, diagnostica prenatale, informativa pre-intervento, etc.

- **Articolo 9, commi 1-5**

*Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui ~~agli~~ **articoli 5 e 7** **all'articolo 5** ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata al medico provinciale e, nel caso di personale dipendente dell'ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario. **La dichiarazione contiene la specifica indicazione delle tipologie di interruzione di gravidanza oggetto dell'obiezione** ~~entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal~~*

²⁰ A pagina 44 della *Relazione*, si dà atto che alcuni consultori forniscono un servizio di prenotazione dell'intervento in ospedale.

~~conseguimento dell'abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette all'interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l'esecuzione di tali prestazioni.~~

~~L'obiezione può sempre essere revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione al medico provinciale.~~

~~L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie 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'intervento. **Il personale sanitario deve comunicare la circostanza alla donna dal primo contatto e indicarle un medico o una struttura sanitaria a cui rivolgersi.**~~

~~Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'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 **dagli articoli 4-7, attraverso la mobilità del personale e il ricorso a forme di reclutamento selettivo.** La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale.~~

~~L'obiezione di coscienza non può essere invocata dal personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo. [in caso di impossibilità di escludere l'obiezione all'aborto terapeutico, questo articolo potrebbe così riformularsi: **L'obiezione di coscienza non può essere invocata nei casi di cui all'art. 6, lett. a dal personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento è indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo]**~~

Con riguardo alle modifiche dell'art. 9, rileva innanzitutto la proposta di introdurre l'obbligo di rinvio, sia come forma di controprestazione, sia come meccanismo per evitare l'inutile girovagare della donna alla ricerca della struttura dove possa ottenere la prestazione (sebbene questa circostanza non dovrebbe più verificarsi con l'introduzione delle modifiche normative in esame). Detto obbligo, considerato che dovrebbe già introdursi tra gli obblighi informativi del consultorio o del medico di fiducia, avrebbe comunque senso sia nel caso di inadempimento del primo, sia nell'aborto terapeutico, dove la donna si relaziona direttamente

con l'ospedale. In quest'ottica è auspicabile l'istituzione di un registro degli obiettori che sia accessibile ai soli "addetti ai lavori", ossia al personale delle strutture autorizzate ad eseguire aborti e al personale del consultorio e ai medici di base o ginecologi, ossia ai soggetti ai quali la donna può rivolgersi per ottenere il certificato ex art. 5 o la prestazione ex art. 6.

In secondo luogo, è opportuno eliminare ogni tempistica volta a differire nel tempo gli effetti dell'obiezione di coscienza, in quanto lederebbero la libertà di coscienza.

Ancora, è opportuno vincolare le strutture sanitarie, obbligando i relativi direttori ad attuare i metodi per attenuare i problemi attuativi della legge; si ritiene opportuno indicarli specificamente in quanto, essendo gli unici sviluppati in oltre quarant'anni di applicazione della legge, devono ritenersi ragionevolmente gli unici disponibili. Così formulata, la norma obbligherebbe la Regione a richiamare le strutture (potere di controllo) che non abbiano un numero di personale non obiettore sufficiente ed obbligarli a ricorrere alle due forme di intervento indicate nella legge. L'inattuazione di detto obbligo, dunque l'omesso ricorso alla mobilità o al reclutamento selettivo, sarebbe sanzionabile ex art. 328 c.p. e/o 340 c.p.

Si analizza, infine, la scelta più problematica, e verosimilmente anche molto difficile da introdurre nel nostro ordinamento, volta a limitare l'esercizio dell'obiezione ai soli aborti nel primo trimestre. Di questa ipotesi si è già ampiamente detto²¹; è sufficiente ora aggiungere che, se non in questi termini, l'esercizio del diritto all'obiezione dovrebbe almeno essere escluso nell'ipotesi di aborto per pericolo di vita della donna, anche non imminente e di scoperta di anomalie fetali incompatibili con la vita, nelle quali, sostanzialmente, l'autodeterminazione della paziente è pressoché annullata. Detta ultima riduzione sarebbe necessaria a prescindere da ogni considerazione, in particolare dal fatto che, introducendo le cliniche abortiste, probabilmente non vi sarebbe più necessità di arginare con urgenza il fenomeno delle obiezioni.

- **Articolo 12, comma 2:**

Se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, per l'interruzione della gravidanza è richiesto l'assenso di chi esercita sulla donna stessa la responsabilità genitoriale o la tutela. Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la responsabilità genitoriale 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, espleta i compiti e le procedure di cui all'articolo 5 e rimette 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

²¹ *Supra*, cap. 4, ultimo paragrafo.

sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli e verificato il regolare espletamento della procedura, ~~può autorizzare~~ autorizza la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza.

Come è stato argomentato, il giudice tutelare non può aggiungersi o sostituirsi alla volontà della donna nella scelta abortiva. Egli può negare l'autorizzazione solo ove riscontri che la donna non sia stata adeguatamente resa edotta e consapevole dell'intervento e che il suo consenso non sia libero e genuino. Queste circostanze spettano solo al consultorio o al medico di fiducia scongiurarle, cosicché, una volta che il giudice abbia accertato che questi ultimi hanno adeguatamente svolto il loro lavoro, come risultante dalla relazione, il giudice non può addurre alcun motivo per sottrarsi dall'autorizzazione all'aborto della minorenni.

- **Articolo 13**

(aborto dell'interdetta). Aggiunta di un sesto comma: ***Ove sussistano i presupposti di cui all'art. 6, lett. a, si applicano le procedure di cui all'art. 7 e art. 13, comma 1; il medico e il tutore relazionano al giudice tutelare sull'avvenuta interruzione di gravidanza.***

È importante prevedere la possibilità di ricorrere a una procedura più celere nei casi più gravi di aborto terapeutico. Lo scenario da immaginare è quello di una donna interdetta che sta proseguendo una gravidanza volontariamente ed è seguita dai medici per i controlli periodici; improvvisamente, per patologie proprie che mettono in pericolo la sua vita o per la scoperta di anomalie fetali incompatibili con la vita, è costretta ad abortire. In questo caso è evidente che la motivazione risiede nell'urgente tutela della salute, sulla quale solo i medici possono influire, non, invece, il giudice tutelare, né il tutore. Quest'ultimo dovrà però essere informato della procedura e relazionare, assieme al medico, sull'avvenuto trattamento, il quale dovrà però compiersi senza indugio alcuno e senza la necessaria attesa dei tempi dell'art. 13, che possono dilatarsi fino a quasi due settimane.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Legislazione sull'aborto: prospettive di una riforma. Interventi ed atti di un convegno (20-21 Febbraio 1975)*, Napoli, 1975
- AA. VV., *Riforme costituzionali e procreazione assistita*, in *Orientamenti sociali sardi: rivista semestrale dell'Associazione culturale Mino Spanu dell'Azione cattolica diocesana di Cagliari*, 2004
- AA. VV., *Difesa del diritto alla nascita (atti del XXIII convegno nazionale di studio, Roma 7-9 dicembre 1972)*, Roma, 1975
- AA. VV., *Netter. Atlante di anatomia fisiopatologia e clinica: Sistema Nervoso. 1: Encefalo*, Milano, 2014
- AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. I, Napoli, 2009
- AA. VV., *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. 8, Napoli, 2015
- AA. VV., *Sortir l'avortement du code pénal belge. Actes des colloques*, Bruxelles, 30 septembre 2016 – Liège, 23 novembre 2016
- F. ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, *Diagnóstico genético embrionario y libertad reproductiva en la procreación asistida*, in *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 25, 2006, pp. 21-54
- V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. di medicina legale*, 2012, II, p. 403 ss.
- U. ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *Biolaw journal*, 1/2020, p. 27 ss.
- D. ACHILLE, *Il diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 55 ss.
- E. AGAZZI (a cura di), *Bioetica e persona*, Milano, 1993
- S. AGOSTA, *Libertà di ricerca scientifica e parusia della dignità umana (a proposito dei limiti alla sperimentazione sull'embrione)*, in *Biolaw journal, Special Issue 2/2019*, p. 469 ss.
- S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio vita*, I, Milano, 2012
- S. AGOSTA, *Spinte e contropunte in tema di interruzione della gravidanza e statuto dell'embrione*, in *Federalismi.it*, 1/2019, p. 1 ss.
- A. AGRÌ, *La giustizia criminale a Mantova in età Asburgica: il supremo consiglio di giustizia (1750-1786)*, Milano, 2016
- M. ALBERT MÁRQUEZ, *El papel de la administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de «nuevos derechos»: los casos del aborto y la eutanasia*, in *Estudios de Deusto*, 66, II, 2018, pp. 153-189
- C. ANDERSON, *Court of Appeal Authorizes Surgical Separation of Conjoined Twins Although Procedure Will Kill One Twin*, in *Harvard Law Review*, 2001 vol. 114, n. 6, pp. 1800-1806
- F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Rivista AIC*, 2/2020
- F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020
- G. J. ANNAS, *At Law: Siamese Twins: Killing One to Save the Other*, in *The Hastings Center Report*, 1987, vol. 17, n. 2, pp. 27-29
- A. APRILE, *Interruzione volontaria della gravidanza: casistica medico-legale*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1727 ss.
- A. ARCURI, *Il diritto ai tempi dell'obiezione di coscienza. Il caso San Camillo*, in *Federalismi.it*, 14/2017, p. 1 ss.
- D. ATIGHETCHI, *Islam e bioetica*, Roma, 2009
- E. BADARACCO – F. DAMBROSIO – M. BUSCAGLIA (a cura di), *Maternità cosciente*, Milano, 1976
- S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008
- R. BAIOTTO, A. BUSACCA, B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza. Interesse del minore e genitorialità same sex*, Milano, 2018
- A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili (voce)*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1989, p. 10 ss.

- A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, (voce) in *Enc. Giur.*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1989, p. 30 ss.
- G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. e Dir.*, 8-9/2018, pp. 803-814
- G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Milano, 2019
- G. BEDOUELLE, *Amore e sessualità nel Cristianesimo*, Milano, 2007
- P. BENCIOLINI – A. APRILE, *Interruzione volontaria della gravidanza. Compiti, problemi, responsabilità*, Padova, 1990
- M. BENSA, *Dissertationes quas in Genuensi academia amplissimi iuris collegii*, Genova, 1848
- D. BERNARD – S. DATOUSSAID – E. D'URSEL – V. ELOY, *L'autonomie reproductive et les droits des femmes à l'aune de trois nouvelles lois « symboliques » : du glissement au recul?*, in *Journal des Tribunaux*, 2019, pp. 344-347
- R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza moderna: per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994
- R. BERTOLINO, *Obiezione di coscienza, I, Profili teorici* in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, II-1, Milano, 2017
- C. M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2012
- M. BIANCA, *L'aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Corriere Giur.*, 2, 2020, p. 145 ss.
- R. BIFULCO, *Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, IV, *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, 2020, p. 39 ss.
- G. BISCONTINI – L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002
- F. BOCCHINI, *Codice della famiglia e dei minori*, Milano, 2007
- G. BOGNETTI, *Obiezione di coscienza, III, Profili comparatistici*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990
- G. BONI, *Il dibattito sull'immissione in commercio della c.d. pillola del giorno dopo: annotazioni su alcuni profili giuridici della questione, in particolare sull'obiezione di coscienza*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2001, XXX, Milano, p. 677 ss.
- M. E. BUCALO, *La “circoscritta (e puntellata) area” di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. fra self-restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, in *Biolaw journal* 1/2020, p. 99 ss.
- A. BUCCELLI, *Procreazione assistita e famiglia*, in A. BUCCELLI (a cura di) *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze, 2005, p. 127 ss.
- G. BUNIVA – G. PAROLETTI, *Il codice penale spiegato in ciascuno dei suoi articoli con annotazioni*, Torino, 1842
- A. BURATTI, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 357 ss.
- A. BUZZANCA, *Tutela urgente alla salute e liste di attesa: aspetti civili, penali e amministrativi*, Milano, 2006
- S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017
- I. A. CAGGIANO, *Genitorialità scomposta e identità del minore. Spunti per un'analisi tecnico-giuridica*, in *L-jus*, 1/2018, p. 1 ss.
- N. CALLIPARI, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, 2012
- R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 6/2018, pp. 689 ss.
- D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, IV, Milano, 2011, p. 1253 ss.
- S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una “buona legge buona”*, in *Corriere giur.*, 3/2018, p. 301 ss.
- R. CANOSA USERA, *La protección de la integridad personal*, in *Revista de Derecho Político*, 100, 2017, pp. 257-310
- G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, in *biodiritto.org*
- R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *La libertà di coscienza: un valore non negoziabile*, in *Il tetto*, n. 270-271, 2009, p. 21 ss.

- M. C. CARBONE, *L'interruzione volontaria di gravidanza tra esercizio della funzione pubblica sanitaria e libertà di autodeterminazione. Alcune osservazioni sui concorsi "riservati" a medici non obiettori*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 1291 ss.
- C. CARDIA, *Antropologia, religione, diritto*, in *Quaderni dir. e pol. eccl.*, fascicolo speciale, dicembre 2015, p. 241 ss.
- F. CARINGELLA – R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto civile, vol. I, Famiglia e successioni*, Milano, 2007
- P. CARLINI, *L'aborto nel campo giudiziario*, Milano, 1935
- G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto penale*, Napoli, 1854
- F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale, 1*, Lucca, 1872
- M. CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del Seminario (Ferrara, 9 marzo 2007)*, Torino, 2007 p. 1 ss.
- M. CASINI, *La corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. "teoria del preembrione"*, in *Dir. Fam. e pers.*, 2012, I, p. 38 ss.
- C. CASINI – M. CASINI – M. L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40: norme in materia di procreazione medicalmente assistita: commentario*, Torino, 2004
- C. CASONATO – F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà - P. Zatti, III, Milano, 2011, p. 39 ss.
- C. CASSANI, *La disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – M. PAPA – A. MANNA (a cura di), *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari, VII, Milano, 2011, p. 553 ss.
- F. CASSONE, *Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità. Uno sguardo alle norme*, in *Minorigiustizia*, n. 2/2008, p. 60 ss.
- A. CATELANI, *La sanità pubblica*, Torino, 2010
- A. CAZZOLA, *Aborto e fecondità – Gli effetti di breve periodo indotti dall'aborto legale sulle nascite in Italia*, Milano, 1995
- G. CÉLINE, *La pratique de l'interruption volontaire de grossesse en structures extra-hospitalières en Belgique*, in *avortementancic.net*, 2013
- C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, II, 2018, pp. 377-391
- L-L. CHRISTIANS – S. MINETTE, *Avortement et objection de conscience en Belgique*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 23, 2010, p. 1 ss.
- J. CHRISTOPOULOS, *Abortion and the Confessional in Counter-Reformation Italy*, in *Renaissance Quarterly*, Chicago, 2012
- CIAN-TRABUCCHI, *Comm. breve al c.c.*, Padova-Milano, 2020
- A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2010, p. 153 ss.
- A. CRUSCO, *Essere o non essere soggetto di diritto: il dilemma da superare per la tutela del concepito?*, in *Danno e Resp.*, 2014, 8-9, p. 837 ss.
- P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, in *Revista española de derecho constitucional*, 9, 1989, pp. 35-62
- M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016
- M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *Biolaw journal*, 3/2018, p. 91 ss.
- M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 350 ss.
- F. D'AGOSTINO, *Diritto, religione e secolarizzazione*, in *Riv. fil. dir.*, fascicolo speciale, dicembre 2013, pp. 5-19

- A. D'ALOIA – P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, IV, Milano, 2011, p. 1341 ss.
- A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011
- L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2018, 1, pp. 179-201
- L. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica: Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2016
- P. D'ONOFRIO, *Libertà di cura ed autodeterminazione*, Milano, 2015
- C. D'ORTA, *La disciplina dell'aborto: confini giuridici et etici ed «initium vitae». L'esperienza brasiliana, statunitense e italiana*, in *Comparazione e diritto civile*, 3/2019, p. 1053 ss.
- G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione di coscienza?* in B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Milano, 1992, p. 277 ss.
- G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993
- G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in R. BOTTA (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Milano 1991, p. 19 ss.
- M. DE ANGELIS, *Mater semper certa erat*, in *Rivista famiglia.it*, 2019
- P. DE ANGELIS, *La parabola degli ospedali classificati: da soggetti giuridici parificati al servizio pubblico a operatori privati. È veramente questo il precipitato giuridico delle recenti sentenze in materia?*, in *federalismi.it. Osservatorio di diritto sanitario*, 12 giugno 2019
- G. DE CRISTOFARO, *La responsabilità dei genitori per i danni cagionati a terzi dal minore*, in G. COLLURA – L. LENTI – M. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, Milano, 2012, p. 1501 ss.
- B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, Milano, 2018
- P. DE LORA, *¿Qué hay de malo en tener hijos?*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 2006, pp. 45-64
- E. DE SAINT MOULIN, *Les actions en grossesse et vie préjudiciables*, in *Journal des tribunaux*, n. 6759, 2019, pp. 81-93
- A. DE SIMONI, *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati*, in *Biblioteca scelta del foro criminale italiano*, diretta da G. Toccagni, vol. 6, Milano, 1854
- 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, p. 149 ss.
- M. DE VOUGLANS, *Le leggi criminali nel loro ordine naturale*, III, Milano, 1813
- C. DEL BÒ, *L'obiezione di coscienza e la Ru-486*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, vol. 101, 2011, p. 134 ss.
- A. DELLA CARLINA, *Del parto vivo e non vitale*, in *Monitore dei Tribunali. Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale*, IX, Milano, 1868
- E. DENNINGER, *Interruzione di gravidanza e eutanasia precoce: osservazioni etico-giuridiche*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di Bioetica*, Roma, 1993, p. 342 ss.
- G. DI COSIMO - A. PUGIOTTO - S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, Napoli, 2014
- G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Giurcost.org*, 2009
- A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, 2020
- R. DI PACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in A. M. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 226 ss.
- E. DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2004, p. 733 ss.
- M. DOGLIOTTI, *Maternità <<surrogata>>: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. e Dir.*, 2/2000, pp. 156 ss.

- E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, IV, Milano, 2011, p. 1537 ss.
- E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita: L. 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, II, p. 440 ss.
- I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *Biolaw journal*, 3/2018, p. 19-21
- P. DONATELLI, *Coscienza, libertà e professioni sanitarie*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, vol. 101, 2011, p. 95 ss.
- G. DONATIVI, *Aborto del medico obiettore di coscienza: la sfera sociale e la sfera intima separate dall'ipocrisia?*, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, p. 547 ss.
- L. EUSEBI, *L'obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI - E. PALERMO FABRIS - P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà - P. Zatti, III, Milano, 2011, p. 173 ss.
- P. EXPÓSITO CAMACHO, *La situación actual del aborto en España. Valoración provisional de la eficacia de la ley orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, in *Boletín Criminológico*, 170, n. 3, 2017, pp. 1-17
- E. FALLETTI, *La filiazione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Macerata, 2007
- C. FALLON, *De l'information (légal) à l'action (illégal): Tests génétiques et technologies de pouvoir*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 1/2017, pp. 39-51
- M. FAMELI, *Diritto alla vita e interruzione volontaria della gravidanza : una bibliografia specialistica analitica e ragionata*, Napoli, 1996
- L. M. FANELLI, *Elementi del diritto civile secondo l'ordine delle Istituzioni di Giustiniano*, II, Napoli, 1831
- D. FARACE, *Interruzione volontaria della gravidanza e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2018, p. 798 ss.
- A. B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002
- J. L. FEGNART, *Aspects juridiques des traumatismes du fœtus*, in P. LUCAS – M. STEHMAN (sous la direction de), *L'expertise de l'enfant et de la personne âgée. Les deux pôles de la vie*, Limal, 2011, pp. 57- 108
- L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Politeia*, n. 65, 2002, p. 151 ss.
- G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999
- G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione, tra diritto europeo e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1, 2012, p. 3 ss.
- S. FERRARI, *Diritto, religione e spazio pubblico*, in *Riv. fil. dir.*, fascicolo speciale, dicembre 2013, p. 35 ss.
- A. FERRARIO, *Danno da nascita indesiderata*, Milano, 2011
- T. FERRAROTTI, *Commentario teorico-pratico de Codice penale per gli stati di S.M. Vittorio Emanuele II, colla comparazione dei codici penali di tutta la penisola italiana, del codice austriaco, del giure romano e del diritto penale francese*, Torino, 1860
- C. FLAMIGNI, *L'aborto. Storia e attualità di un problema sociale*, Bologna, 2008
- C. FLAMIGNI, *Le tappe dell'evoluzione biologica*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, IV, Milano, 2011, p. 1281 ss.
- S. FLORE, *Il danno da aborto indesiderato*, in *Riv. Giur. sarda*, 1/2021, p. 1 ss.
- S. FLORE, *Obbligo vaccinale e obiezione di coscienza nel caso del covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021, p. 29 ss.
- M. E. FLORIO, *L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento"*, in *Giur. Penale web*, 1 bis, 2019, p. 1 ss.
- M. FOGLIA, *La lesione dell'interesse a non nascere del concepito*, in *Nuova Giur. Civ.*, 3, 2017, p. 436 ss.
- F. FORAMITI, *Enciclopedia legale, ovvero Lessico ragionato di gius naturale, civile, canonico, mercantile-cambiarior-marittimo, feudale, penale, pubblico-interno, e delle genti*, II ed., Venezia, 1841
- N. FORNELLI, *Storia del Medioevo specialmente d'Italia*, Torino, 1878

- T. FREIXES SANJUÁN, *Constitución y derechos fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, Barcelona, 1992
- G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003
- F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Milano, 2014
- G. GALLI – V. ITALIA - F. REALMONTE - M. T. SPINA – C. E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria di gravidanza: (commento alla legge 22 maggio 1978, n.194 : norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, 1978
- N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Bruxelles, 2013
- G. GAMBINO, *Desiderare un figlio: linee per una riflessione biogiuridica sul “diritto al figlio” a partire dalla sentenza della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Archivio Giuridico*, CCXXXIV, 3-2014, pp. 375-400
- G. GENTILE, *Sui presupposti morali della giurisprudenza costituzionale in materia di interruzione volontaria della gravidanza*, in *Il Foro Napoletano*, 3/2018, p. 681 ss.
- F. GEORGE, *La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information*, in V. CALLEWAERT (sous la direction de) *Responsabilité professionnelles*, Liège, 2020, pp. 47-103
- F. GIUFFRÈ- I. NICOTRA (a cura di) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2013
- G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale, con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, II, Macerata, 1856
- E. GIUS – D. CAVANNA, *Maternità negata: ricerca su vissuti e atteggiamenti nell'interruzione di gravidanza*, Milano, 1988
- Á. J. GÓMEZ MONTORO, *El estatuto constitucional del no nacido: evolución y situación actual en España*, in *Revista de Derecho Político*, 102, 2018, pp. 47-78
- Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994
- F. GRANDI, *L'aggiornamento delle “Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine”: l'ultima trincea dell'effettività del servizio di interruzione della gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2020, p. 5 ss.
- F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2015, p. 89 ss.
- F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014
- M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA – R. SACCO – P. G. MONATERI – M. GRADZIADEI, *Il diritto soggettivo*, in P. G. MONATERI – G. COSTANTINI (a cura di), *La parte generale del diritto civile*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2001, pp. 3-104
- G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo – Parte speciale*, II, Milano, 2013
- A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992
- G. HAARSCHER, *La pertinence des approches féministes du droit: une démonstration par l'exemple*, in *Journal des Tribunaux*, 2018, pp. 646-647
- G. HAARSCHER, *Le casse-tête de la wrongful life*, in *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, 5/2017, pp. 15384-15387
- G. HALIMI, *La causa delle donne*, Roma, 1979
- B. HONNINGS, *L'aborto nei decretisti e nei decretalisti: un problema di peccato e di reato*, in *Apollinaris: commentarium juridico-canonicum*, Stato della Città del Vaticano, 1977, p. 246 ss.
- P. HUART, *Les législations sur l'enfant sans vie et sur l'interruption volontaire de grossesse: concilier l'inconciliable?*, in *Annales de Droit de Louvain*, vol. 79, 1/2019, pp. 3-28
- S. HUERTA TOLCIDO – M. PÉREZ MANZANO (directoras), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Pamplona, 2012
- M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020
- M. P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1/2018, p. 1 ss.
- M. R. IELASI, *Amministratore di sostegno: tra compiti istituzionali e necessità di vita e di tutela*, in *rivistafamiglia.it*, 2019
- N. IGAREDA GONZÁLEZ, *El biopotético derecho a la reproducción*, in *CEFD, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23, 2011, p. 252 ss.

- S. JACOB – F. VARONE, *L'évaluation des politiques publiques. Six études de cas au niveau fédéral*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 19-20/2002, pp. 5-80
- J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, 1999
- R. E. JONES – K. H. LOPEZ, *Human Reproductive Biology*, Massachusetts, 2006
- E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, 2006
- M. JOSÉ CIÁURRIZ, *Deberes jurídicos y convicciones morales en el ordenamiento español*, in *Revista de Derecho Político*, 85, 2012, pp. 59-106
- KLIEGMAN – BEHRMAN – JENSON - STANTON, *Pediatria di Nelson*, 1, Milano, 2009
- M. LABBATE, *Un'altra patria. L'obiezione di coscienza nell'Italia repubblicana*, Pisa, 2020
- V. LAFARQUE, *Nouvelle loi relative à l'IVG: réelle nouveauté?*, in *Bulletin Juridique & Social*, n. 619, 2018, p. 15 ss.
- C. LALLI, *C'è chi dice no: dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*, Milano, 2011
- G. LATTANZI, *Codice penale. Annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008
- A. LEONARD, *Le fondement de la morale*, Parigi, 1991
- B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017
- B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *diritticomparati.it*
- B. LIBERALI, *"Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194": una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia)*, in *Rivista AIC*, 1/2017, p. 1 ss.
- A. LIBERATI, *La liquidazione del danno esistenziale: responsabilità del medico, mobbing, perdita di animali domestici, interruzione di gravidanza, perdita di congiunto, immissioni*, Padova, 2004
- G. LO CASTRO, *Legge e coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989, II, p. 19 ss.
- M. L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2021, p. 272 ss.
- L. LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955
- L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, Padova, 2002
- L. LOMBARDI VALLAURI, *L'embrione e le vite diversamente importanti*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di Bioetica*, Bari, 1993, p. 362 ss.
- L. LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, in *Iustitia*, 1984, p. 1 ss.
- L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, Padova, 2002
- E. LONGO, *Il diritto ai migliori trattamenti sanitari nella giurisprudenza di Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, III, p. 662 ss.
- A. J. LONDON - LORI P. KNOWLES, *Perspective: The Maltese Conjoined Twins: Two Views of Their Separation*, in *The Hastings Center Report*, 2001 vol. 31, n. 1, pp. 48-52
- T. R. MACHAN, *Putting humans first: why we are nature's favorite*, Maryland, 2004
- A. MACRILLÒ, *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione*, Padova, 2013
- R. T. MALTHUS, *Saggio sul principio della popolazione*, Torino, 1997
- S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Milano, 2012
- F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto. L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in S. Canestrari (a cura di), *Criminalia*, 2011, p. 388 ss.
- G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ – M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà – P. Zatti, Milano, 2010, p. 361 ss.
- J. M. MARTÍNEZ OTERO, *La objeción de conciencia del personal sanitario en la nueva Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, in *Cuadernos de Bioética*, XXI, 3, 2010, pp. 299-312
- F. MASTROMARINO, *Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?*, in *Dir. e questioni pubbliche*, XVIII, 2018, pp. 159-181
- P. MAZZOLARI, *La chiesa, il fascismo e la guerra*, Firenze, 1966

- C. MAZZONI, *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, 3, p. 119 ss.
- C. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2003, 6, p. 457 ss.
- F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare : rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa*, 2005, II, p. 361 ss.
- F. MODUGNO - R. D'ALESSIO, *Tutela costituzionale dei trattamenti sanitari e obiezione di coscienza*, in *Parlamento*, 3-4, 1986, p. 26 ss.
- P. G. MONATERI, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in A. BELVEDERE – S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà – P. Zatti, Milano, 2011, p. 3 ss.
- P. MONETA, *Obiezione di coscienza, II, Profili pratici*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990
- A. MORACE PINELLI, *Provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell'unione di fatto*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 667 ss.
- D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002
- A. MORELLI, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, I, p. 154 ss.
- M. MORI, *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, in *Dir. Pen. e Processo*, 1997, 4, p. 395 ss.
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione e procreazione medicalmente assistita : spunti di riflessione per un diritto mite e dialogico*, in *Minori giustizia*, 2, 2005, p. 186 ss.
- C. MUGELLI, *Le cautele procedurali ed il richiamo ai comitati etici nel caso Cappato*, in *Giur. It.*, 5, 2020, p. 1062 ss.
- G. NADALI, *Sessualità, religioni e sette: amore e sesso nei culti mondiali*, Roma, 1999
- E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971
- R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Torino, 1995
- S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018
- S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, p. 1 ss.
- S. NICCOLAI, *Liberare la maternità lesbica dal discorso neutro sull'omogenitorialità: un interesse di tutte (e di tutti)*, in AA. VV., *Nel nome della madre. Ripensare le figure della maternità*, Bracciano, 2017, pp. 43-57
- S. NICCOLAI, *Aborto: l'ambigua liberazione dalla "natura"*, in *Medicina nei secoli*, 2016, pp. 103-122
- S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, 2006, p. 563 ss.
- N. NGAIRE, *Who Are Law's Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects*, in *The Modern Law Review*, 2003, vol. 66, n. 3, pp. 346-367
- A. NOTTET, *Mineurs et droits personnels*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 1/2010, pp. 15-44
- M. Á. NÚÑEZ PAZ, *Interrupción Voluntaria de la Vida Humana*, Valencia, 2016
- E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Rivista AIC*, 2/2021, p. 137 ss.
- F. ONIDA, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza*, in *Dir. Ecclesiastico*, I, 1982, p. 222 ss.
- L. ORSI, *Il punto di vista di un medico rispetto alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. Civ.*, 2, 2020, pp. 424-430
- M. PAQUES, *Avortement, euthanasie et Cour constitutionnelle*, in *const-court.be*, 2019
- F.C. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. Dir.*, XXIX/1979, Milano, p. 539 ss.
- A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2013
- R. PANDINI, *L'aborto in Italia*, Roma, 1967
- J. PAPAZOGLU, *La clause de conscience comme arme anti-IVG*, in *laicite.be*, Février 2019
- M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm. Schlesinger*, artt. 143-148, Milano, 2012

- D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Biolaw journal*, 1/2018, pp. 31-35
- D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in *statoechiese.it*, 2011, p. 1 ss.
- D. PARIS, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 353 ss.
- D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011
- A. PASTORE, *Il medico in tribunale: la perizia medica nella procedura penale d'antico regime (secoli XVI-XVIII)*, Bellinzona, 1998
- F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, 1/2017, p. 1 ss.
- F. PASTORE, *Diritto a procreare: rilievo costituzionale e limiti. La procreazione medicalmente assistita tra bio-etica e regolamentazione giuridica*, in *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*, n. 2, 1996, pp. 83-110
- S. PATTI, *Riflessioni conclusive*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 1211 ss.
- S. PEDRABISSI, *Fonti legislative e ripartizione di competenze*, in C. MIRIELLO (a cura di), *Le aziende sanitarie pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Torino, 2009, p. 1 ss.
- H. R. PEÑARANDA QUINTERO, *Análisis jurisprudencial de las sentencias del Tribunal constitucional español nros. 53/1985, 99/1994 Y 136/1999*, in *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 24, num. 4, 2009, pp. 2-62
- I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in *Biolawjournal*, 3/2018, p. 111 ss.
- G. S. PENE VIDARI, *Lineamenti di storia giuridica*, Torino, 2013
- L. PERINI, *Il corpo della cittadina. La costruzione del discorso pubblico sulla legge n. 194/1978 in Italia negli anni Settanta*, Bologna, 2011
- L. PERINI, *Il corpo del reato. Parigi 1972-Padova 1973: storia di due processi per aborto*, Bologna, 2014
- T. V. N. PERSAUD - M. G. TORCHIA - K. L. MOORE, *Lo sviluppo prenatale dell'uomo: Embriologia ad orientamento clinico*, Padova, 2014
- E. PESARESI, *La "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" e la materia "tutela della salute": la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2006, p. 1733 ss.,
- M. G. PETRUCCI, *Fecondazione artificiale, famiglia e tutela del nascituro*, Napoli, 2002
- B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, p. 183 ss.
- B. PEZZINI, *Inizio e interruzione di gravidanza*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1655 ss.
- G. PIETRA, *Trattamento medico-chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*, in *Dir. Pen. e processo*, 1/2009, p. 66 ss.
- L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali ed interessi particolari*, Napoli, 2017
- F. PINTO PALACIOS, *Nacidos para salvar. Un análisis constitucional del «bebé medicamento»*, in *Revista de Derecho Político*, 97, 2016, pp. 243-286
- A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2015, p. 121 ss.
- F. POGGI, *The wailing of the lambs. La libertà di autodeterminazione femminile alla luce dei recenti progressi in tema di uteri artificiali*, in *Notizie di Politeia*, 133/2019, pp. 16-26
- M. POLI, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana*, in *Biolaw journal*, 3/2018, p. 33 ss.
- L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in *GenIus*, 1/2016, p. 43 ss.
- R. PRODOMO, *L'embrione tra etica e biologia. Un'analisi bioetica sulle radici della vita*, Napoli, 1998

- D. PULITANÒ, *L'attività terapeutica*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2019, p. 31 ss.
- D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009
- A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 242 ss.
- C. PUNZO, *La bioetica e le donne*, Napoli, 2000
- A. M. RABELLO - D. MILANI - D. ATIGHETCHI, *Intorno alla vita che nasce: Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Torino, 2013
- B. RANDAZZO, *Obiezione di coscienza (Dir. Cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 3869 ss.
- I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1/2019, pp. 43-66
- G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. It.*, 2, 2010, p. 295 ss.
- G. RAZZANO, *La legge 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019
- P. RESCIGNO, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006
- F. REY MARTÍNEZ, *¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia "A, b y C vs. Irlanda", del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista Derecho del Estado*, 27, 2011, pp. 293-302
- C. RICCIARDI, *Obiezione di coscienza e sanità pubblica*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, vol. 101, 2011, p. 126 ss.
- M. RICCIO, *Aspetti clinici e pratici dell'obiezione di coscienza*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, vol. 101, 2011, p. 142 ss.
- A.C. RIVARA – E. M. MILLER, *Pregnancy and immune stimulation: re-imagining the fetus as parasite to understand age-related immune system changes in US women*, in *American Journal of Human Biology*, 2017, vol. 29, n. 6, p. 23041
- M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, in G. CONTE – S. LANDINI, (a cura di) *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele*, II, Mantova, 2017, p. 187 ss.
- A. ROCCA, *Biblioteca del Diritto o Repertori Ragionato di Legislazione e di Giurisprudenza nella Materie Civili, Amministrative, Criminali e Commerciali*, I, Venezia, 1847
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009
- S. RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, vol. 101, 2011, p. 29 ss.
- B. RODRÍGUEZ DÍAZ, *La aplicación de las reglas de interpretación de los tratados internacionales de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: el derecho a la vida de los fetos con síndrome de Down*, in *Anuario español de derecho internacional*, 33, 2017, pp. 369-417
- G. ROLLA, *Il sistema costituzionale italiano*, Milano, 2011
- R. ROMBOLI, *Il consenso del non avente diritto*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2111 ss.
- 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*, Note, 4, 2010, p. 1 ss.
- M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Milano, 2021
- G. ROTOLO, *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. Pen. e Processo*, 10, 2012, p. 1259 ss.
- F. J. RUIZ-BURSÓN, *La regulación de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo*, in *Persona y Derecho*, 63, II, 2010, pp. 163-196
- A. RUIZ MIGUEL, *L'obiezione di coscienza in Spagna: tensioni nel dibattito*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, vol. 101, 2011, p. 67 ss.

- U. SALANITRO, *Art. 16, Obiezione di coscienza*, (l. 40/2004) in L. BALESTRA (a cura di), *Della Famiglia. Leggi collegate*, IV, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2010, p. 627 ss.
- P. SALVADOR CODERCH – S. RAMOS GONZÁLEZ – A. AGUILERA RULL – R. MILÀ RAFEL – L. ALLUEVA AZNAR – S. MORALES MARTÍNEZ, *Acondroplasia, focomelia e interrupción del embarazo después de las catorce semanas de gestación*, in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2013, pp. 1-83
- C. S. SALVEMINI, *L'obiezione di coscienza sull'aborto e sul servizio militare: un caso di strabismo legislativo*, in V. TOZZI (a cura di), *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico: atti del Convegno svoltosi a Sorrento dal 27 al 29 aprile 1989*, Salerno, 1990, p. 535 ss.
- F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004
- G. SCIANCALEPORE – P. STANZIONE, *Procreazione assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004
- V. SELLAROLI, *Autodeterminazione, libertà di cura, libertà di coscienza e consenso informato* in *Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia*, 2005, II, p. 147 ss.
- S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di) *Il governo del corpo*, I, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà – P. Zatti, IV, Milano, 2011, p. 189 ss.
- M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova Giur. Civ.*, 3, 2000, p. 203 ss.
- M. SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Milano, 2008
- B. SGORBATI, *Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri. Tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato*, in *Biolaw journal*, 3/2018, p. 49 ss.
- F. SIMÓN YARZA, *¿Exención de un deber de abortar? Sobre el registro navarro de objetores y el significado de la «objeción de conciencia»*, in *Revista Jurídica de Navarra*, 58, 2014, pp. 159-180
- E. SORDA, *Eweida and others v. The United Kingdom, ovvero quando fede e lavoro non vanno d'accordo e il "margine di apprezzamento" non aiuta a chiarire le cose*, in *diritticomparati.it*, 4 marzo 2013
- E. SORDA, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *forumcostituzionale.it*, 14 novembre 2013, p. 1 ss.
- A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, p. 438 ss.
- G. SPAGNOLO, *Studio sull'interruzione di gravidanza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, IV, 1993, p. 1265 ss.
- M. R. SPALLAROSSA, *La procreazione responsabile*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1373 ss.
- P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 67 ss.
- S. STEFANELLI, *Indagine preimpianto e autodeterminazione bilanciata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 3, p. 667 ss.
- M. STOLWIJK, *The right to conscientious objection in Europe: a review of the current situation*, Brussels, 2005
- J. STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 2009
- S. TACK, *Modification de la législation sur l'avortement : assouplissement réel ou occasion manquée?*, in *Revue de droit de la santé*, 3/2018, pp. 155-157
- J. TASIAUX, *L'avortement devant la Cour européenne des droits de l'homme : la jurisprudence européenne est-elle influencée par les législations nationales?*, Louvain, 2019
- D. C. THOMASMA – J. MURASKAS – P. A. MARSHALL – T. MYERS – P. TOMICH – J. A. O'NEILL, *The Ethics of Caring for Conjoined Twins: The Lakeberg Twins*, in *The Hastings Center Report*, 1996, vol. 26, n. 4, pp. 4-12
- R. TOMMASINI, *Interruzione volontaria della gravidanza, art. 1*, in L. BALESTRA (a cura di), *Vol. IV Della Famiglia. Leggi collegate*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2010, p. 395 ss.
- S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008
- A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. It.*, 1957, I, p. 217 ss.

- C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, in *Diritto pubblico*, II, 2004, p. 501 ss.
- C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Biolaw journal*, 2/2014, p. 67 ss.
- C. TUCCIARELLI, *La sentenza n° 282 del 2002 della Corte costituzionale: prime interpretazioni delle disposizioni costituzionali sull'esercizio del potere legislativo delle Regioni*, in *forumcostituzionale.it*, 3 luglio 2002
- V. TURCHI, *Obiezione di coscienza*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Civ.*, XII, Torino, 1995, p. 520 ss.
- V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli, 2009
- C. VALENTINI, *La fecondazione proibita*, Milano, 2004
- A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017
- F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, 4/2019, p. 169 ss.
- P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007
- P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *Biolaw journal*, 1/2020, p. 5 ss.
- U. VERONESI, *Da bambino avevo un sogno*, Milano, 2002
- N. VETTORI, *Suicidio assistito e amministrazione sanitaria. Note a prima lettura sulle prospettive aperte dalla Corte costituzionale*, in *Biolaw journal*, 1/2020, p. 225 ss.
- C. A. VIANO, *La coscienza: voci e mistificazioni*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, vol. 101, 2011, p. 11 ss.
- A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010
- G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, I, Torino, 2007, p. 259 ss.
- C.R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., p. 1517 ss.
- I. VILLAVERDE, *Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales*, in AA. VV., *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 1, Madrid, 2002, pp. 317-364
- S. VINTI – D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008
- J. VOET, *Commento alle Pandette*, VI, Venezia, 1840
- A. WÉRY, *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*, Louvain, 2018
- G. ZAGREBELSKY, *Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici*, in A. FERRARA (a cura di), *Religione e politica nella società post-secolare*, Roma, 2009, p. 42 ss.
- V. ZAGREBELSKY, *I diritti, la legge e la libertà di coscienza*, in *La Stampa*, 27 febbraio 2017
- M. L. ZANARDINI DE MARCHI, *Inumane Vite*, Milano, 1969
- M. ZANCHETTI, *Interruzione della gravidanza: profili penalistici*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011, p. 1689 ss.
- M. ZANCHETTI, *Il dovere di soccorso nel parto prematuro e nell'interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011, p. 1749 ss.
- ZANOIO – BARCELLONA – ZACCHÉ, *Ginecologia e ostetricia*, Milano, 2013
- A. ZAPPOLI, *Primo saggio di statistica medica nell'interno del brefotrofio romano anno 1867-1868*, Roma, 1869
- P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. Civ.*, 2/2018, p. 247 ss.
- G. ZIINO, *Compendio di medicina legale*, II, Napoli, 1883

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio la dott.ssa Anna Pompili, ginecologa; la dott.ssa Giorgia Alazraki, ostetrica; la giornalista e prof.ssa Chiara Lalli.