



Lucia Busatta*

L'interruzione volontaria di gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato**

SOMMARIO: 1. Introduzione un tema classico ma sempre in divenire. – 2. Tempo e procedure. – 3. L'interruzione di gravidanza come prestazione sanitaria. – 4. Interruzione volontaria di gravidanza e relazione di cura. – 5. Riflessioni conclusive: una legge (ancora) al passo con i tempi?

1. Introduzione un tema classico ma sempre in divenire

Ci sono temi e questioni che non smettono mai di sollecitare la riflessione giuridica. Uno di questi è, senza dubbio, l'aborto. Su di esso il dibattito pare non essere mai sopito. Anzi, proprio in questi ultimi anni sembra essersi risvegliata una certa attenzione intorno alla libertà della donna di scegliere se interrompere la gravidanza. Si tratta di un fenomeno che può essere osservato in maniera trasversale, in molti degli ordinamenti appartenenti alla *Western Legal Tradition*, o ad essa in qualche modo collegati¹.

Solo per citare alcuni fra i più rilevanti esempi di questo moto continuo, in Europa si possono osservare percorsi divergenti, che spaziano da una storica (e costituzionalmente rivoluzionaria)

* Ricercatrice a tempo determinato di tipo b) di Diritto costituzionale – Università di Trento.

** Il testo costituisce una versione ampliata e rielaborata della relazione tenuta al seminario "Aborto, a che punto siamo? Italia, Europa e oltre", svoltosi il 12 febbraio 2021 presso l'Università di Roma La Sapienza, Facoltà di Economia. Sottoposto a *peer review*.

¹ Si tratta di un tema classico del costituzionalismo contemporaneo. Si pensi, solo per fare un esempio, che il manuale di diritto costituzionale comparato a cura di Vicki Jackson e Mark Tushnet del 1999 apre proprio con la questione dei diritti riproduttivi e con la disamina della SENTENZA ROE V. WADE, V.C. JACKSON-M. TUSHNET, *Comparative constitutional law*, New York, Foundation Press, 1999. Sulla centralità del tema dell'aborto nel diritto costituzionale italiano cfr. per tutti P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 97 ss.; per altri riferimenti italiano e comparati alla tematica, senza pretese di completezza, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017; M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, FrancoAngeli, 2016, 32 ss.; M. D'AMICO-B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, Napoli, ESI, 2016; B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C.M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, 1655 ss.; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Vol III, Napoli, Jovene, 2009, 815.

apertura all'aborto in Irlanda², ad un ulteriore irrigidimento di un quadro normativo non certo permissivo in Polonia³.

Anche oltreoceano il cantiere pare essere in vivace fermento. Negli ordinamenti del Sud e Centro America si sono susseguite, in questi ultimi anni, significative novità in materia, spesso sollecitate da pronunce di Corti e Tribunali costituzionali e poi approdate nelle aule parlamentari. Da ultimo, ad esempio, con sentenza del 21 febbraio 2022⁴, la Corte costituzionale colombiana ha depenalizzato l'aborto compiuto entro la ventiquattresima settimana di gestazione.

Frattanto, negli Stati Uniti, il tema continua ad essere drammaticamente (e pericolosamente) divisivo. Da alcuni anni, le assemblee legislative di alcuni stati si sono distinte per interventi normativi fortemente limitativi della libertà di scelta della donna⁵. Alcune di queste vicende sono approdate alla Corte Suprema, che ne ha dichiarato l'incostituzionalità, per la violazione dei diritti della donna e mantenendo fede ai propri consolidati precedenti in materia⁶. Da ultimo, tuttavia, l'attuale composizione a maggioranza conservatrice della Corte Suprema ha condotto al risultato che, purtroppo si temeva, ossia al superamento dei precedenti in materia e alla negazione che vi sia una tutela costituzionale per il diritto della donna di interrompere la propria gravidanza⁷.

Dinanzi a questo quadro, non possono non essere menzionate le più recenti linee guida sull'aborto, pubblicate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) l'8 marzo 2022, ove si sottolinea la necessità di assicurare alle donne l'accesso a una procedura medica di per sé poco rischiosa, ma non assicurata ancora in maniera uniforme e sicura a livello globale⁸. Si tratta, ad avviso dell'OMS, di un serio problema di salute pubblica, che colpisce in particolar modo i Paesi economicamente svantaggiati e le fasce di popolazione più vulnerabili o marginalizzate.

A tale fenomeno se ne somma un altro, che riguarda più da vicino gli ordinamenti con legislazioni sull'aborto generalmente più sofisticate: in questi Stati, fra i quali può essere annoverato anche il nostro, si possono riscontrare restrizioni di natura normativa oppure barriere

² Ci si riferisce alla riforma costituzionale che ha consentito di superare il divieto di aborto nella Repubblica di Irlanda. In argomento cfr. L. BUSATTA-C.M. REALE, *The Celtic Tiger at voto: l'Irlanda verso una nuova stagione di tutela costituzionale dei diritti?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2018, pp. 1223; M. CAPPELLETTI, *Repeal the 8th: il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza nel caso irlandese*, in P. TORRETTA-V. VALENTI (a cura di), *Il corpo della donna*, Torino, Giappichelli, 2021, 127.

³ Il riferimento è alla sentenza del Tribunale costituzionale polacco sull'aborto, sent. del 22 ottobre 2020 (K1/2020) e al dibattito che si è successivamente generato nel Paese. In argomento cfr. J. SAWICKI, *Tenendo alto lo scontro con l'Unione Europea, l'esecutivo cerca di far dimenticare il passo falso compiuto in autunno sull'aborto*, in *Nomos*, 1, 2021, 11; M. KLOPOCKA-JASINSKA, *Abortion in Poland: The Constitutional Court Imposes a Near-total Ban*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 199.

⁴ Colombia, Corte costituzionale, sentenza C-055-22, del 21 febbraio 2022.

⁵ Fra i più recenti interventi dei legislatori statali, bisogna segnalare, in Oklahoma, di un disegno di legge che vieta l'aborto quasi in ogni circostanza, con l'unica eccezione della necessità di salvare la vita della donna (SB 612). A tale filone dichiaratamente anti-abortista, va ascritto anche lo "Unborn Child with Down Syndrome Protection and Education Act", recentemente approvato in Virginia. In base a questo testo normativo, ai medici è proibito interrompere una gravidanza, a motivo di una (anche solo presunta) disabilità del feto. Per un quadro più completo, cfr. L. BUSATTA-M. TOMASI (a cura di), *Dossier Abortion rights negli Stati Uniti*, in www.biodiritto.org.

⁶ Il riferimento è, ovviamente, alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁷ Il riferimento è, infatti, alla recentissima decisione della Corte Suprema nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022), pubblicata il 24 giugno 2022, che riguarda la legittimità costituzionale di una legge del Mississippi (Gestational Age Act) che vieta gli aborti elettivi dopo la quindicesima settimana, ma prima della *viability* del feto. Come è noto, prima della sentenza, la composizione a maggioranza conservatrice della Corte Suprema ha offerto molto materiale alla riflessione giuridica, in riferimento proprio al rischio di arretramento nella tutela di alcuni diritti fondamentali, pericolo che si è drammaticamente concretizzato con tale sentenza. Si veda, ad esempio, S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 345.

⁸ Organizzazione Mondiale della Sanità, *Abortion Care Guidelines*, pubblicate l'8 marzo 2022 e disponibili a questo link: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240039483>.

di fatto, che costituiscono ostacoli che possono rendere più difficile l'accesso all'aborto per le donne.

Fra questi, e per quanto di maggior interesse per il presente contributo, va sicuramente evidenziata la raccomandazione per un più ampio impiego (fino alla dodicesima settimana di gestazione) del c.d. aborto farmacologico che, come vedremo *infra*, può contribuire significativamente a migliorare l'accessibilità dei servizi abortivi, ma soffre ancora (troppo) di un impiego disomogeneo sul territorio nazionale. In aggiunta, l'OMS esorta gli ordinamenti che prevedono la possibilità di sollevare obiezione di coscienza per il personale sanitario potenzialmente coinvolto negli interventi di interruzione della gravidanza ad adottare strumenti effettivi per fare in modo che ciò non precluda né rallenti in nessun modo il diritto della donna ad interrompere la gravidanza. La priorità consiste sempre nella tutela della libertà e della salute della donna.

Nel nostro ordinamento, pur a fronte di una sostanziale tenuta costituzionale della legge n. 194 del 1978, permangono alcuni significativi problemi applicativi che possono frapporre ostacoli, talora anche di natura sostanziale, sul percorso – comunque drammatico – che una donna intraprende per l'interruzione di gravidanza. Particolarmente caratterizzanti per il nostro ordinamento sono le problematiche di natura organizzativa derivanti da una percentuale decisamente elevata di obiettori di coscienza tra i ginecologi, che su scala nazionale sfiora ancora il 70 %, con picchi intorno al 90 % in alcune Regioni⁹. La forte disomogeneità nell'organizzazione dei servizi sanitari a livello regionale, inoltre, incide anche sui modi e sui tempi dell'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, colpendo inevitabilmente le donne socialmente o economicamente più fragili o che abitano in territori più “periferici” dal punto di vista dell'accessibilità e dell'efficienza dei servizi sanitari¹⁰.

Alla luce del contesto qui brevemente tratteggiato, il presente contributo si propone di prendere in esame le più attuali problematiche dell'interruzione di gravidanza entro i primi novanta giorni, così come disciplinata dalla legge n. 194 del 1978. Le questioni ormai classiche cui si faceva cenno – segnatamente la disomogeneità territoriale nell'accesso alla prestazione e l'eccessivo ricorso all'obiezione di coscienza fra i sanitari – verranno, in particolar modo, lette alla luce dei mutamenti veicolati dalla pandemia e dalle prospettive che accompagnano la ripresa post-pandemica.

⁹ Si vedano, a riguardo, i dati presentati il 30 luglio 2021 dal Ministero della Salute nella relazione alle Camere sullo stato di attuazione della l. n. 194/1978, disponibili sul portale del ministero, a questo link: https://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=3103.

¹⁰ Anche questa è una questione particolarmente attenzionata in dottrina. Fra i principali scritti in argomento cfr. G. VIGGIANI, *Bandi per medici non obiettori. Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 315; 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; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 19 ss.; A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 121; C.B. CEFFA, *Gli irrisolti profili di sostenibilità sociale dell'obiezione di coscienza all'aborto a quasi quarant'anni dall'approvazione della legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017; 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?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017; S. PRISCO, *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, in L. CHIEFFI-J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita*, Milano, Mimesis, 2015, 511; M. SAPORITI, *Se fossero tutti obiettori? Paradossi e fraintendimenti dell'obiezione di coscienza all'aborto in Italia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2013, 477 ss.; più ampiamente v. anche F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, Passigli, 2011

2. *Tempo e procedure*

La sovranità biologica del tempo è il perno della riproduzione umana. Nonostante gli incommensurabili progressi che, nel corso degli ultimi cinquant'anni, hanno rivoluzionato la medicina della riproduzione, l'essere umano e i suoi sofisticatissimi strumenti non sono ancora riusciti a governare l'inarrestabile affievolimento della fertilità che accompagna il corpo femminile nell'età adulta¹¹. Anche il tempo della gravidanza è ancora difficile, se non impossibile, da dominare per la medicina: l'avanzamento tecnologico consente oggi di “gestire” il momento del concepimento, senza però poterlo governare completamente e, grazie ai progressi della neonatologia, possono essere oggi salvate molte vite dei c.d. grandi prematuri che solo pochi anni fa non sarebbe stato possibile mantenere in vita.

La centralità del fattore tempo caratterizza, in generale, l'universo della riproduzione umana e condiziona, in modo non inferiore, anche le scelte individuali e le opzioni normative sull'interruzione volontaria della gravidanza. Dal punto di vista della libertà della donna, ad esempio, la gravidanza è sempre governata dal tempo. Essa può accadere al momento giusto per la donna (e per la sua famiglia), oppure può non accadere affatto, talvolta semplicemente per un mancato “incontro” tra il “tempo biologico” e quello in cui si matura la volontà di cercare la maternità, o semplicemente perché non vi sono le condizioni biologiche per una gravidanza. Talvolta – ed è questo il caso che qui interessa – il tempo della gravidanza potrebbe non essere quello giusto e ciò potrebbe, dunque, determinare la decisione di interrompere la gestazione.

L'intera legge n. 194 del 22 maggio 1978, sull'interruzione volontaria di gravidanza (IVG), a ben vedere, è costruita su un articolato schema temporale, a propria volta basato sulla scansione naturale della gravidanza umana. Si tratta di un elemento che ha consentito l'approvazione di una disciplina equilibrata dell'aborto, pur a fronte della diversità di posizioni che caratterizza il dibattito in materia e che, all'epoca, non era meno divisivo di quanto sia oggi¹².

Il primo – e più significativo – nodo temporale riguarda il termine di novanta giorni, che segna il limite invalicabile tra interruzione di gravidanza sostanzialmente per scelta della donna e aborto terapeutico¹³. La scelta di individuare il primo trimestre della gravidanza quale termine entro cui consentire una maggiore libertà di scelta per la donna, purché parametrata sull'esigenza di assicurare la tutela del suo diritto fondamentale alla salute, secondo quanto indicato dalla Corte

¹¹ Per riflessioni di carattere più ampio sul fattore tempo e le questioni di genere sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *Puntualità ed effettività nella tutela dei diritti. Riflessioni sul valore del tempo per le questioni di genere nella contingenza della pandemia*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 123.

¹² In aggiunta ai contributi già citati sulla l. n. 194/1978, si vedano anche le considerazioni sviluppate sulla libertà riproduttiva in M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2020, 139 ss.; per una riflessione sulla tenuta costituzionale della l. n. 194/1978 nel quarantesimo anniversario della sua approvazione, se si vuole, L. BUSATTA, *I quarant'anni della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra pluralismo ed effettività*, in P. TORRETTA-V. VALENTI (a cura di), *Il corpo delle donne*, cit., 101 ss.

¹³ Per alcune interessanti e tutt'ora attuali considerazioni di natura medico-legale riguardo alle problematiche di natura clinica collegate alla determinazione dell'inizio della gravidanza, cfr. P. BENCIOLINI-A. APRILE, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, Padova, Liviana Editrice, 1990, 51 ss. In prospettiva giuridica, anche in relazione alla scelta di indicare un limite temporale per accedere all'IVG; senza però specificare il momento a partire dal quale inizia a decorrere la gravidanza, cfr. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 461.

costituzionale, nella sentenza n. 27 del 1975 e successivamente individuato quale contenuto costituzionalmente vincolato della legge¹⁴.

A quanto si evince dai documenti dell'epoca, le due Camere lavorarono sin dall'inizio sulla distinzione tra l'interruzione nei primi novanta giorni e l'aborto terapeutico¹⁵: questo crinale temporale non fu un tema dibattuto e, con ogni probabilità, fu proprio l'accordo intorno a questa scansione temporale – che ricorda il *trimester framework* elaborato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel proprio analogo precedente – a costruire il consenso essenziale che, unitamente ad altri elementi di bilanciamento e compromesso, ha portato all'approvazione della legge¹⁶.

A tale proposito, si rende necessario ricordare il dato per cui la Corte costituzionale, già da tempo, ha riconosciuto come la struttura complessiva della legge e in particolar modo gli articoli 4, 5, 12 e 13 – che comprendono la scansione temporale che consente un più ampio accesso all'interruzione di gravidanza entro i primi novanta giorni – siano da considerare «disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti»¹⁷. Con esse, infatti, il legislatore ha inteso assicurare un «livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù»¹⁸: si tratta, in altre parole, di trovare delicato punto di bilanciamento tra i molteplici interessi costituzionali rilevanti, che spaziano dalla tutela del diritto alla salute della donna alla «salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»¹⁹.

È proprio in quest'esigenza che la Corte costituzionale ha individuato la necessità di una previa verifica della sussistenza dei requisiti che rendevano lecito l'aborto e che, con l'approvazione della l. n. 194/1978, sono divenute le procedure e le condizioni che regolano l'accesso a tale prestazione sanitaria.

A questo proposito, bisogna ricordare che la questione è stata, anche negli anni successivi, oggetto di intervento a livello giurisprudenziale. Il giudice amministrativo, ad esempio, ha avuto occasione di sottolineare come il punto di equilibrio individuato dal legislatore si sostanzia anche nella fissazione di una chiara scansione delle procedure per accedere all'interruzione di gravidanza. In sede di giudizio sulla legittimità delle linee guida regionali della Lombardia sull'applicazione della l. n. 194/1978 che, discostandosi dal quadro normativo nazionale, prescrivevano che l'aborto dopo i primi novanta giorni non potesse essere effettuato oltre la ventiduesima settimana e tre giorni, il Tar Lombardia ha ricordato che le procedure di cui agli

¹⁴ Corte costituzionale, sent. n. 35 del 1997.

¹⁵ Ricorda i vari passaggi dei lavori preparatori G. BERLINGUER, *La legge sull'aborto*, Roma, Editori Riuniti, 1978, 67. In argomento cfr. anche C. FLAMIGNI-C. MELEGA, *Ru486. Non Tutte Le Streghe Sono State Bruciate*, Roma, L'Asino D'oro, 2010, 73.

¹⁶ Come si ricorderà, nel proprio celebre precedente in materia di aborto, la Corte suprema statunitense ha elaborato una scansione temporale per descrivere il progressivo crescere dell'interesse statale nella tutela della vita potenziale che si accompagna all'avanzamento della gravidanza. Nel primo trimestre prevale l'autodeterminazione della donna e, dunque, non sono considerate legittime leggi che limitino la libertà di scelta di quest'ultima sull'aborto; nel secondo trimestre, invece, aumenta l'interesse pubblico nella tutela del diritto alla vita del concepito e sono quindi considerati legittimi interventi legislativi che limitino o regolino l'accesso all'aborto; dopo che il feto ha acquisito la capacità di vita autonoma (*viability*), invece, sulla libertà di scelta della donna prevale l'interesse a proteggere il diritto alla vita del nascituro, eccetto nei casi in cui sia necessario salvare la vita o tutelare la salute della donna. Per una sintesi dei contenuti della sentenza *Roe v. Wade* cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli, 2012, 32.

¹⁷ Corte costituzionale, sent. n. 35 del 1997, punto 4 del considerato in diritto.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Corte costituzionale, sent. n. 27 del 1975.

artt. 6 e 7 della legge (c.d. aborto terapeutico) siano da ascrivere ad una parte del contenuto costituzionalmente vincolato della normativa. Più nello specifico, seppur molto sinteticamente, la storica pronuncia n. 27 del 1975 ha tracciato il perimetro contenutistico essenziale della disciplina sull'interruzione di gravidanza, poiché il giudice delle leggi ha individuato gli interessi di rango costituzionale meritevoli di tutela (la salute della donna e l'aspettativa di vita del concepito) e il loro reciproco rapporto; su tale relazione è costruita l'intera struttura della legge n. 194, talché non è possibile intervenire sui profili contenutistici della legge che derivano dalle direttrici indicate dalla Corte nel 1975²⁰.

Il secondo elemento di scansione temporale che caratterizza l'interruzione di gravidanza nel primo trimestre è collocato nell'articolo 5 della legge e consiste nell'intervallo temporale di sette giorni che, con la sola esclusione dei casi di urgenza, devono intercorrere tra il colloquio e la procedura stessa²¹.

Si tratta di un aspetto della disciplina tutt'altro che marginale, per due ragioni. Da un lato, esso costituisce uno dei pochi aspetti di rigidità di un tessuto normativo scritto a maglie tendenzialmente elastiche: l'intero impianto della legge si caratterizza, infatti, per l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali la donna può richiedere l'interruzione e per la previsione della procedura da seguire. Il tutto, però, è indicato e descritto in maniera sufficientemente flessibile da non imbrigliare la scelta della donna entro meandri eccessivamente rigidi. Ad esempio, il legislatore ha scelto di non indicare le procedure mediche da seguire, o i dettagli relativi all'intervento o ai controlli successivi. Questo rappresenta una caratteristica positiva del testo normativo, poiché ha consentito, nell'arco degli oltre quarant'anni di vigenza della legge di incorporare, a testo normativo invariato, le nuove possibilità offerte dal progresso medico, tanto in relazione all'aborto chirurgico quanto con riguardo all'introduzione dell'aborto farmacologico.

Proprio a fronte di tale elasticità, dunque, la prescrizione di un tempo di attesa di sette giorni tra il colloquio con il quale viene attestata la richiesta della donna e l'effettivo accesso alla procedura appare un requisito quantomeno rigido. La ragione di tale previsione è da individuare, con ogni probabilità, nell'intenzione del legislatore di consentire alla donna di soppesare le ragioni che determinano la sua scelta, aggiungendo un elemento ulteriore di (potenziale) tutela del concepito. Ciò si lega al particolare onere informativo che la legge impone al medico e che viene accuratamente descritto all'art. 5, comma 1, della legge: devono, infatti, essere esaminate con la donna (e con il padre del concepito, ove questa lo consenta) le possibili soluzioni dei problemi proposti e i consultori hanno altresì il compito di aiutare la donna «a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna»²².

Questo requisito temporale appare, oggi, velato da alcuni profili di criticità che non erano affatto prevedibili all'epoca in cui la legge venne approvata.

²⁰ Nell'parole del Tar Lombardia: «Ma l'individuazione del limite di tutela di un diritto non è altro che l'individuazione del contenuto del diritto stesso; e, mutando ancora prospettiva, l'individuazione del contenuto del diritto non è altro che l'individuazione delle prestazioni da garantire affinché che quel diritto possa essere soddisfatto.»

²¹ Circa la natura del certificato di urgenza rilasciato dal medico e del documento con il medico attesta l'avvenuta richiesta di IVG da parte della donna, cfr. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 478.

²² Art. 5, co. 1, l. n. 194/1978.

Da un lato, a fronte di un'ampia promozione dell'accesso all'aborto farmacologico, anche per ragioni legate ad una inferiore esposizione della donna ai rischi collegati ad un intervento chirurgico, ci si chiede se sia davvero ragionevole imporre la necessità di “sopressedere” per un periodo di sette giorni²³.

Dall'altro lato, e in maniera decisamente più incisiva, questo requisito si pone ora in contrasto con le più recenti linee guida dell'OMS sull'aborto, citate *supra*. Queste, infatti, raccomandano fermamente agli Stati di evitare o rimuovere la previsione per legge di «mandatory waiting periods» tra la richiesta di interrompere la gravidanza e l'accesso al servizio. In base agli studi preliminari alla pubblicazione delle linee guida, l'OMS rileva che, negli ordinamenti che prevedono tale requisito, esso sovente si traduce in un ostacolo effettivo all'accesso alle procedure che, ove non la impedisca del tutto, quanto meno la ritarda, a scapito delle donne in posizioni di maggiore vulnerabilità (per ragioni economiche o sociali, per età, per appartenenza a particolari gruppi etnici, o per motivi geografici)²⁴. Dal punto di vista dell'organizzazione sanitaria, poi, nelle linee guida si sottolinea come tale previsione possa comportare ulteriori e inutili aggravii e costi per le strutture sanitarie, senza che a ciò si accompagni ad un effettivo beneficio per le donne.

Si tratta di aspetti procedurali che, effettivamente, appaiono oggi forse un po' troppo rigidi, in particolare dopo che i servizi sanitari hanno affrontato una profonda rivisitazione per far fronte alle nuove esigenze imposte dal contesto pandemico²⁵. A livello internazionale, ad esempio, non si è spinto soltanto verso un più ampio impiego dell'aborto farmacologico, ma si è suggerito e raccomandato un suo impiego anche extra-ospedaliero per evitare di sovraccaricare ulteriormente le strutture sanitarie già duramente provate dalla situazione eccezionale e per prevenire ulteriori occasioni di contagio²⁶. Senza anticipare quanto si sosterrà nelle conclusioni, l'interrogativo che sorge riguarda la concreta percorribilità delle vie per conciliare il testo normativo *de quo* alle raccomandazioni citate.

3. *L'interruzione di gravidanza come prestazione sanitaria*

Tra gli elementi che, negli anni, hanno consentito la tenuta della l. n. 194/1978, dinanzi a tutti i mutamenti e i rivolgimenti che il nostro ordinamento ha attraversato, vi è il fatto che

²³ Per un quadro complessivo sulle questioni attinenti alla diffusione dell'aborto farmacologico sul territorio nazionale cfr. F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2015, 89 ss. Per alcuni spunti legati all'esperienza più recente, cfr. M.P. IADICICCO, *Aborto farmacologico ed emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2020, 823.

²⁴ Linee guida OMS, cit., pagine 41 ss.

²⁵ Circa le difficoltà riscontrate dalle donne nell'accesso all'IVG a causa della pandemia e, in particolare, durante il lockdown, cfr. L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia costituzionale*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 1065.

²⁶ Se ne discuteva ben prima della pandemia: T. HERVEY –S. SHELDON, *Abortion by telemedicine in the European Union*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 145, 2019, 125. Per una prospettiva statunitense, anche sulla scorta dell'esperienza pandemica, cfr. R. RUBIN, *Expanding Access to Medication Abortions*, in *JAMA*, 327, 2022, 112.

L'interruzione volontaria di gravidanza sia concepita dal legislatore come una prestazione sanitaria, affidata in via esclusiva alle strutture pubbliche del sistema sanitario nazionale (SSN)²⁷.

Si tratta di un elemento probabilmente un po' sottovalutato, ma che deve essere adeguatamente preso in considerazione poiché, a ben vedere, costituisce la vera spina dorsale del testo normativo. Inoltre, come ora vedremo, è proprio nella riserva esclusiva alle strutture del SSN che si colloca il perno su cui si innesta il delicato bilanciamento realizzato dalla legge.

Il primo aspetto da considerare riguarda il rapporto tra la legge n. 194 e la riforma complessiva del sistema sanitario che venne approvata a pochissimi mesi di distanza²⁸. Come è noto, prima dell'istituzione del Servizio sanitario nazionale, in Italia, il sistema sanitario era basato su un modello mutualistico, caratterizzato da forti criticità e da profonde e insanabili disuguaglianze sul territorio nazionale e nel livello di copertura sanitaria cui le persone avevano diritto. Fu con la grande riforma sanitaria del 1978 che si transitò verso una sanità di tipo universalistico e orientata ad una piena realizzazione del dettato costituzionale, in termini di garanzia del diritto alla salute e di eguaglianza sostanziale tra le persone nell'accesso ai servizi²⁹.

Sebbene al momento dell'approvazione della legge n. 194 la riforma sanitaria fosse ancora in itinere, non si può non rilevare come il legislatore avesse già operato la netta scelta di riservare l'effettuazione delle procedure alle sole strutture pubbliche, in modo tale da assicurare una piena eguaglianza nelle possibilità di accesso ai servizi per l'interruzione di gravidanza a tutte le donne, indipendentemente dalle condizioni personali e sociali e in maniera uniforme sul territorio nazionale. Se ne può trovare una chiara traccia sia nel ruolo centrale che la legge sull'IVG riserva ai consultori familiari (articolo 2), sia nell'individuazione delle strutture che possono praticare tali interventi. L'articolo 8 della legge, infatti, specifica che l'IVG può essere praticata da un «medico del servizio ostetrico-ginecologico presso un ospedale generale» e aggiunge che gli interventi possono essere anche praticati «presso gli ospedali pubblici specializzati, gli istituti ed enti ospedalieri» specializzati o gli ospedali religiosi cui le leggi sanitarie avevano esteso la disciplina ospedaliera (articolo 8 della l. n. 194/1978).

Successivamente, con l'istituzione del Servizio sanitario nazionale, tale profilo si è tradotto in una riserva esclusiva dell'intervento alle strutture pubbliche. Questo elemento ha solo apparentemente un carattere organizzativo³⁰. Esso imprime, invece, una determinante e fondamentale matrice di natura sostanziale alla legge, alla tipologia di intervento e alla sua collocazione tassonomica nel nostro ordinamento sotto diversi aspetti.

In primo luogo, si tratta di una scelta legislativa che, per quanto vincolata e veicolata dalla precedente sentenza della Corte costituzionale del 1975, fissa un punto fermo che caratterizza in maniera netta la disciplina. L'interruzione di gravidanza, nel nostro ordinamento, è prima di tutto e soprattutto una prestazione sanitaria che deve essere garantita dal Servizio sanitario nazionale.

²⁷ Su questo aspetto v. anche M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 115 ss.

²⁸ Per tramite della legge 23 dicembre 1978, n. 833, Istituzione del servizio sanitario nazionale.

²⁹ Si pensi ai principi fondanti il sistema sanitario nazionale universalistico, che è stato istituito quale strumento di attuazione dell'articolo 32 Cost. Circa l'evoluzione del modello di assistenza sanitaria in Italia v per tutti R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, Giappichelli, 2020.

³⁰ Affronta la questione delle procedure per l'interruzione volontaria di gravidanza non solo nella prospettiva dell'organizzazione sanitaria, ma quali condizioni di effettività di un diritto anche N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2017, 109.

Tale scelta ha due essenziali implicazioni. In primo luogo, crea un onere in capo al Ministero della Salute e, a cascata, a tutte le amministrazioni sanitarie, finalizzato ad assicurare la garanzia di tale prestazione. In secondo luogo (e su questo torneremo nelle righe seguenti), il fatto che l'IVG sia una prestazione sanitaria che si può effettuare solo nelle strutture pubbliche autorizzate costituisce il presupposto ontologico e fattuale che legittima e giustifica la presenza della disposizione sull'obiezione di coscienza (art. 9, legge n. 194/1978).

A rafforzare il primo profilo, ossia l'impegno dei soggetti istituzionalmente deputati a garantire le prestazioni sanitarie, soccorre anche l'inclusione dell'interruzione volontaria di gravidanza e di quanto a tal fine necessario tra i livelli essenziali delle prestazioni, con una formula particolarmente aperta ad includere tanto gli interventi collaterali (ad esempio, l'assistenza psicologica alla donna) quanto i metodi tecnologicamente più avanzati³¹. Come è noto, l'inclusione di un trattamento tra i livelli essenziali delle prestazioni impone che ne sia assicurata la garanzia in maniera uniforme sul territorio nazionale, principio da vent'anni affermato dalla Corte costituzionale e ormai consolidato anche nella giurisprudenza successiva³².

La funzione dei livelli essenziali, in questo senso, è innanzi tutto egualitaria: stabilendo le prestazioni che devono essere garantite a tutti, in modo uniforme, sul territorio nazionale, il legislatore statale riempie di contenuto il diritto alla salute, pone le basi e fissa gli strumenti affinché esso sia effettivo. Ne segue, dunque, che le Regioni e le singole aziende sanitarie hanno il dovere di garantire le prestazioni ricomprese nei LEA, fra cui l'interruzione volontaria di gravidanza e le prestazioni mediche specialistiche, diagnostiche terapeutiche necessarie alla consulenza, al supporto psicologico e all'assistenza per le IVG. Questo significa che, qualora la Regione interessata non sia in grado di assicurare in maniera effettiva l'accesso a tale trattamento alle donne che lo richiedono, tale Regione sarà inadempiente nella garanzia di una prestazione rientrante nei livelli essenziali e, per tale motivo, il Governo sarà legittimato a intervenire in virtù dei poteri sostitutivi ad esso attribuiti dall'articolo 120 della Costituzione³³.

Inoltre, l'inclusione dell'interruzione di gravidanza fra i livelli essenziali delle prestazioni è veicolo di garanzia del principio di eguaglianza sostanziale, non solo territoriale, ma anche intersoggettivo, poiché contribuisce a superare alcune di quelle barriere economiche o sociali che possono ostacolare il godimento di un diritto. In particolare, bisogna segnalare come l'IVG non sia solamente considerata una prestazione sanitaria rientrante fra i livelli essenziali, ma sia anche

³¹ Secondo quanto previsto ora dall'art. 24 del d.P.C.M. 17 gennaio 2017: «Nell'ambito dell'assistenza distrettuale, domiciliare e territoriale ad accesso diretto, il Servizio sanitario nazionale garantisce alle donne, ai minori, alle coppie e alle famiglie, le prestazioni, anche domiciliari, mediche specialistiche, diagnostiche e terapeutiche, ostetriche, psicologiche e psicoterapeutiche, e riabilitative, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche, necessarie ed appropriate nei seguenti ambiti di attività: [...] h) consulenza, supporto psicologico e assistenza per l'interruzione volontaria della gravidanza e rilascio certificazioni».

³² Ci si riferisce, naturalmente, alla sent. n. 282 del 2002 e alle pronunce successive nelle quali la Corte ha ulteriormente precisato e applicato la propria interpretazione sulla portata e l'estensione dei livelli essenziali delle prestazioni. Cfr., più recentemente, Corte cost, sent. n. 72/2020, punto 3.1 del considerato in diritto: «I LEA rappresentano “standard minimi” da assicurare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale affinché sia evitato che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato essendo limitata la possibilità delle singole Regioni, nell'ambito della loro competenza concorrente in materia di diritto alla salute, a migliorare eventualmente i suddetti livelli di prestazioni».

³³ Giunge a simili conclusioni, seppur in riferimento ad altri profili di inadempienza regionale circa le prescrizioni della l. n. 194/1978, anche F. GRANDI, nell'intervento in questo seminario.

una di quelle prestazioni che rientrano nel nucleo essenziale del diritto alla salute. Da ciò deriva che si tratta di un trattamento che deve essere garantito a tutte le donne, ivi comprese le donne straniere, a prescindere dalla regolarità del loro soggiorno sul territorio dello Stato. Si tratta di una specifica scelta legislativa, inserita nel testo unico dell'immigrazione. In modo assai lungimirante e accorto, il legislatore ha voluto precisare che, fra le cure «urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative» assicurate allo straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale, sono comunque garantite anche le prestazioni per la tutela della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane, ai sensi delle leggi n. 405/1975 e n. 194/1978³⁴.

Si tratta di un passaggio che merita attenzione: mentre appare scontata l'estensione dell'assistenza per la gravidanza e la maternità alle straniere irregolari, assai acuta e per nulla scontata è l'espressa precisazione dell'inclusione dell'interruzione di gravidanza fra le prestazioni cui hanno in ogni caso diritto le donne migranti, a parità di condizioni con le utenti del servizio sanitario nazionale. L'intervento del legislatore è, in questo caso, encomiabile, poiché veicola chiaramente l'intento di sottrarre le donne prive del permesso di soggiorno dai rischi connessi ad eventuali e pericolosi aborti clandestini³⁵.

Infine, come si anticipava *supra*, proprio nella qualificazione dell'interruzione di gravidanza come prestazione sanitaria riservata in via esclusiva alle strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale si innesta la ragione che legittima la previsione sull'obiezione di coscienza. Senza poter ripercorrere la natura ontologica dell'istituto, la sua evoluzione nel corso degli anni e l'interpretazione ad essa fornita in sede giurisprudenziale, è opportuno, però, specificare il collegamento tra la previsione di cui all'articolo 9 della legge e la qualificazione dell'interruzione di gravidanza.

Secondo quanto voluto dal legislatore del 1978, infatti, l'aborto non è inteso quale mera facoltà di scelta offerta alla donna. Nell'ordinamento italiano, la disciplina dell'IVG ha due essenziali peculiarità: oltre al collegamento con il diritto alla salute, che lega la scelta della donna di interrompere la gravidanza alla sua esigenza di tutelare la propria salute, l'aborto – come si è già detto – è assegnato in via esclusiva alle strutture del Servizio sanitario. Per tale ragione, esso è configurato come una prestazione sanitaria rientrante fra gli interventi assicurati nell'ambito della sanità pubblica. Ne deriva che i medici operanti nelle strutture che effettuano l'IVG sono tenuti, in virtù del proprio rapporto di lavoro di natura pubblicistica, a svolgere le prestazioni che l'amministrazione sanitaria presso la quale operano garantisce³⁶.

³⁴ Articolo 35 del d.lgs. 286/1998, Testo unico per l'immigrazione.

³⁵ Si tratta, purtroppo, di un dato che non è monitorato della dettagliata relazione annuale che il Ministero presenta alle Camere. In tale documento si fa solo riferimento alla distinzione tra IVG per le cittadine italiane e per le donne straniere, distinguendo in questo caso rispetto all'area geografica di provenienza. Si veda, a proposito, con riferimento all'ultima relazione presentata il 30 luglio 2021 e disponibile sul sito del Ministero della Salute, la tabella 12, nella quale vengono presentati i dati del 2019. Interessante è, comunque, il fatto che, in circa un terzo dei casi gli aborti riguardano donne straniere.

³⁶ Si tratta di un profilo che è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina alcuni anni fa, in occasione della decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali sul reclamo collettivo n. 91/2013, *CGIL v. Italy*, pubblicata in data 11 aprile 2016, e, poco dopo, in relazione alla notizia del concorso bandito dall'ospedale San Camillo di Roma mirato al reclutamento di due ginecologi «da destinare al settore Day Hospital e day Surgery per l'applicazione della l. n. 194/1978». In argomento cfr. *inter multis* A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio Costituzionale, Rivista AIC*, giugno 2014; B. LIBERALI, *Prime osservazioni a margine della decisione sul merito del reclamo collettivo n. 91 del 2013 Diritti Sociali*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 417; se si vuole, L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei*

Nella natura pubblicistica e normativa di quest'obbligo si innesta l'eccezione prevista dall'obiezione di coscienza: solamente nei casi in cui il medico (o gli esercenti le altre professioni sanitarie potenzialmente coinvolti nell'intervento) abbia dichiarato di avvalersi della facoltà prevista dall'articolo 9 della legge n. 194, allora a questi sarà consentito astenersi da una mansione lavorativa rispetto all'esecuzione della quale non avrebbe, altrimenti, margine di astensione.

Affinché l'obiezione di coscienza abbia motivo di esistere, all'interno dell'ordinamento, è necessario che la prestazione personale che si rifiuta sia «imposta da un *obbligo giuridico*»³⁷: come è stato da tempo efficacemente evidenziato, «solo la natura obbligatoria della condotta rende il contrasto tra giurisdizione di foro esterno e imperativo di coscienza davvero insanabile, se non attraverso una esplicita disobbedienza»³⁸, che giustifica la previsione normativa che “assolve” l'obiettore e gli evita di sottrarsi al precetto normativo.

Il fatto che l'interruzione di gravidanza sia stata concepita dal legislatore non solo come una scelta collegata alla libertà di autodeterminazione della donna, ma anche come una prestazione sanitaria garantita all'interno del SSN, come si è visto, crea un'obbligazione in capo alle strutture pubbliche nella garanzia del servizio, che si riflette anche sul rapporto di lavoro del medico (e del personale sanitario) coinvolti. Mentre per quest'ultimo la legge prevede espressamente l'istituto dell'obiezione di coscienza, quale via di uscita per evitare di incorrere nella disobbedienza ad un precetto normativo che per l'individuo risulta essere moralmente insostenibile, altrettanto non è per le strutture pubbliche, alle quali compete, per legge, la garanzia del servizio.

Secondo quanto previsto dall'art. 9, comma 4 della legge: «Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure [...]». Ciò non solo determina l'inadempienza ad un obbligo normativo da parte di una struttura sanitaria che non fosse in grado di far fronte alla richiesta di accesso all'IVG di una donna, ma legittima e sollecita pure l'individuazione di strategie organizzative e di reclutamento del personale utili a colmare eventuali vuoti di garanzia³⁹. Non sussiste, insomma, alcuna giustificazione nel caso in cui la prestazione non dovesse essere disponibile nei tempi previsti dalla legge per la donna che la richiede.

4. Interruzione volontaria di gravidanza e relazione di cura

Nel discorso circa la natura giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza, i profili che paiono essere maggiormente rilevanti attengono, come si è visto, ai vuoti di effettività che derivano da un ampio ricorso all'obiezione di coscienza, alla definizione dell'aborto, a cavallo tra diritto alla salute e libertà di scelta della donna, e alla sua qualificazione come prestazione sanitaria rientrante nei livelli essenziali di assistenza, con tutte le conseguenze di cui si è qui discusso.

Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016, in *DPCE Online*, 2, 2016; G. VIGGIANI, *Bandi per medici non obiettori. Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 315.

³⁷ A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, Utet, 1995, 240.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Sono questioni di cui si è già discusso in L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti.

Rimane, però, sullo sfondo un aspetto non meno interessante: qualificare l'aborto come prestazione sanitaria significa non solo configurare un'obbligazione positiva in capo al Ministero della Salute e a tutte le amministrazioni sanitarie territoriali, ma comporta anche la necessità di ascrivere tale trattamento medico alla costruzione di una positiva relazione di cura e di fiducia tra la donna e il medico cui questa si affida. Si tratta, in altre parole, di offrire ora una lettura della disciplina dell'interruzione di gravidanza nella prospettiva della legge che si occupa del consenso informato e della relazione di cura, per verificare quanto il quadro normativo del 1978 risulti oggi coerente e compatibile con la legge n. 219 del 22 dicembre 2017⁴⁰.

Il primo profilo da analizzare, in questa prospettiva, consiste nel colloquio che la donna deve avere con il medico del consultorio o di sua fiducia, nel momento in cui decide di richiedere l'intervento interruttivo. La norma di riferimento è rappresentata dall'articolo 5 della l. n. 194/1978, che presenta alcuni interessanti punti di contatto con quanto la l. n. 219/2017 prevede per la costruzione della relazione di cura.

Il profilo informativo del colloquio, come è noto, è concepito dal legislatore del 1978 in maniera assai dettagliata: il consultorio o la struttura socio-sanitaria cui la donna si rivolge ha l'onere di esaminare insieme a questa le ragioni della sua decisione, e di informarla sui suoi diritti di lavoratrice e di madre e sulle possibili soluzioni ai problemi proposti. Sebbene la descrizione del colloquio sia stata vista da alcuni come eccessivamente invasiva della libertà di scelta della donna e come potenzialmente rivolta a orientarne la decisione⁴¹, per il rischio elevato di interferenza con un percorso deliberativo per propria natura fortemente drammatico, pare interessante rilevare come la disposizione menzionata richiami ripetutamente il dovere del medico di rispettare la dignità della donna, la sua riservatezza e la sua libertà⁴².

⁴⁰ Sulla relazione di cura e sulla l. n. 219/2017 la letteratura giuridica è, ormai, amplissima. Per i principali riferimenti cfr. M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, Giappichelli, 2018; AA.VV., *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, pp. 11 ss.; C. DI COSTANZO, *La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, *BioLaw Journal*, 1, 2019, pp. 299 ss.; L. BUSATTA, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, pp. 95 ss.; T. PASQUINO, *Sul contenuto delle DAT tra autodeterminazione del paziente e decisioni di altri: profili civilistici*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, pp. 283 ss.; M. FASAN, *Consenso informato e rapporto di cura: una nuova centralità per il paziente alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1-bis, 2019; U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, pp. 110 ss.; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2018, pp. 8 ss.; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal*, 2, 2018, pp. 97 ss.; C. CASONATO, *Taking sick rights seriously: la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2018, pp. 949 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, 2018, pp. 247 ss.; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (dal recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento")*, in *Rivista Italiana di medicina legale*, 3, 2017, pp. 975 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo "critico" sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, pp. 121 ss.; M. PICCINNI, *Prendere sul serio il problema della 'capacità' dopo la l. n. 219/2017*, in *Responsabilità medica*, 3, 2018, pp. 1 ss.; B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Diritti comparati*, 3, 2017, pp. 1 ss.

⁴¹ Richiama le interpretazioni di segno opposto, che spaziano da un «inutile intralcio procedimentale» a strumenti deputati a «dissuadere la donna dal proposito abortivo», che sono state attribuite al colloquio previsto dalla legge n. 194, M.P. IADICICCO, *Riproduzione umana e diritti fondamentali*, cit., 148.

⁴² Cfr. articolo 5, comma 1, in riferimento alla possibilità di coinvolgere nel colloquio il padre del concepito e articolo 5 comma 2, in riferimento agli accertamenti sanitari necessari che il medico deve compiere prima di rilasciare il documento. A tale proposito, peraltro, bisogna ricordare come la dottrina sia sostanzialmente concorde nel ritenere che, in fase di colloquio, il medico abbia un onere informativo ma non abbia alcun potere di sindacare la sussistenza o meno delle motivazioni che la donna adduce a sostegno della propria decisione e non possa, dunque, rifiutare l'attestato previsto dalla legge o negarlo. A riguardo cfr. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 465; B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, cit., 1662.

Il rispetto della dignità e dell'autodeterminazione della persona è il fondamento intrinseco della relazione di cura, che secondo l'articolo 1 della l. n. 219/2017, si basa «sul consenso informato, nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico».

Da questo punto di vista, inoltre, il combinato disposto tra legge n. 194/1978 e legge n. 219/2017 consente di allontanare dal campo le interpretazioni che vedono nel colloquio tra la donna e il medico un possibile strumento per distogliere la paziente dalla decisione e per condizionarne, in modo più o meno diretto, la volontà. Diversamente, se si intende il colloquio nella prospettiva in un solido obbligo informativo, base essenziale del consenso informato, e, dunque, di una adesione veramente consapevole della persona ad un (qualunque) trattamento sanitario, si può immaginare come, durante il colloquio, il medico cui la donna si rivolge adempia anche a quanto previsto in termini informativi dal comma 3 dell'articolo 1 della legge n. 219/2017.

Questa disposizione prevede, nello specifico, che il medico debba informare la persona su diagnosi, prognosi, benefici e rischi del trattamento proposto, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto. Applicare tale norma alla legge n. 194 significa, da un lato, prevedere che in sede di colloquio, oppure in un secondo momento, ossia quando la donna si reca presso la struttura autorizzata per ottenere l'IVG, questa venga informata dettagliatamente sulla tipologia di procedure abortive disponibili, su quella più indicata rispetto alla sua situazione e le venga offerta la possibilità di scegliere quella che ritiene più consona rispetto al proprio sentire, pur nel solco di quanto consigliato dal medico⁴³.

In base alla legge n. 219, la donna può anche rifiutare di ricevere tali informazioni e, pertanto, affidarsi in tutto al medico. Dalla lettura delle due disposizioni qui in esame, si è portati, invece, a ritenere che il diritto al rifiuto delle informazioni non si estenda sino a ricomprendere anche quanto relativo all'onere esplicativo ulteriore e specifico previsto dalla legge. Ci si riferisce, in particolare, al dovere del medico di informare la donna circa i suoi diritti di lavoratrice e di madre, e sugli interventi di carattere sociale cui ella può far ricorso, come espressamente previsto dall'art. 5, co. 2 della l. n. 194/1978. Da un lato, infatti, quanto previsto dalla legge n. 194 è da considerarsi norma speciale, rispetto alle norme della legge n. 219/2017 che, per quanto attiene al consenso informato, hanno ovviamente carattere generale; dall'altro lato, comunque, il dovere informativo qui descritto va oltre le indicazioni di carattere medico elencate nell'art. 1, co. 3, della l. n. 219/2017.

Un aspetto di significativa consonanza tra la legge n. 194 e la legge n. 219 riguarda la possibilità di coinvolgere nella relazione di cura, se (e solo se) la donna lo desidera, il padre del concepito. Si tratta di un elemento che rende la l. n. 194 particolarmente avanzata per l'epoca in cui è stata approvata e che, per la tendenziale sovrapposibilità del linguaggio utilizzato nei due testi normativi qui raffrontati, sorprende per la lungimiranza e la sensibilità dimostrata dal legislatore nel 1978.

⁴³ Secondo quanto si evince dalla relazione che annualmente il Ministero presenta alle Camere sullo stato di attuazione della legge, diverse sono le tecniche utilizzate per l'interruzione di gravidanza. Esso comprendono il raschiamento (utilizzato in circa il 10% dei casi), l'isterosuzione e l'aborto farmacologico, il cui impiego risulta essere in aumento, in base ai dati dell'ultima relazione (dal 20% del 2018 a quasi il 25% nel 2019). Si veda a riguardo quanto riportato a pag. 5 ss. della relazione ministeriale.

La figura del padre del concepito nella disciplina sull'interruzione di gravidanza è, infatti, presa in considerazione nella legge, anche se la sua presenza (e il suo coinvolgimento nelle procedure) è subordinato all'effettiva volontà della donna. Come è evidente, si tratta di una previsione costruita a tutela della donna e della sua libertà di scelta, la cui formulazione è pensata per dare spazio alla naturale e imprevedibile variabilità delle situazioni concrete e fattuali che possono condurre ad una decisione abortiva. In tal modo, il legislatore ha inteso lasciare aperta una fessura per il potenziale coinvolgimento del padre del concepito, affidando il controllo di tale opzione alla donna, a sua esclusiva tutela.

La previsione appare particolarmente significativa, oggi, se letta alla luce della l. n. 219/2017, che pare prendere ispirazione proprio dalla previsione qui citata nel disporre che il paziente possa – ma solo se lo desidera – coinvolgere nella relazione di cura i familiari o una persona di fiducia. Il legislatore consente, quindi, che la relazione di cura possa aprirsi, sotto il profilo soggettivo, accogliendo anche coloro che per affetto, parentela o vicinanza condividono porzioni importanti della vita della persona, ma ne affida la decisione in via esclusiva a quest'ultima, nel rispetto della sua dignità e libertà.

Un terzo aspetto di consonanza tra le due leggi qui raffrontate riguarda i necessari correttivi al principio del consenso previsti dalla legge nel caso di aborto di una donna minore.

Si tratta di una questione evidentemente complessa, sia per il particolare livello di tutela che il legislatore deve riconoscere alla posizione della donna minore, sia per la necessità, comunque, di adottare tutte le necessarie accortezze ai fini della costruzione di un consenso che sia anche giuridicamente valido⁴⁴.

Come è noto, la l. n. 194/1978 prevede che nel caso in cui la donna sia minorenni, la richiesta di interruzione di gravidanza (entro i primi novanta giorni) sia avanzata dalla stessa personalmente⁴⁵. Al fine di perfezionare la procedura, è richiesto comunque l'assenso di chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela; qualora ciò non sia possibile o non sia consigliabile per la salute e la sicurezza della donna minore, la legge stabilisce che la struttura sanitaria attivi una specifica procedura dinnanzi al giudice tutelare, che può autorizzare la donna a decidere per l'IVG.

Il legislatore del 1978 utilizza il termine «assenso», con riferimento al coinvolgimento di chi esercita la responsabilità genitoriale o è tutore della donna minore che vuole interrompere la gravidanza. La lettura di questa disposizione alla luce della l. n. 219/2017 suggerisce alcune necessarie precisazioni dovute alla specialità della legge sull'IVG e alla necessità di preservare la volontà della donna, sebbene (ancora) minore. Nonostante sia, infatti, ravvisabile un ulteriore elemento di consonanza tra i due testi normativi, il fatto che la legge n. 194 non richieda necessariamente l'assenso dei soggetti esercenti la responsabilità genitoriale nel caso di aborto

⁴⁴ Analoghe considerazioni possono essere sviluppate, *mutatis mutandis*, in riferimento anche all'aborto nel caso in cui la donna sia priva di capacità (articolo 14, aborto di donna interdotta).

⁴⁵ Bisogna, infatti, sottolineare che il regime differenziato previsto dalla l. n. 194/1978 per la donna minore riguarda solamente l'IVG entro i primi novanta giorni; per il c.d. aborto terapeutico si applica, invece, quanto previsto dagli articoli 7 e 8 della legge, senza distinzioni e indipendentemente dall'assenso di chi esercita la responsabilità (art. 12, co. 5, l. n. 194/1978). Evidenziano questa peculiarità anche P. BENCIOLINI-A. APRILE, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 80.

terapeutico suggerisce che esso non sia perfettamente sovrapponibile al consenso disciplinato dalla legge n. 219.

La natura dell'assenso previsto dalla legge n. 194 è, infatti, parzialmente differente rispetto a quella del consenso informato. In base a quanto si evince, ad esempio, dall'interpretazione che la Corte costituzionale ha fornito dell'articolo 12 della legge *de qua* nelle varie occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sulla natura dell'intervento autorizzatorio del giudice tutelare⁴⁶, si comprende che esso si lega all'espressione di volontà e alla decisione consapevole della donna sull'interruzione della gravidanza. In questo caso, proprio in virtù della specialità della l. n. 194/1978 e del particolare livello di tutela che deve essere riconosciuto alla donna minore, in relazione alla delicatezza della decisione, si può pensare che la legge n. 194 abbia costruito una sorta di disciplina speciale del consenso.

Nella sentenza con cui è stata rigettata la questione relativa all'obiezione di coscienza del giudice tutelare, infatti, la Corte ha avuto modo di precisare che l'autorizzazione richiesta ha quest'ultimo ha contenuto «unicamente di integrazione, della volontà della minorenni, per i vincoli gravanti sulla sua capacità d'agire»⁴⁷. Il giudice tutelare, in altre parole, ha la funzione di convalidare il potere della donna di decidere per se medesima, ma solo quando si tratti di IVG entro il primo trimestre. Per l'aborto terapeutico, invece, la legge pone espressamente una deroga al principio di consenso, prevedendo che si possa prescindere dall'assenso dei genitori e dall'intervento del giudice tutelare (art. 12, comma 5). Il legislatore, in questo caso, ha effettuato un diverso bilanciamento, conferendo prevalenza alla tutela del diritto alla salute della donna minore, alla luce delle particolari circostanze che legittimano l'aborto in questi casi⁴⁸.

L'articolo 3 della l. n. 219/2017, che disciplina il consenso informato per la persona minore di età, esprime una significativa sensibilità per la valorizzazione della volontà del minore, in relazione alle capacità di comprensione e discernimento. Tale prospettiva è frutto dell'attenzione sviluppatasi intorno ai diritti dei minori negli ultimi decenni, anche in sede internazionale, che ha prodotto i propri effetti anche nel nostro ordinamento⁴⁹. Bisogna, tuttavia, tenere in considerazione la natura di norma generale che tale disposizione riveste: essa è pensata per applicarsi a tutti i trattamenti sanitari cui può essere sottoposto un minore di età, mentre la disciplina prevista dall'art. 12 della legge n. 194 riguarda una sola prestazione sanitaria (l'interruzione di gravidanza) che, come abbiamo visto, è connotata da profili di specialità che ne giustificano una regolamentazione differenziata.

La lettura combinata delle due disposizioni, comunque, suggerisce una tendenziale consonanza nei principi fondanti e nelle finalità perseguite. Entrambe le norme sono, infatti, tese a valorizzare la libertà e la volontà della minore, non omettendo, però, di adottare i necessari accorgimenti per il completamento della decisione poiché la persona non ha ancora raggiunto una piena capacità di agire.

⁴⁶ Cfr. Corte cost., sentt. n. 108-109 del 1981; sentenza n. 196 del 1987; ordinanza n. 76 del 1996; ordinanza n. 514 del 2002; ord. n. 416/2007; ord. 126/2012.

⁴⁷ Corte cost., sentenza n. 196 del 1987, punto 2 del considerato in diritto.

⁴⁸ A tale proposito cfr. anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 548.

⁴⁹ Sulla relazione di cura con i minori cfr. M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, Cedam, 2007; in termini più ampi, ma nell'ottica delle numerose modifiche legislative che hanno interessato l'ordinamento italiano per effetto di una maggiore accortezza per i diritti dei minori cfr. per tutti E. LAMARQUE, *Prima di bambini*, FrancoAngeli, Milano, 2016.

5. *Riflessioni conclusive: una legge (ancora) al passo con i tempi?*

L'analisi proposta in queste pagine ha avuto ad oggetto la disciplina legislativa italiana sull'interruzione volontaria di gravidanza, con un focus specifico sull'aborto entro i primi novanta giorni. Si è cercato di offrire una lettura che, senza soffermarsi troppo sui nodi di ineffettività della legge che riguardano principalmente l'ampio ricorso all'obiezione di coscienza da parte dei ginecologi⁵⁰, potesse porre in evidenza alcuni profili di interesse della disciplina dell'IVG, anche in considerazione della sua tenuta a quasi quarantacinque anni dalla sua approvazione.

Per questo motivo, ci si è soffermati sulla definizione legislativa del percorso per l'accesso all'interruzione di gravidanza che, complessivamente, può essere valutata in termini positivi, dal momento che la soluzione elaborata dal legislatore italiano ha consentito di mantenere inalterato il dato normativo, pur incorporando a livello operativo le novità nel frattempo intercorse. Ci si riferisce, in particolar modo, al fatto che dal 2007 è stato introdotto l'utilizzo dell'aborto farmacologico e ciò si è reso possibile solamente attraverso i necessari adeguamenti organizzativi e le linee guida ministeriali, senza bisogno di modificare il testo normativo. Anche in virtù delle esigenze manifestatesi con il contesto pandemico, il Ministero della Salute ha recentemente aggiornato le linee di indirizzo per l'utilizzo della RU486, estendendo la possibilità di ricorrere a tale metodo sino alla nona settimana di gestazione e anche al di fuori del ricovero ospedaliero⁵¹.

Si tratta di una novità che contribuisce a incrementare l'auspicabile applicazione omogenea ed effettiva della l. n. 194/1978 sul territorio nazionale, anche al fine di abbattere la differenziazione territoriale nell'accesso ai servizi abortivi, che rappresenta uno dei nodi di maggiore debolezza di questa legge. Da questo punto di vista, come abbiamo avuto modo di vedere, l'individuazione delle vie per garantire una maggiore effettività della legge si giova della disciplina dei livelli essenziali delle prestazioni, nella cui lista è ricompreso il complesso degli interventi per l'interruzione volontaria di gravidanza. Leggere tale disciplina nella prospettiva della garanzia dei LEA consente di sottolineare l'esigenza egualitaria che sta alla base della legge ed evidenzia l'onere in capo all'amministrazione sanitaria di garantire comunque l'accesso all'aborto.

A tale riguardo è stato evidenziato come la configurazione dell'aborto quale prestazione riservata al Servizio sanitario nazionale comporti l'impegno pubblico «a non abbandonare nessuna donna a se stessa e all'iniziativa e buona volontà dei privati, assicurando invece livelli di assistenza comuni a tutte, a prescindere dalle condizioni economiche e sociali e dell'appartenenza territoriale; significa, quindi, non abbandonare soprattutto chi è in condizione di maggiore disagio»⁵².

Sotto tale ombrello rientra anche il legame tra la l. n. 194/1978 e le disposizioni relative al consenso informato: sono molti i punti di consonanza tra i due testi normativi. Tali previsioni possono essere ulteriormente completate dalle previsioni rilevanti del Codice di deontologia

⁵⁰ Sono infatti temi sui quali si è avuto modo di soffermarsi in altre occasioni. A tale proposito sia consentito rinviare, in particolare, a L. BUSATTA, *Insolubili aporie*, cit.

⁵¹ Affronta le implicazioni di questo aggiornamento 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 di gravidanza*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2020, 1.

⁵² M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., 134.

medica, anche in relazione all'obiezione di coscienza. L'economia complessiva del presente contributo non consente di analizzare compiutamente tale istituto e tutte le problematiche applicative che esso determina in relazione all'effettivo accesso delle donne all'IVG. Tuttavia, una considerazione che deriva dalle riflessioni sviluppate sopra può essere avanzata: in nessun modo quanto previsto dall'articolo 9 della l. n. 194/1978 legittima né giustifica un abbandono terapeutico da parte del medico nei confronti della paziente che richiede l'IVG.

Al di là delle (condivisibili) precisazioni che sono giunte negli anni dalla giurisprudenza⁵³, vale la pena di sottolineare come indicazioni significative provengano dalle stesse disposizioni del Codice di deontologia medica. In particolare, in riferimento al rifiuto di prestazione professionale, l'articolo 22, pur riconoscendo il diritto del medico di rifiutare prestazioni in contrasto con la propria coscienza, prevede comunque che questi debba fornire «ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». Circa l'interruzione volontaria di gravidanza, poi, richiamando quanto previsto dalla legge a riguardo, il Codice precisa che l'obiezione di coscienza «non esime il medico dagli obblighi e dai doveri inerenti alla relazione di cura nei confronti della donna» (articolo 43).

Da tali disposizioni pare, quindi, di trarre l'indicazione per cui il medico obiettore sia tenuto professionalmente a fornire alla donna ogni indicazione utile per consentirle la fruizione della prestazione e non possa, in ogni caso, esimersi dai doveri relativi alla relazione di cura.

Sebbene, come si è avuto modo di vedere, vi siano alcuni nodi nell'applicazione della l. n. 194/1978, soprattutto per quanto riguarda le procedure e l'effettività nell'accesso all'IVG entro i primi novanta giorni, la valutazione complessiva della legge continua ad essere positiva. Essa ha dimostrato, negli anni, una buona tenuta, anche dinanzi alla Corte costituzionale, pur a fronte di alcune difficoltà applicative.

L'esperienza maturata nel contesto pandemico, infine, ha dimostrato quanto l'attenzione per una accorta organizzazione dei servizi, in maniera aderente al dettato di legge e mirata a soddisfare i diritti della persona, costituisca il veicolo della garanzia di effettività della legge. L'aggiornamento delle linee guida relativamente all'aborto farmacologico e alla riduzione dei tempi di ricovero ha determinato un cambiamento significativo nella dotazione di strumenti a disposizione dell'amministrazione sanitaria per garantire l'applicazione della l. n. 194/1978 e per allineare la disciplina italiana sull'interruzione di gravidanza allo stato attuale delle conoscenze mediche. I dati presentati nella relazione ministeriale per l'anno 2022 potranno indicare l'impatto che questa modifica ha avuto e, con riguardo alle indicazioni contenute nelle linee guida dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, potranno suggerire eventuali ulteriori aggiustamenti organizzativi per consentire la tenuta costituzionale della legge e la sua effettività.

⁵³ Ci si riferisce, in particolare, alla pronuncia del Tar Lazio n. 8990/2016, con cui è stato respinto il ricorso contro il decreto della Regione Lazio sulla riorganizzazione dei consultori familiari, in cui si prevede che l'obiezione di coscienza non riguarda il personale dei consultori familiari, che non è impegnato direttamente nella procedura abortiva. Va altresì menzionata la pronuncia della Corte di cassazione, sez. VI pen., sent. n. 14979/2013, con la quale si è affermato che l'obiezione di coscienza non copre anche l'assistenza successiva all'aborto.

ABSTRACT

Il contributo propone un'analisi della disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza entro il novantesimo giorno, secondo quanto previsto dalla legge n. 194 del 1978. Nell'ordinamento italiano l'aborto è disciplinato come una prestazione sanitaria, rientrante nei livelli essenziali delle prestazioni e affidata in via esclusiva al Servizio sanitario nazionale, che dovrebbe essere assicurata in modo eguale a tutte le donne sul territorio nazionale. In tale prospettiva, viene proposto anche un raffronto con la disciplina del consenso informato introdotta dalla legge n. 219 del 2017. Le conclusioni evidenziano gli strumenti per assicurare la tenuta e l'aggiornamento della disciplina.

The contribution aims at analysing of the discipline of abortion within the first trimester, in accordance with the provisions of law no. 194 of 1978. In the Italian legal system, abortion is regulated as a medical treatment provided by the National Health Service and intended to be equally granted to all women on the national territory. In this perspective, the essay also offers a comparison with the discipline of informed consent introduced by law no. 219 of 2017. The conclusions highlight the tools to ensure the updating of the discipline.

PAROLE CHIAVE

Aborto; obiezione di coscienza; controllo di costituzionalità; consenso informato; relazione di cura.

KEYWORDS

Abortion; conscientious objection; constitutional adjudication; informed consent; doctor-patient relationship