

Libero mercato delle idee e diritto alla verità: sui limiti alla libera manifestazione del pensiero in materia di aborto

*Lucia Busatta**

FREE MARKET OF IDEAS AND THE RIGHT TO THE TRUTH: ON THE LIMITS TO FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FIELD OF ABORTION

ABSTRACT: The contribution aims to investigate the specificity of freedom of expression concerning opinions or information in the field of abortion. After a theoretical introduction on the terms of the issue, a distinction is made between the different dimensions of this freedom, which range from the split between the active and passive dimension of the law (giving and receiving information on abortion services), to the enucleation of a positive and a negative one (wanting to be informed or refusing to receive information), up to the configuration of a duty of information. The essay then investigates the extent of freedom of expression and its limits with specific reference to some recent decisions regarding ideologically oriented manifestos. It concludes by noting the need for a constraint on the truthful content of public communications regarding abortion.

KEYWORDS: Abortion; Freedom of expression; Right to information; Pluralism; Public posting

ABSTRACT: Il contributo si propone di indagare sulle specificità della libertà di espressione avente ad oggetto opinioni o informazioni relative all'aborto. Dopo aver individuato i termini teorici della questione, si procede ad una distinzione tra le diverse dimensioni del diritto, che spaziano dalla scissione tra dimensione attiva e passiva del diritto (dare e ricevere informazioni sui servizi abortivi), all'enucleazione di una porzione positiva e una negativa (voler essere informato o nel rifiutare di ricevere informazioni), fino alla configurazione di un dovere di informazione e dei soggetti titolari di esso. Il saggio indaga, poi, l'estensione della libertà di espressione e i suoi limiti con specifico riferimento ad alcuni casi recenti riguardanti manifesti apertamente schierati e conclude rilevando l'esigenza di un vincolo ad un contenuto veritiero delle comunicazioni pubbliche in materia di aborto.

PAROLE CHIAVE: Aborto; Libertà di espressione; Diritto all'informazione; Pluralismo; Pubbliche affissioni

* *Ricercatrice di diritto costituzionale, Università di Trento. Mail: lucia.busatta@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio.*

SOMMARIO: 1. Le plurime declinazioni costituzionalistiche della questione dell'aborto – 2. Aborto e diritto all'informazione: i termini del problema – 2.1. Gli *abortion information cases* nella prospettiva europea: libera circolazione dei servizi e limiti alla libertà di espressione – 2.2. La prospettiva statunitense: free speech tra garanzie costituzionali e contraddizioni – 3. Al di là dello schieramento: correttezza e scientificità delle informazioni quali garanzie del pluralismo – 4. A cavallo tra libertà di espressione e libertà di coscienza: alla ricerca di un difficile equilibrio – 5. Per non tradire la libertà d'espressione: i rischi delle derive dell'estremismo ideologico.

1. Le plurime declinazioni costituzionalistiche della questione dell'aborto

Affrontare i profili giuridici del dibattito sull'aborto o analizzare le norme che rendono legittimo l'accesso all'interruzione di gravidanza in un dato ordinamento non richiede solamente una riflessione circa l'estensione dei diritti costituzionali in gioco, una dissertazione teorico-scientifica circa la definizione del momento di inizio vita, o la descrizione della posizione giuridica del concepito e del livello di protezione che gli spetta. Vi possono essere numerose altre questioni che attraggono un approccio costituzionalistico e che meritano altrettanta attenzione, poiché coinvolgono parimenti la definizione di diritti costituzionali¹.

Fra queste, riveste una posizione sicuramente significativa il dibattito sull'istituto dell'obiezione di coscienza e sulla natura dell'obbligo professionale spettante ai medici e al personale sanitario che potrebbe essere potenzialmente coinvolto nell'intervento. Come è noto, si tratta di una questione che da tempo impegna il dibattito giuridico nel nostro ordinamento², ma che ha dimostrato di assumere interessanti declinazioni anche in altri ordinamenti³.

¹ 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.

² L'istituto dell'obiezione di coscienza, previsto dall' articolo 9 della legge n. 194/1978, come è noto, è al centro del dibattito giuridico sull'effettività del diritto ad accedere all'interruzione volontaria di gravidanza, a motivo dell'alta percentuale di adesione, soprattutto fra i ginecologi. 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; 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, 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, 2011.

³ Circa le implicazioni dell'obiezione di coscienza in altri ordinamenti, v. D. PARIS, *Il diritto all'obiezione di coscienza all'aborto nel Regno Unito. Nota a Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*, in *BioLaw Journal*, 3, 2015, 199; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*,

Vi sono, poi, altre non meno stimolanti questioni, concernenti l'effettiva applicazione delle norme sull'interruzione volontaria di gravidanza e gli eventuali ostacoli che si possono frapporre nell'accesso a tale prestazione. In Italia, esse riguardano primariamente l'organizzazione dei servizi sanitari, le problematiche legate alla uniforme garanzia di un trattamento rientrante nei LEA, l'accessibilità dell'aborto farmacologico, e così via⁴.

Vi sono, infine, altri temi e problemi, che potrebbero apparire ancillari o secondari rispetto alla decisione di un dato ordinamento giuridico di regolare o meno l'accesso all'interruzione di gravidanza, di prevedere una corrispondente norma costituzionale, oppure di includere espressamente, fra gli interessi tutelati dalla Costituzione, anche la tutela del diritto alla vita del nascituro⁵. Queste, pur discostandosi un poco dai profili strettamente attinenti al diritto all'autodeterminazione della donna o alla sua salute, o all'interesse statale nella tutela del concepito, sono comunque ad essi connessi.

Si tratta, ad esempio, della definizione dei margini del diritto all'informazione della donna sui servizi abortivi disponibili, inclusi quelli legalmente accessibili all'estero, qualora nel suo Paese d'origine l'aborto sia vietato. Si pensi, ancora, degli eventuali limiti alla libertà di espressione e di riunione, nel caso di manifestazioni pubbliche ideologicamente orientate, qualora vengano promosse in contemporanea iniziative confliggenti, oppure quando sussista il pericolo per la sicurezza e l'incolumità di coloro che partecipano a tali iniziative o delle altre persone che si trovino casualmente a transitare nei luoghi in prossimità dei cortei⁶.

Con ogni probabilità, il tema dell'aborto e il dibattito circa l'esistenza o meno di un diritto in capo alla donna di decidere sulla propria gravidanza appaiono effettivamente tangenziali rispetto all'estensione e ai limiti della libertà di riunione o di manifestazione del pensiero; eppure, combinare

in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 19 ss.; ID., *Antigone Betrayed? The European Court of Human Rights' Decisions on Conscientious Objection to Abortion in the Cases of Grimmark v. Sweden and Steen v. Sweden*, in *European Journal of Health Law*, 28(1), 2020, 26.

⁴ Per una rassegna delle problematiche ormai classiche sull'effettività della legge n. 194/1978, 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, 2009, 815. Più recentemente F. ANGELINI, *Introduzione. Perché parlare di aborto?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1.

Bisogna peraltro segnalare che ostacolare l'accesso all'aborto attraverso la previsione di requisiti normativi particolarmente restrittivi oppure attraverso i mezzi più disparati è un'attività che sta caratterizzando ormai da alcuni anni la prassi statunitense, ad esempio con la c.d. Trap Laws, ma non solo. IN argomento, fra tutti, v. S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal*, 2, 2021, 345.

⁵ Come è stato, ad esempio, nella Repubblica d'Irlanda sino al referendum costituzionale del 2018. In argomento v. A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1.

⁶ Per alcune riflessioni sui limiti della libertà di riunione e sulle sue intersezioni con la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero, cfr. recentemente G. TROMBETTA, *I limiti alla libertà di riunione nella costituzione materiale del Paese, anche a fronte dell'emergenza coronavirus*, in *Federalismi.it*, 27, 2022, 173; G. RAGONE, *La libertà di riunione in tempi di emergenza sanitaria e distanziamento sociale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2022, 781. Per una recente ricostruzione delle più recenti implicazioni v. F. ROSA, Art. 17, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Bologna, 2018, 131.



Le due dimensioni può arricchire le riflessioni riguardanti l'una e l'altra problematica. Da un lato, infatti, pone in evidenza il potenziale espansivo del dibattito sull'aborto, che si dimostra, ancora una volta, incline ad investire numerosi altri profili giuridici, apparentemente non strettamente attinenti ai diritti riproduttivi o al diritto alla salute; dall'altro lato, pone in evidenza come l'individuazione dei limiti dei diritti attinenti alla sfera pubblica (o delle relazioni sociali) della persona sia variabile non solo con riguardo ad un dato, ma complessivamente generale, contesto storico e sociale, ma, molto più specificamente, in relazione alla sua rilevanza concreta, calata nel contingente di un preciso momento del dibattito, e possa essere percepibile in maniera non replicabile in luoghi differenti.

Una questione che anche in tempi recenti ha sollevato una discreta attenzione, a livello giuridico (ma non solo), riguarda l'estensione dei limiti della libertà d'espressione (e in alcune ipotesi, pure della libertà religiosa) con riferimento alle pubbliche affissioni di cartelloni recanti immagini o contenuti provocatori relativamente all'aborto o all'obiezione di coscienza. Da questo punto di vista, la possibilità di limitare o vietare la diffusione di manifesti pubblicitari di tal fatta rappresenta un interessante banco di prova per testare la tenuta degli strumenti posti a presidio del pluralismo democratico che ispira la Costituzione e il suo quotidiano invero.

In questo contesto, dopo una breve contestualizzazione del significato nella libertà d'espressione con specifico riferimento all'interruzione di gravidanza, il presente contributo si propone di indagare l'estensione della libertà di espressione e i suoi limiti con specifico riferimento ad alcuni casi recenti riguardanti manifesti apertamente schierati, affissi anche recentemente in numerose città italiane, che hanno inevitabilmente sollevato un significativo dibattito politico e nella società civile e che, in talune circostanze, sono giunti sino all'attenzione degli organi giurisdizionali.

2. Aborto e diritto all'informazione: i termini del problema

Tracciare le linee di intersezione tra le posizioni giuridiche che vengono in gioco nel campo dell'interruzione di gravidanza e del diritto all'informazione non è immediato e richiede di operare una serie di distinguo preliminari⁷.

Partendo dal secondo elemento della questione, possiamo anzi tutto evidenziare una scissione tra dimensione attiva e passiva del diritto (i.e. dare e ricevere informazioni sui servizi abortivi), così come un'ulteriore distinzione tra una porzione positiva e una negativa, consistenti, rispettivamente, nel voler essere informato o nel rifiutare di ricevere informazioni. Queste ultime divengono rilevanti, in particolare, nel momento in cui la donna accede all'interruzione di gravidanza come trattamento sanitario regolato dall'ordinamento e costruisce, con i medici che la prendono in carico, una relazione di cura⁸.

Con riguardo, poi, alla dimensione soggettiva, si possono individuare alcuni soggetti che, in relazione al proprio ruolo professionale, sono titolari di un dovere di informazione e altri che, pur avendo una mera facoltà di scelta sul fornire o meno certe informazioni, sono vincolati ad offrire contenuti veri-

⁷ Traccia alcune linee direttrici circa le distinzioni e articolazioni del diritto all'informazione in relazione alla libertà di espressione e all'interesse pubblico a ricevere informazioni C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, Bologna, 2013, in partic. 128 ss.

⁸ Su questo specifico aspetto si tornerà *infra*, nel paragrafo 3.

tieri e oggettivi. Da quali fattori dipende la qualificazione di tali doveri o l'individuazione dei soggetti in capo ai quali incombe un obbligo di informazione o di verità?

In tutti questi casi, l'esercizio del diritto (attivo e passivo, positivo e negativo) di informazione, l'eventuale corrispondente dovere di informare o di informare in maniera veritiera e la definizione dei contenuti di tale informazione trovano copertura nella libertà costituzionale manifestazione del pensiero, anche se, come forse si può già intuire, possono incrociare, in termini rafforzativi oppure oppositivi, altri diritti di rilievo costituzionale, fra i quali, ad esempio, la libertà religiosa, il diritto alla riservatezza oppure quello alla salute.

2.1. Gli *abortion information cases* nella prospettiva europea: libera circolazione dei servizi e limiti alla libertà di espressione

Ciascuna delle dicotomie qui brevemente tratteggiate assume una specifica connotazione laddove l'oggetto dell'informazione riguardi l'accesso all'interruzione di gravidanza e i servizi abortivi; l'estensione del diritto, come ora vedremo, può naturalmente mutare in base al fatto che l'aborto sia vietato o regolato, a determinate condizioni, in un dato ordinamento.

Da questo punto di vista, alcune riflessioni possono essere mosse, a partire dalle posizioni espresse, nei primi anni Novanta, rispettivamente dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte di Giustizia negli *abortion information cases*, che possono ancora oggi essere considerati un punto di riferimento per la definizione del diritto all'informazione sui servizi abortivi legalmente accessibili all'estero e sul contenuto del diritto all'informazione. Come si ricorderà, entrambi i casi riguardavano la disciplina irlandese, all'epoca particolarmente restrittiva, e la possibilità, rispettivamente, per un'associazione studentesca e per due centri di consulenza per la salute della donna, di informare le donne sulla possibilità di interrompere legalmente la gravidanza all'estero⁹.

Da un lato, nel 1992, con il caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*¹⁰, la Corte di Strasburgo venne investita di una questione relativa al contrasto tra la libertà di espressione tutelata dall'art. 10 della Convenzione e (l'allora vigente) divieto irlandese di divulgare informazioni sui servizi abortivi disponibili all'estero. All'esito di uno strutturato giudizio di proporzionalità della norma interna rispetto al fine perseguito, i giudici evidenziarono come la totale indisponibilità di tal sorta di informazioni potesse rappresentare un grave rischio per il diritto alla salute delle donne, dal momento che, in assenza delle necessarie informazioni, le stesse si sarebbero trovate costrette a procurarsi in modo pericoloso e sicuramente illegale l'aborto¹¹.

Dall'altro lato, quasi in contemporanea, la Corte di Giustizia veniva adita in via pregiudiziale su un caso concernente il diritto all'informazione sui servizi per l'interruzione di gravidanza disponibili nel Regno Unito, messi a disposizione da un'associazione studentesca irlandese. Nel caso *Grogan*¹², pur de-

⁹ Ne parla anche A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, cit.

¹⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, ric. n. 14234/88; 14235/88, 29 ottobre 1992.

¹¹ *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, punti 67-77.

¹² Corte di Giustizia C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, 4 ottobre 1991, in *Racc. I-04685*, su cui S. O'LEARY, *The Court of Justice as a Reluctant Constitutional Adjudicator: An Examination of the Abortion Information Case*, in *European Law Review*, 1992, 138.

finendo il giudizio in un modo compromissorio, i giudici di Lussemburgo hanno offerto un significativo contributo alla definizione di uno standard minimo europeo per l'accesso alle informazioni anche su servizi e prestazioni proibiti in uno Stato membro e concessi altrove.

Interrogandosi sull'applicabilità delle norme del Trattato a tal genere di situazioni, infatti, la Corte di Giustizia interviene sulla portata transfrontaliera della libertà di informazione sui servizi, stabilendo che l'aborto, in quanto trattamento sanitario, poteva essere considerato un servizio ai sensi del Trattato¹³. L'associazione studentesca coinvolta nel giudizio, tuttavia, non poteva essere considerata un prestatore di servizi, dal momento che tale attività non era svolta con finalità economiche da parte di tale associazione, che non vantava alcun legame con le cliniche abortive delle quali segnalava le prestazioni. Il divieto irlandese, pertanto, non poteva essere considerato in contrasto con il diritto europeo. Ciononostante, la decisione ha comunque segnato un importante punto d'arrivo nel diritto europeo¹⁴, chiarendo che, anche sui trattamenti sanitari eticamente controversi, gli Stati membri, pur rimanendo liberi di decidere se vietare o meno un certo trattamento all'interno del proprio territorio, non possono imporre restrizioni ingiustificate alla libera circolazione ai propri cittadini che vogliono ottenere tale trattamento all'estero¹⁵.

2.2. La prospettiva statunitense: free speech tra garanzie costituzionali e contraddizioni

Richiamare queste due importanti pronunce non ha solamente la funzione di iniziare a delineare i tratti e i limiti del diritto all'informazione e alla libera manifestazione del pensiero aventi ad oggetto l'aborto o l'interruzione di gravidanza.

Il riferimento qui brevemente ripreso ci offre anche l'opportunità di esplorare, in prospettiva comparata, un parallelo con gli Stati Uniti. Come è noto, infatti, non solo nell'ordinamento statunitense la libera manifestazione del pensiero incontra uno standard di protezione particolarmente elevato ma, fra i prevedibili effetti della pronuncia *Dobbs*, non si può non considerare il rischio che l'*overruling* di

¹³ Per la prima volta tale principio fu affermato nella sentenza Corte di Giustizia, C-286/82, *Luisi e Carbone c. Ministero del tesoro*, 31 gennaio 1984, in *Racc.* 00377. La Corte di Giustizia ha avuto poi occasione di tornare numerose volte sulla qualificazione delle prestazioni sanitarie come servizi ai fini del Trattato, fino alla pronuncia definitiva, del 2006, C-372/04, *The Queen, su richiesta di Yvonne Watts contro Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*, 16 maggio 2006, che ha rappresentato la base della disciplina sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti (Direttiva 2011/24/UE) e per le riflessioni circa le possibili proiezioni i un diritto sanitario europeo, sui cui, recentemente D. MORANA, *Verso un diritto eurounitario alle cure? La direttiva sull'assistenza transfrontaliera tra obiettivi ambiziosi e debolezze competenziali dell'Unione*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2022, 229.

¹⁴ R. LAWSON, *The Irish abortion cases: European limits to national sovereignty?*, in *European Journal of Health Law*, 1, 1994, 167; T.K. HERVEY, J. MCHALE, *European Union Health Law*, Cambridge, 2015, 92 ss.

¹⁵ Tale decisione ebbe poi un impatto tale sul diritto interno, da costringere l'Irlanda a un referendum costituzionale, secondo il quale la tutela costituzionale del diritto alla vita del nascituro non poteva precludere il diritto ad ottenere informazioni sui servizi legalmente accessibili all'estero. In aggiunta, proprio in esito a questa vicenda, la Repubblica d'Irlanda chiese ed ottenne l'inserimento di una clausola aggiuntiva al trattato di Maastricht, specificamente volta a salvaguardare l'interpretazione e applicazione dell'articolo 40.3.3° della Costituzione nazionale. In argomento cfr. R. FLETCHER, *National crisis, supranational opportunity: the Irish construction of abortion as a European service*, in *Reproductive Health Matters*, 8, 2000, 35 e più recentemente L. BUSATTA C.M. REALE, *The Celtic Tiger al referendum: l'Irlanda verso una nuova stagione di tutela costituzionale dei diritti?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2018, 1233.

Roe v. Wade inauguri una vera e propria saga volta a minare l'intero sistema dei diritti collegati all'interruzione di gravidanza e alla libertà riproduttiva. Fra questi, in particolare, si ponga mente alla possibilità di ottenere l'aborto all'estero (i.e. fuori dagli USA) oppure in uno degli stati più *liberal*, in cui esso sia regolato in modo più permissivo rispetto al proprio stato d'origine¹⁶. Va da sé che il diritto delle donne a ottenere informazioni e il corrispondente diritto a far circolare le informazioni sui servizi accessibili altrove rappresenta un presupposto necessario di questa dimensione della circolazione ed è altrettanto evidente come, nel diritto statunitense, tali questioni assumano rilevanti ed interessanti sfumature costituzionalistiche, tali da spingersi sino a riflessioni sulla forma di stato federale e sulla sua tenuta¹⁷.

In questo quadro, non deve quindi sorprendere che, scavando un poco nella giurisprudenza della Corte Suprema emergano un paio di casi che potremmo ritenere in qualche misura assimilabili agli *abortion information cases* europei sopra richiamati e che, non casualmente, sono stati decisi, l'uno, quasi a ridosso della sentenza *Roe v. Wade* e, l'altro, nel 2018, non appena il cambio di maggioranza alla Corte Suprema, sotto la presidenza Trump, si era compiuto¹⁸.

Ancora una volta, l'aborto si dimostra, non solo in Italia o all'interno del continente europeo, una tematica avente una portata tale da fungere da vero e proprio paradigma per la definizione di una serie di diritti e di posizioni giuridiche assai rilevanti e che vanno ben oltre il rapporto tra il corpo della donna e lo statuto giuridico e ontologico dell'embrione. Nella sentenza *Bigelow v. Virginia*¹⁹, nel 1975, per la prima volta la Corte Suprema riconobbe che le comunicazioni di carattere commerciale aventi ad oggetto servizi abortivi incontrano la tutela prevista dal Primo Emendamento della Costituzione statunitense.

In particolare, una legge dello stato della Virginia vietava a chiunque di promuovere l'aborto attraverso pubblicazioni, conferenze o pubblicità. Bigelow, direttore del Virginia Weekly, viene imputato per questo reato quando il suo periodico pubblica l'annuncio di un'organizzazione che indirizzava le donne a cliniche abortive in altri stati. La Corte, con una maggioranza di sette a due, riconobbe una violazione del Primo Emendamento: il fatto che le informazioni fossero veicolate attraverso una for-

¹⁶ Circa tali profili, vi sono già alcuni contributi nella dottrina statunitense che riflettono sia sulle implicazioni giuridiche dell'accesso all'aborto all'estero, sia sull'eventuali implicazioni di un c.d. *interstate abortion* e sulla possibilità, a livello giuridico, di valorizzare a tal fine la *commerce clause*. Cfr. ad esempio, I.G. COHEN, M. MURRAY, L.O. GOSTIN, *The End of Roe v Wade and New Legal Frontiers on the Constitutional Right to Abortion*, in *JAMA*, 328, 2022, 325; D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *Rethinking Strategy After Dobbs*, in *Stanford Law Review Online*, 75, 2022, 1.

¹⁷ La questione è tanto rilevante che vi sono già numerosi contributi a riguardo nella dottrina giuridica statunitense. Vedasi, ad esempio, J. VILLASENOR, *The First Amendment and Online Access to Information About Abortion: The Constitutional and Technological Problems with Censorship*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 20, 2022, 87 ss.; K. FLOREY, *Dobbs and the Civil Dimension of Extraterritorial Abortion Regulation*, 26 luglio 2022, in corso di pubblicazione in *New York University Law Review*, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4172494>, oppure <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4172494>; T. DAY, D. WEATHERBY, *The Dobbs Effect: Abortion Rights in the Rear-View Mirror and the Civil Rights Crisis that Lies Ahead*, in *William & Mary Law Review Online*, 64, 2022, 1; T.J. MOLONY, *Inconvenient Federalism: The Pandemic, Abortion Rights, and the Commerce Clause*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 20, 2022, 487.

¹⁸ Cfr. a tale proposito, R. TONIATTI, *President Trump's Political Agenda Vis-à-Vis the Supreme Court*, in G.F. FERRARI (ed.), *The American Presidency under Trump*, The Hague, 2000, 65 ss.

¹⁹ US Supreme Court, *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809, 811 (1975).

ma di pubblicità commerciale a pagamento e riflettessero gli interessi degli inserzionisti, infatti, non faceva venir meno le tutele costituzionali richiamate e, in particolare, la libertà di espressione. Per quanto qui maggiormente d'interesse, nell'opinione di maggioranza, redatta dal giudice Blackmun, uno stato non può detenere il potere di controllare le decisioni interne di un altro stato solamente perché queste potrebbero riguardare anche la salute e il benessere dei propri cittadini. Uno stato può certamente permettere la divulgazione di informazioni per consentire ai propri cittadini di compiere scelte informate, ma non è ad esso consentito, nemmeno nell'esercizio del controllo sull'ordine pubblico interno (vale a dire il c.d. *internal police power*), vietare la disseminazione di informazioni su servizi legalmente accessibili in un altro stato²⁰.

Il punto del pronunciamento che possiamo, senz'altro, considerare centrale ai fini delle riflessioni che stiamo sviluppando in questa sede riguarda la portata e il potenziale delle informazioni che circolavano nell'annuncio pubblicitario vietato: al di là di ogni possibile dibattito di natura etica o morale sulla natura dell'aborto o sulla diversa regolamentazione che esso ottiene nei diversi stati, la Corte Suprema si limitava a osservare come tali nozioni non fossero indirizzate solamente alle persone direttamente interessate a tali servizi. Esse avevano infatti carattere generale, di interesse pubblico, poiché, stante la rilevanza sociale dell'argomento, tali informazioni potevano intercettare l'attenzione di chiunque avesse un «genuino interesse nella materia». I limiti alla libertà di informare imposti dal divieto impugnato possono, dunque, pregiudicare il «mercato delle idee» oltre che quello dei beni e sono quindi legittimi solo in presenza di «compelling state interests»²¹.

Questa pronuncia dimostra quanto, oltre ogni considerazione circa la divisività della questione relativa alla regolamentazione dell'aborto, sia necessario tutelare la libertà del flusso delle informazioni, consentendo, nello spazio di un'economia liberale come quella statunitense, una corretta circolazione di informazioni veritiere, anche su servizi commerciali legali e disponibili in altri stati²².

Come già si accennava, è in tempi più recenti che il diritto a un'informazione veritiera avente ad oggetto i servizi abortivi ha iniziato a vacillare. Nel 2018, con la sentenza *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale una legge californiana che obbligava gli ambulatori e le cliniche che svolgevano servizi collegati alla salute riproduttiva delle donne a informare queste ultime sulla loro effettiva natura medico-professionale o meno²³.

²⁰ Vale la pena di citare esattamente le parole della Corte, per la loro chiarezza e per la vicinanza che, lette a posteriori, esse dimostrano di avere con i due casi europei sopra citati: «A State does not acquire power or supervision over the internal affairs of another State merely because the welfare and health of its own citizens may be affected when they travel to that State. It may seek to disseminate information so as to enable its citizens to make better informed decisions when they leave. But it may not, under the guise of exercising internal police powers, bar a citizen of another State from disseminating information about an activity that is legal in that State» *Bigelow v. Virginia*, cit., 824-825.

²¹ J.P. RUMI, *La Pubblicità Dei Servizi Legali Negli U.S.A.: Il Caso Bates v. State Bar of Arizona*, in *Il Foro Italiano*, 101, 1978, 277.

²² In quest'ottica cfr. anche L.L. LAUDATI, *Gli effetti anticoncorrenziali delle regolazioni. La lezione delle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla protezione della comunicazione commerciale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 1999, p. 386, che valorizza il ruolo che la comunicazione commerciale può svolgere nel funzionamento del sistema di libero mercato, come riconosciuto anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti.

²³ Si tratta del California Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care, and Transparency Act (FACT Act). In particolare la legge imponeva alle cliniche autorizzate (*licensed clinics*) di informare le donne che lo stato della California offre programmi pubblici con accesso a servizi di family planning, incluso l'aborto. La

La vicenda venne impugnata da centri per la salute della donna aventi diversa natura e differente ispirazione, cioè sia *pro-life* che *pro-choice*. Con una sentenza condivisa da una maggioranza di cinque a quattro, la Corte affermò l'incostituzionalità della legge californiana, stabilendo che essa violava la «free speech» protetta dal Primo Emendamento, poiché imponeva (anche alle cliniche autorizzate) uno specifico contenuto informativo²⁴. Rigettando l'idea che tale rigore informativo fosse soggetto ad uno scrutinio debole di costituzionalità, avendo ad oggetto informazioni di natura professionale, nell'opinione della Corte si legge che proprio tale caratteristica delle informazioni richiede uno stretto vaglio di legittimità, poiché impone vincoli contenutistici alle comunicazioni da fornire agli utenti potrebbe collidere con il "libero mercato delle idee".

Con specifico riguardo agli obblighi informativi per le cliniche non autorizzate, fra i quali i *pregnancy crisis centers*, la Corte affermò che gli oneri informativi previsti dalla legge californiana, che imponevano di informare le donne dell'esistenza di servizi per la salute riproduttiva che praticano anche le interruzioni di gravidanza, erano sproporzionati: in altre parole, i centri *pro-life* non possono essere obbligati a informare dell'esistenza di centri (pubblici) ove si effettua l'aborto, poiché è proprio tale pratica alla quale questi centri si oppongono²⁵.

L'effetto raggiunto da tale pronunciamento è doppiamente criticabile, in termini di tutela del diritto all'informazione e dal punto di vista della configurabilità del dovere (professionale) di fornire informazioni complete e veritiere. Da un lato, infatti, stabilendo che la legge impugnata impone un determinato contenuto alle informazioni da fornire, in violazione del principio costituzionale sulla *free speech*, la sentenza nega che vi sia una tutela costituzionale per gli obblighi informativi sulle pratiche medico-sanitarie aventi natura ideologicamente neutrale e che, dunque, non incontri la copertura del Primo Emendamento il dovere di informare correttamente le utenti dei servizi per la salute riproduttiva. Dall'altro lato, con riguardo alla posizione delle cliniche non autorizzate, viene enucleata un'eccezione di natura ideologica per le informazioni sui servizi sanitari disponibili²⁶.

Il quadro che se ne può ricavare, in attesa che altre decisioni della Corte Suprema, sulla scorta dei principi stabiliti nella sentenza *Dobbs*, possano ulteriormente incidere sul diritto a ricevere informazioni sui servizi abortivi e sul corrispettivo dovere di fornire informazioni veritiere, sicuramente valorizza molto l'estensione della libertà costituzionale di parola e di manifestazione del pensiero. In questo quadro, tuttavia, la recente scelta di spingersi sino a ritenere illegittimo un vincolo legislativo alle informazioni aventi un oggettivo contenuto di natura medico-professionale appare però rischiosa, non solo nel circoscritto ambito dell'accesso ai servizi abortivi, ma nel più ampio settore della medicina e delle pratiche sanitarie, nel quale la recente esperienza pandemica insegna che la mancanza di

legge obbligava altresì le cliniche non autorizzate (*unlicensed clinics*) di informare le donne della loro natura non medico-professionale.

²⁴ Giova evidenziare come l'opinione di maggioranza sia stata redatta dal giudice Clarence Thomas, noto per le proprie posizioni assai conservatrici e autore della *concurring opinion* della sentenza *Dobbs*, nella quale mette in discussione ogni precedente decisione della Corte Suprema fondata sulla *substantial due process clause*.

²⁵ S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, cit., 272-273.

²⁶ In questi termini cfr. B.R. CLARK, *Commentary on National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, 1 dicembre 2020, in *Loyola Law School*, Los Angeles Legal Studies Research Paper No. 2020-32, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3742453>.

un controllo pubblico sulla proliferazione di informazioni ideologiche o false può comportare seri e gravi rischi per la salute non solo individuale, ma anche collettiva.

3. Al di là dello schieramento: correttezza e scientificità delle informazioni quali garanzie del pluralismo

Quanto sinora rilevato è funzionale a riflettere circa l'estensione della libertà di manifestazione del pensiero con riguardo all'aborto nel nostro ordinamento. Il dato di partenza, che connota in maniera specifica la natura dei diritti collegati alla sfera dell'informazione e della comunicazione nel campo dell'aborto, è rappresentato dalla regolazione giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza nel nostro ordinamento. Il taglio pluralista dell'intero impianto della legge n. 194 del 1978 e la sua particolare tenuta costituzionale, che le ha consentito di superare sempre indenne il vaglio di legittimità da parte della Corte costituzionale, dalla quale è stata definita efficacemente come «legge a contenuto costituzionalmente vincolato»²⁷, ci permettono di delineare i termini di estensione della libertà di informazione collegata a tale disciplina.

Anzi tutto, come abbiamo già avuto modo di osservare, il fatto che la legge collochi l'interruzione volontaria di gravidanza nell'alveo dei trattamenti sanitari garantiti dalle strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale e rientranti nei livelli essenziali delle prestazioni, fa sì che ampia parte delle questioni relative al diritto all'informazione, che abbiamo sopra distinto secondo le tre direttrici della posizione attiva o passiva (dare e ricevere informazioni), della dimensione positiva o negativa (essere informato o rifiutare le informazioni) e, infine, del dovere di informare e della libertà di fornire informazioni assumano le peculiari declinazioni attinenti alla natura delle informazioni di carattere sanitario. Da questo punto di vista, dunque, la giurisprudenza europea rimane un punto di riferimento quanto alla possibilità di far circolare liberamente anche in Italia informazioni sui servizi abortivi accessibili all'estero. Tal genere di informazioni potrebbe, ad esempio, essere rilevante per la donna che volesse interrompere la propria gravidanza oltre il novantesimo giorno, pur non soddisfacendo i requisiti del grave pericolo per la sua vita o della presenza di processi patologici del feto che determinino un grave pericolo per la salute della donna²⁸. L'accesso a tali informazioni le permetterebbe, infatti, di intercettare i servizi adeguati, sicuri e legittimi disponibili in un altro Stato membro, senza correre ulteriori rischi per la propria salute, magari rivolgendosi a pratiche clandestine.

Come si è già avuto modo di accennare sopra, inoltre, trattandosi di un trattamento sanitario, ai medici che incontrano la donna si applicano i doveri informativi oggi sanciti anche dalla legge n. 219 del 2017, sulla relazione di cura, quali presupposti necessari per l'ottenimento del consenso informato. D'altro canto, proprio in linea con quanto previsto dalla citata disciplina, alla donna, che pur acconsente al trattamento, è anche riconosciuto un diritto di rifiutare in tutto o in parte le informazioni, affidandosi ai curanti. Con specifico riguardo all'interruzione di gravidanza, tuttavia, le particolari procedure previste dalla legge n. 194/1978 e, in special modo, i contenuti del colloquio tra la donna e il

²⁷ Corte cost., sent n. 35/1997.

²⁸ Secondo le procedure previste dagli artt. 4 e 6 della legge n. 194/1978. Sulle peculiarità del c.d. aborto terapeutico, ossia oltre il novantesimo giorno, v. recentemente M.P. IADICICCO, *L'aborto terapeutico. Un tema a minore densità problematica?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1.

medico del consultorio (o di sua fiducia) al momento della richiesta di accesso all'interruzione di gravidanza paiono lasciare un margine più ristretto al diritto a rifiutare le informazioni. Da questo punto di vista, però, preme evidenziare come l'inciso «nel rispetto della dignità» della donna, ripetuto ben due volte nel testo dell'articolo 5 della legge, che descrive i contenuti e le modalità del colloquio, lascia intendere che stia nello spazio della costruzione della comunicazione tra la donna e il medico trovare le modalità adeguate a rispettare un eventuale rifiuto di alcuni profili informativi che possano ferire o toccare la dignità della donna²⁹.

Venendo, infine, ai margini di estensione della libertà di informazione e alla questione circa l'esistenza di un eventuale dovere di fornire informazioni veritiere e non fallaci, una recente vicenda può fornire alcuni elementi utili all'indagine.

Nel dicembre 2020, in numerose città italiane sono comparsi manifesti pubblicitari diffusi dall'associazione ProVita e Famiglia Onlus, che raffiguravano, con una chiara allusione alla fiaba di Biancaneve, una giovane donna distesa a terra e priva di sensi, che tiene in mano una mela rossa adentata. Sul manifesto si leggeva il seguente messaggio: «Prederesti mai del veleno? Stop alla pillola abortiva RU486: mette a rischio la salute e la via della donna e uccide il figlio nel grembo». Senza riportare le numerose notizie comparse, in quei giorni, sui quotidiani a diffusione nazionale e locale, ben si può intuire il vasto dibattito sollevato da tali manifesti, che ha portato alcune amministrazioni comunali a vietare tali affissioni e a farle rimuovere³⁰.

Con provvedimento del 15/12/2020, il Comune di Rimini vietava l'affissione di tali manifesti e disponeva la rimozione di quelli già diffusi. Il ricorso presentato avverso tale provvedimento è stato rigettato dal Tar Emilia-Romagna, con sentenza del 26 ottobre 2022³¹. Le questioni affrontate nella sentenza del giudice amministrativo consentono, nella prospettiva d'indagine sinora adottata, di aggiungere alcuni significativi elementi a completamento delle riflessioni circa l'estensione della libertà di manifestazione del pensiero quando essa abbia ad oggetto l'aborto. In particolare, come ora si vedrà, il punto sul quale insiste il Tar non riguarda tanto il carattere ideologico delle comunicazioni trasmesse attraverso il manifesto proibito, quanto piuttosto il loro contenuto non veritiero.

Nel proprio ricorso, l'associazione lamentava la violazione degli articoli 21, 2, 3 e 19 della Costituzione, nonché degli articoli 9, 10 e 18 della Cedu. In aggiunta, sosteneva che la Giunta comunale non fosse l'organo competente ad adottare il provvedimento impugnato e che fossero state violate anche le norme di legge e regolamentari concernenti le pubbliche affissioni e la pubblicità ingannevole³².

²⁹ Circa questi profili sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *L'interruzione volontaria di gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-18.

³⁰ La vicenda è riportata abbondantemente dalla stampa. Per alcuni riferimenti più specifici ai divieti delle amministrazioni comunali cfr. A. CIRELLI, *La libertà di espressione vale anche per Pro Vita?*, in *Nessun Dogma*, 2, 2021, disponibile online all'indirizzo: <https://blog.uaar.it/2021/02/16/liberta-espressione-vale-anche-per-pro-vita/>.

³¹ Tar Emilia-Romagna, sez. II, sent. n. 845/2022.

³² Le norme che vengono in rilievo, a ben vedere, non sono poche. Anzi tutto, nel ricorso vengono richiamati gli articoli 18 e ss. del Codice del consumo (d.lgs. n. 229/2003), come modificati dai decreti legislativi 145 e 146 del 2007, sul divieto di pubblicità ingannevole. Nel ricorso viene richiamato il d.lgs. n. 507/1993, sulle pubbliche affissioni (peraltro, in gran parte abrogato al momento della controversia e non ripreso nelle motivazioni della sentenza), nonché Regolamento comunale per la disciplina degli impianti di pubblicità e propaganda e degli altri mezzi pubblicitari sulle strade e sulle aree pubbliche e di uso pubblico.

Più nello specifico, l'associazione ProVita sosteneva che il proprio manifesto non costituisse una pubblicità commerciale e che, pertanto, ad esso non si applicassero i limiti previsti dal Codice del Consumo in riferimento al divieto di pubblicità ingannevole. Nei contenuti, il manifesto incontrerebbe – a loro dire – la copertura dell'articolo 21 Cost., in quanto espressione della «visione culturale prolife»³³.

Due sono i profili di interesse delle motivazioni del giudice amministrativo, nel rigettare il ricorso ed esse attengono, da un lato, alla ragione dell'individuazione della competenza in capo alla Giunta ad adottare il provvedimento impugnato e, dall'altro lato, come si è già avuto modo di anticipare, alla natura delle informazioni contenute nella cartellonistica.

Quanto al primo aspetto – preme evidenziarlo poiché il principio potrebbe trovare applicazione in altre controversie simili – il Tar afferma che in base all'art. 48 del Testo unico degli Enti Locali, la Giunta ha correttamente adottato il provvedimento impugnato, trattandosi di una questione peculiare e ben più ampia portata rispetto agli ordinari controlli (aventi prevalentemente natura formale) che l'amministrazione comunale deve svolgere sulle pubbliche affissioni. In questo contesto, infatti, al diniego opposto dal Comune di Rimini viene riconosciuto un carattere straordinario, «costituente la presa di posizione della civica amministrazione di Rimini». È oggettivo, secondo il Tar, che l'atto travalichi l'ordinaria competenza concernente il controllo sulle affissioni; viene tuttavia evidenziato che nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali, il Comune detiene un generale potere di natura autorizzatoria per «controllare l'oggetto di ogni servizio», sia per la corretta fruizione del servizio stesso sia per gli effetti che esso ha sulla cittadinanza. Ne deriva, dunque, che un provvedimento correttamente e compiutamente motivato come quello *de quo* non è illegittimo per incompetenza³⁴.

Il punto è interessante poiché, riconoscendo in capo alla Giunta un generale potere di verifica sull'effettivo utilizzo dei servizi pubblici gestiti dal Comune, anche in termini di corretta fruizione degli stessi e di tutela della collettiva, il giudice amministrativo apre alla possibilità che ci possa essere un margine di intervento dell'ente locale qualora i contenuti di alcune comunicazioni pubbliche possano ritenersi offensive. Ciò potrebbe contribuire a individuare una procedura operativa e una maggiore definizione dei limiti contenutistici dei vincoli relativi al divieto di comunicazioni commerciali violente o che offendano le convinzioni morali, civili e religiose, stabilite dal Codice di Autodisciplina della comunicazione commerciale³⁵.

D'altro canto, appare potenzialmente aperto a critiche il riconoscimento di un potere così ampio in capo alla Giunta comunale, organismo non rappresentativo della voce delle minoranze politiche: si

³³ Tar Emilia-Romagna, sez. II, sent. n. 845/2022, p. 3.

³⁴ Bisogna peraltro evidenziare che il Tar Umbria, sez. I, sent. n. 236/2019 ha annullato l'ordinanza n. 39/2018 del Sindaco di Magione (PG) che disponeva la rimozione di manifesti dell'associazione ProVita e Famiglia Onlus, che raffiguravano l'immagine di un feto, con la scritta «Tu eri così a 11 settimane...e ora sei qui perché tua mamma non ti ha abortito». Secondo il giudice amministrativo, l'ordinanza adottata ex artt. 50 e 54 TUEL è viziata da incompetenza, poiché in base alla disciplina del Testo Unico degli Enti Locali, gli atti spettanti al Sindaco sono indicati in maniera tassativa nell'atto normativo e la competenza residuale spetterebbe alla Giunta. Il Regolamento comunale sulle affissioni, peraltro, non attribuisce al Sindaco alcuna competenza ad adottare provvedimenti di rimozione come quello impugnato.

³⁵ Il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale è adottato dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, un'associazione nazionale che opera a tutela di consumatori, imprese e pubblico e che offre un sistema di auto-regolamentazione dell'intero settore pubblicitario.

potrebbe, infatti, pensare che, a seconda dell'orientamento prevalente nel Comune in un dato momento, il margine delle decisioni assunte possa variare sensibilmente, indicando in modo non trascurabile sull'effettiva garanzia del pluralismo che anima la libertà di espressione.

Il secondo – e più importante – profilo di interesse riguarda però il contenuto del manifesto rimosso: il Tar rileva che esso equipara espressamente un farmaco (la pillola abortiva RU486) ad un veleno, dichiarando che esso reca rischi per la salute delle donne. Secondo il giudice amministrativo, il contenuto del manifesto è «oggettivamente non veritiero e suscettibile di condizionare in modo fuorviante e ingannevole» l'impiego di un farmaco approvato dalle competenti autorità nazionali.

La direzione assunta dalla pronuncia è dunque evidente: senza entrare nel merito dell'orientamento ideologico o della particolare sensibilità della tematica dell'aborto nella società italiana, il giudice amministrativo si limita a confermare la necessità che ogni informazione messa a disposizione della generalità della popolazione abbia contenuti veritieri. A maggior ragione, ci si sente di aggiungere, qualora tali informazioni abbiano ad oggetto questioni particolarmente sensibili e delicate sia a livello sociale che dal punto di vista medico e sanitario e siano disciplinate dalla legge.

Ad una analoga soluzione, valorizzando il contenuto del “Regolamento comunale in materia di esposizione della pubblicità e di pubbliche ammissioni”, del Comune di Roma Capitale, era pervenuto anche il Tar Lazio, sede di Roma, nel 2020, con riferimento alla campagna pubblicitaria recante il seguente messaggio: «l'aborto è la prima causa di femminicidio nel mondo»³⁶. In quell'occasione, il giudice amministrativo riconosce – prima – un ampio potere discrezionale in capo all'amministrazione comunale che deve valutare «alla luce del contesto storico di riferimento e nell'ambito dei vari interessi in gioco, anche di rilevanza costituzionale, se il contenuto del messaggio pubblicitario sia, o meno, rispettoso, per quanto qui rileva, “delle libertà individuali” o “dei diritti civili”». Ci si aspetterebbe, a questo punto, uno scrutinio deferente, limitato alla non arbitrarietà, alla non irragionevolezza e alla «plausibilità» (secondo il criterio enunciato dal Tar stesso) della decisione amministrativa gravata, mentre subito dopo il giudice amministrativo si spinge ad apprezzare il merito del contenuto del messaggio vietato dal Comune resistente. Sostiene infatti il Tar: «Un simile messaggio non appare, in effetti, rispettoso della libertà individuale e del diritto di autodeterminazione della donna di abortire che trovano fondamento costituzionale [...]». Il provvedimento viene dunque considerato non illegittimo e il ricorso rigettato³⁷.

Al di là della parziale incoerenza delle motivazioni della sentenza citata, ciò su cui sembra potersi convenire consiste, ancora una volta, nella delicata individuazione dei limiti alla libertà di espressione, in uno spazio pubblico senza contraddittorio, quando tale manifestazione del pensiero di riferisce all'accesso ad una prestazione sanitaria regolata dalla legge. Al netto del fervente dibattito che ancora anima la materia, pare non potersi negare l'esigenza che anche le campagne informative ideologi-

³⁶ Si tratta di TAR Lazio - Roma, sez. II, sent. n. 12394 del 2020.

³⁷ Ai fini di una migliore comprensione della decisione risulta utile richiamare testualmente l'articolo del “Regolamento comunale in materia di esposizione della pubblicità e di pubbliche ammissioni” del Comune di Roma Capitale, utilizzato dal Tar Lazio quale parametro interposto, rispetto all'art. 2, co. 2, del d.lgs. 507/1993, per valutare la legittimità del provvedimento: «È altresì vietata l'esposizione pubblicitaria il cui contenuto sia lesivo del rispetto delle libertà individuali, dei diritti civili e politici, del credo religioso, dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, delle abilità fisiche e psichiche» (art. 12-bis).

camente connotate, pur nella volontà di veicolare immagini o concetti provocatori, rispettino comunque il limite di un contenuto rispondente a verità.

Su questa linea, a completamento dell'analisi relativa ai limiti concernenti la libertà di manifestazione del pensiero all'intersezione con l'aborto o i servizi ad esso collegati, possiamo evidenziare come nel nostro ordinamento, in modo condivisibile, sulle autorità pubbliche gravi l'onere di verificare il contenuto delle informazioni concernenti un trattamento sanitario regolato con legge dello Stato e rientrante nei livelli essenziali delle prestazioni. Tale controllo è finalizzato, naturalmente alla verifica della veridicità delle comunicazioni, anche (e soprattutto) a tutela della salute delle persone che potrebbero fruire di quella prestazione³⁸.

4. A cavallo tra libertà di espressione e libertà di coscienza: alla ricerca di un difficile equilibrio

Più complessi appaiono, invece, i termini del bilanciamento laddove la libertà di espressione intersechi altri interessi costituzionalmente rilevanti, quali la libertà di coscienza e religione e richieda di misurare i termini della comunicazione non solo sul piano dei limiti sinora indagati e della veridicità delle informazioni trasmesse, ma anche nel raffronto tra le diverse posizioni in gioco.

In questo caso, il punto di bilanciamento non può dipendere dal peso attribuibile in astratto ad uno o all'altro diritto, ma richiede di essere necessariamente parametrato rispetto alla questione concreta e al caso specifico. Minime sfumature di significato, infatti, possono mutare in modo rilevante il peso dei fattori da bilanciare.

A questo proposito, la vicenda relativa al manifesto promosso dall'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (di seguito UAAR) e riguardante l'obiezione di coscienza in sanità offre alcuni interessanti spunti di riflessione circa la difficoltà nel tracciare un confine ponderato tra diritti in conflitto, senza imporre ad uno un sacrificio eccessivo³⁹. A differenza del caso relativo al manifesto contro l'aborto farmacologico, nel quale la libertà di coscienza e religione era stata solamente invocata dall'associazione ricorrente, senza essere però considerata giuridicamente rilevante dal Tribunale amministrativo, la campagna di informazione proposta da UAAR offre una prospettiva ulteriore.

Il Comune di Genova aveva, infatti, imposto la modifica dei contenuti del bozzetto di un manifesto pubblicitario che rappresentava una immagine bipartita, che giustapponeva (con differenti gradazioni cromatiche) il busto di un medico (identificato da camice e stetoscopio) e quello di un ministro del culto cristiano (identificato dall'abito talare e dal crocefisso), con la scritta: «Testa o croce? Non affidarti al caso. Chiedi subito al tuo medico se pratica qualsiasi forma di obiezione di coscienza». Secondo l'amministrazione locale, tale manifesto ledeva la libertà di coscienza individuale e i diritti delle

³⁸ Per alcuni spunti relativi alla lotta che, a livello istituzionale, è stata ingaggiata contro le *fake news* durante l'emergenza pandemica, v. B. PONTI, *La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilevi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al COVID-19 sul web e sui social network»*, in *BioLaw Journal*, Special issue 1, 2020, 635.

³⁹ Come ricordato da Corte cost., sent. n. 85/2013, «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri», talché nessun diritto può espandersi illimitatamente sugli altri, sino a divenire «tiranno».

confessioni religiose. D'altro canto, l'UAAR, ricorrendo in giudizio, sosteneva l'inappropriatezza del controllo di merito operato dal Comune e la conseguente lesione della libertà di manifestazione del pensiero.

Il ricorso è stato oggetto, dapprima, di accoglimento (parziale) da parte del Tar Liguria, ma è stato, in secondo grado, rigettato dal Consiglio di Stato⁴⁰. Proprio dal raffronto delle argomentazioni sviluppate nei due gradi di giudizio, possono essere tratte alcune considerazioni in chiave critica sulla difficoltà nella definizione dei confini della libertà di manifestazione del pensiero in questi contesti tanto delicati. Come rilevato dal Tribunale amministrativo regionale, infatti, la vicenda si colloca in un «tessuto assiologico di preminente rilevanza ordinamentale, involgendo l'interazione tra libertà fondamentali e diritti incompressibili della persona, quali la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di autodeterminazione circa la scelta, di rilievo bioetico, di avvalersi della clausola di obiezione di coscienza da parte dei medici». Sebbene nel manifesto oggetto del contendere non fosse espressamente indicato, il riferimento parrebbe essere alla facoltà prevista dall'articolo 9 della legge n. 194/1978 che, come si è già evidenziato, da tempo genera un fitto dibattito⁴¹.

Ad avviso dei giudici liguri, l'accostamento tra esercizio dell'obiezione di coscienza e religione cattolica, proposto attraverso la rappresentazione dell'abito talare con crocifisso, non è tale da ledere la libertà religiosa dei medici obiettori o da generare odio nei confronti della religione cattolica. Essa si limita ad accostare il simbolo religioso «all'orientamento tradizionalmente espresso dalla religione cattolica» sull'IVG e suggerisce la «necessaria ponderazione» nella scelta del medico da parte della donna che si accosti a tale trattamento. In aggiunta al bozzetto del manifesto, la campagna informativa prevedeva ulteriori immagini, con frasi più dettagliate e dai contenuti non veritieri, sulle quali il giudice amministrativo regionale adotta, invece, un approccio severo, confermando il diniego opposto dall'amministrazione comunale⁴².

Di diverso avviso è, invece, il Consiglio di Stato, che conclude per la natura discriminatoria del manifesto pubblicitario vietato dal Comune di Genova, poiché esso «appare offendere indistintamente il sentimento religioso o etico» dei medici che optano per l'obiezione di coscienza, conformemente a quanto previsto dalla legge n. 194/1978. La pronuncia del Consiglio di Stato sembra, in alcuni passaggi, spingersi forse eccessivamente nella valutazione del merito della questione, andando a individua-

⁴⁰ Tar Liguria, sez. II, sent. n. 174/2019; Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 2327/2019.

⁴¹ A dire il vero, il manifesto non sembra fare riferimento solo a questa tipologia di obiezione di coscienza ma, come testualmente riportato a «una qualsiasi forma di obiezione di coscienza». A ben vedere, le uniche forme di obiezione di coscienza espressamente previste dalla legge e, per questo, consentite nel nostro ordinamento, sono quelle disciplinate dal citato articolo 9 della legge n. 194/1978 e dall'analoga previsione inserita nella legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Non vi sono, nel nostro ordinamento, altre forme "consentite" di obiezione di coscienza per un medico.

⁴² Come riportato nelle motivazioni della sentenza, tali opuscoli recavano scritte del seguente tenore: «Gli ospedali sono purtroppo pieni di ginecologi obiettori, spesso assunti e promossi proprio per la loro adesione alla dottrina cattolica. Non sono infrequenti i casi in cui ostacolano l'intenzione di interrompere la gravidanza». Il Tar rileva il carattere discriminatorio di tali affermazioni, sottolineandone altresì la natura diffamatoria.

re una serie di motivazioni a sostegno della propria pronuncia che puntano a dimostrare (probabilmente per eccesso) il carattere discriminatorio della campagna⁴³.

Sebbene, dunque, la pronuncia del Consiglio di Stato, in alcuni passaggi, si spinga un po' troppo oltre nell'esegesi della campagna informativa vietata, un aspetto da evidenziare sta nella scelta di fondare la discriminazione nella contrapposizione manichea tra le due opzioni. Ad avviso del Consiglio di Stato, infatti, la posizione del medico non obiettore e di quello obiettore sono equivalenti per l'ordinamento e non è quindi ammissibile che l'una sia trattata in termini negativi rispetto all'altra. Nelle parole del giudice amministrativo, la campagna «appare offendere indistintamente il sentimento religioso o etico, e in particolare dei medici che optano per la scelta professionale di obiezione di coscienza in tema di interruzione volontaria della gravidanza, pur garantita dalla legge 22 maggio 1978, n. 194, art. 9». Qui, forse, pare potersi scorgere un errore ermeneutico dal quale muovono le argomentazioni: disponibilità ad effettuare la prestazione sanitaria e obiezione di coscienza non dovrebbero essere considerate alla pari, solo perché entrambe previste dalla legge. Fra le due, come è noto, sussiste invece un rapporto di regola (fornire una prestazione sanitaria, all'interno del servizio sanitario pubblico, secondo quanto previsto dalla legge) ed eccezione (sottrarsi al proprio dovere professionali per ragioni di coscienza).

Nelle motivazioni non completamente condivisibili della sentenza, vi è un passaggio su cui, effettivamente, si conviene. La campagna UAAR, dovendo necessariamente semplificare, anche per rendere con efficacia il messaggio che desidera veicolare, finisce per far corrispondere l'obiezione di coscienza alla fede cattolica, cadendo nel medesimo errore (quello maggioritario) che rende criticabile l'impostazione del Consiglio di Stato. A tale proposito, i giudici amministrativi rilevano, infatti, che l'immagine «appare negare autonoma dignità all'obiezione mossa da ragioni non già cristiane ma semplicemente etiche ovvero di altra fede religiosa». Il manifesto colpirebbe, dunque, la dimensione religiosa e le convinzioni etiche individuali dei medici obiettori poiché «la pur legittima critica» a tale scelta professionale supera i limiti della continenza, spingendosi sino a valutazioni «lesive dell'altrui dignità morale e professionale». Sebbene il motivo esposto, come si è detto, sia condivisibile, non tanto poiché non tiene conto delle altre ragioni che possono determinare l'obiezione di coscienza, quanto piuttosto perché non considera che tra le fila dei (numericamente inferiori) medici non obiettori vi possano essere anche medici convintamente cattolici, la cui fede o sensibilità potrebbe essere ferita o urtata dal manifesto in questione. Rimane aperta la questione se tale argomento possa dirsi sufficiente per limitare la libertà di espressione e considerare legittimo il divieto d'affissione stabilito dal Comune.

Come si è già avuto modo di rilevare, quando trattasi di pubbliche affissioni, l'esigenza che l'informazione veicolata sia veritiera è dovuta – nei casi sinora menzionati – non solo al fatto che l'interruzione di gravidanza è una prestazione sanitaria disciplinata dalla legge, ma anche (inevitabilmente) alla natura “non dinamica” delle critiche espresse nel manifesto. Con ciò, ci si riferisce al fatto che, pur nell'ambito dello spazio riconoscibile al diritto di critica, l'impossibilità di confutare o reagire a quanto espresso nei manifesti – diversamente da ciò che accadrebbe in occasione di un dibattito

⁴³ Per una lettura critica di questo approccio del giudice amministrativo, v. F. CORTESE, *Laicità e giustizia amministrativa*, in A. CARDONE, M. CROCE (a cura di), *30 anni di laicità dello Stato: fu vera gloria?*, Roma, 2021, in partic. 228-229.



pubblico – impone che tali campagne pubblicitarie non travalichino i contenuti necessari «per il pubblico interesse all’informazione ampia e corretta»⁴⁴.

Il punto per cui la vicenda giurisdizionale (e la parziale divergenza argomentativa tra il Tar Liguria e il Consiglio di Stato) del manifesto dell’UAAR risulta di particolare interesse in questa sede riguarda il difficile temperamento tra una molteplicità di diritti costituzionalmente rilevanti soprattutto laddove si renda necessario porre alcune limitazioni alla libertà di espressione.

In ambiti assiologicamente delicati come quello in esame, in particolare, pare che la regola di giudizio debba restare ancorata al rispetto del pluralismo che rappresenta l’essenza della struttura costituzionale del nostro ordinamento⁴⁵. Da un lato, consentire espressioni discriminatorie o lesive della necessaria tutela spettante alle differenti posizioni morali e valoriali accolte dall’ordinamento (come in questo caso, per mezzo di una legge) comporta un’eccessiva espansione della libertà di espressione del pensiero che travolge indebitamente altri diritti costituzionalmente rilevanti, quali la libertà di coscienza e religione. Dall’altro lato, il tenore delle parole e delle immagini oggetto del contenzioso paiono collocarsi in una zona grigia nella quale non è così oggettivo rilevare un carattere “nettamente” discriminatorio della campagna, sebbene un’eccessiva semplificazione e un’allusione ad “altre” forme di obiezione di coscienza (quelle non previste dalla legge, forse?) sembrano porsi su un delicato crinale tra libera manifestazione del pensiero ed eccesso di critica.

Al fine di garantire il mantenimento del reciproco spazio vitale tra diritti potenzialmente confliggenti, è necessario e inevitabile che la valutazione sia di volta in volta parametrata alle specificità del caso concreto, non essendo possibile limitare la reciproca estensione di tali diritti in astratto.

Si tratta, peraltro, di valutazioni che si sottraggono pure ad una tenuta nel tempo, poiché seguono il mutamento della sensibilità valoriale che caratterizza la naturale evoluzione della struttura assiologica di ogni corpo sociale composito e pluralista. È pertanto inevitabile che, in queste dinamiche che possono assumere talvolta tratti oppositivi, resti centrale il ruolo della giurisprudenza, che deve però mantenersi immune da condizionamenti ideologici, puntando invece a tutelare e proteggere pienamente il pluralismo di cui si nutre il tessuto costituzionale.

5. Per non tradire la libertà d’espressione: i rischi delle derive dell’estremismo ideologico

L’estensione della libertà di manifestazione del pensiero, quando ha ad oggetto la tematica dell’aborto considerata in senso lato, è potenzialmente molto ampia e tale da intersecare altri diritti costituzionalmente rilevanti. Fra questi, in particolare, i terreni di maggior frizione possono essere individuati all’incrocio con la libertà di riunione e associazione, con l’interesse generale alla diffusione e disponibilità di informazioni veritiere, con i principi che governano la costruzione della relazione di cura e fiducia tra paziente e medico e, non ultimo, con la libertà di coscienza e di religione. Come abbiamo visto, inoltre, diverse declinazioni e sfumature possono essere apprezzate laddove il piano

⁴⁴ I virgolettati si riferiscono a passaggi di Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 2327/2019. Per un commento alla sentenza cfr. C. CONTESSA, *Libertà di espressione, rispetto del sentimento religioso e obiezione di coscienza in materia di aborto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 1008.

⁴⁵ Circa il rapporto tra ordinamento costituzionale e pluralismi, v. A. D’ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 105; C. PICIOCCHI, *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 115.

d'osservazione di sposti dal diritto interno alla dimensione sovranazionale o internazionale, come con gli *abortion information cases* degli anni Novanta, oppure a seconda di come l'oggetto della comunicazione o informazione sia disciplinato da un dato ordinamento giuridico. In altre parole, a seconda che l'aborto sia regolato con legge o sia vietato, può mutare l'estensione della libertà di espressione e, di conseguenza, i limiti che si possono ad essa opporre.

Dal punto di vista della natura della libertà di manifestazione del pensiero, la prospettiva adottata ha consentito di differenziare il diritto in tre piani principali, ascrivibili alla posizione attiva o passiva di chi fornisce o riceve le informazioni sull'aborto, alla volontà positiva o negativa di ricevere o rifiutare le informazioni. Infine, sul piano dei soggetti, si è valorizzata la distinzione tra un dovere di fornire informazioni (veritiere) e i corrispettivi limiti alla libertà di informazione.

L'alto potenziale divisivo dell'argomento scelto quale oggetto di indagine, ossia l'aborto, ha permesso di disporre di un ricco materiale a partire dal quale disegnare i contorni di tale libertà, pur nella consapevolezza della relatività spazio-temporale di ogni considerazione. Come abbiamo sopra accennato, infatti, la necessaria tutela e promozione del pluralismo in uno stato democratico di diritto e la rapida evoluzione del sentire sociale che, almeno da cinquant'anni accompagna il dibattito sui diritti riproduttivi, impone di ponderare in concreto ogni valutazione e di ricalibrarla in corrispondenza del potenziale mutamento degli assetti valoriali della compagine sociale.

Ciononostante, traendo alcune linee direttrici dalla giurisprudenza esaminata, è possibile riassumere l'estensione della libertà di manifestazione del pensiero riguardo all'aborto distinguendo una prevalente e più estesa dimensione attinente al diritto-dovere di informazione da una riguardante la mera diffusione di contenuti (puranche) ideologicamente orientati. Con riguardo al primo profilo, pare inevitabile constatare che, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, indipendentemente dalla tipologia di regolamentazione dei servizi abortivi in un dato Stato membro, non possano essere opposte restrizioni alla diffusione di informazioni concernenti l'accesso a tali servizi nel territorio dell'Unione europea. Sebbene qualche dubbio possa riguardare i soggetti effettivamente titolati a diffondere queste informazioni, non vi è margine di interpretazione circa il dovere che le informazioni fornite siano veritiere e non discriminatorie.

Per quanto, poi, attiene al più ristretto ambito dell'effettivo accesso ai servizi, è necessario e rientra nei doveri professionali del medico e del personale sanitario informare la donna in modo completo e rispettoso della sua dignità sulla natura del trattamento e su ogni aspetto necessario alla costruzione del consenso informato.

Circa i profili più ideologicamente orientati, abbiamo invece visto quanto divenga delicata la definizione limiti alla libertà d'espressione, laddove i contenuti che si desiderano diffondere siano potenzialmente lesivi della dignità o della sensibilità di alcuni oppure siano offensivi o discriminatori. In questi casi, appare ragionevole il solco che la giurisprudenza amministrativa presa in esame ha recentemente tracciato e che può essere sintetizzato nell'esigenza che, sebbene espressione di una particolare visione culturale o assiologica, i manifesti e gli opuscoli che si vuole diffondere non contengano informazioni false o insinuanti.

Quello che emerge come filo rosso dall'intera trattazione, infine, riguarda la natura «poliedrica» della libertà di espressione⁴⁶ e, in particolar modo, la sua duplice natura di diritto sicuramente individuale (tanto dal lato passivo quanto da quello attivo), ma anche e soprattutto relazionale. Ciò che si intravede, talvolta espressamente, talaltra più in controluce dalle pronunce esaminate attiene, infatti, all'impatto che una data comunicazione o informazione può avere sulla collettività e sulla tutela dell'interesse della generalità a potersi costruire una propria idea indipendente, soprattutto su un tema tanto controverso quanto quello dell'aborto e a ricevere, a tal fine, informazioni veritiere o spunti di riflessione che, pur essendo di parte, rispettino la dignità delle posizioni divergenti.

Se, a fronte di queste considerazioni, possiamo concludere nel senso dell'oggettiva criticità della soluzione raggiunta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Becerra*, proprio per l'obliterazione dell'esigenza di fornire informazioni complete e veritieri alle utenti di un servizio sanitario, dobbiamo constatare l'esigenza che le istituzioni dello Stato si mantengano attente nel vigilare sul rispetto dei vincoli individuati, per «impedire la formazione di posizioni dominanti»⁴⁷ e per promuovere lo sviluppo del «libero mercato delle idee»⁴⁸, tutelando la libertà di espressione quale «pietra angolare dell'ordine democratico»⁴⁹.

⁴⁶ G.E. VIGEVANI, Art. 21, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, cit., 159.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ V. CRISAFULLI, *Problematica della "libertà d'informazione"*, in *Il Politico*, 2, 1964, 297.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 84/1969; 206/2019.

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

*Laura Fabiano**

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

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

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

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

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

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

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

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

Il tema dei diritti riproduttivi, a ragione delle profonde implicazioni morali cui esso è inevitabilmente collegato, costituisce da sempre, nell'esperienza statunitense, un terreno di aspre controversie e di acceso dibattito¹.

Lo scontro sul diritto all'aborto (fra difensori delle politiche *pro choice* e sostenitori delle scelte normative e giurisprudenziali *pro life*) rappresenta solo uno fra i numerosi argomenti collegati al più ampio tema della libertà riproduttiva nell'ambito del quale si possono ricomprendere altre complesse tematiche quali la contraccezione, il diritto all'identità sessuale, l'induzione alla gravidanza attraverso tecniche di assistenza alla fecondazione, l'utero in affitto, la selezione eugenetica degli embrioni, ecc. Si tratta di questioni apparentemente molto diverse fra loro ma tutte collegate da elementi assiologici comuni e, dunque, le scelte che attengono a ciascuna fra queste tematiche finiscono inevitabilmente per condizionare il dibattito sulle opzioni politiche concernenti le altre².

Non sorprende pertanto che la recente decisione *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*³ con la quale la Corte suprema degli Stati Uniti d'America, disconoscendo i precedenti storici in tema di diritto all'aborto nell'esperienza statunitense (*Roe v. Wade*⁴ e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁵), ha sancito l'inesistenza nella Costituzione federale di una qualunque garanzia del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza (e, di conseguenza, la rinnovata possibilità per gli Stati di disciplinare del tutto autonomamente tale ambito), abbia prodotto un'enorme reazione sociale, politica e mediatica non solo per le sue più strette conseguenze (il fatto "nudo e crudo" che in numerosi Stati della Federazione l'accesso all'aborto è oramai vietato e spesso criminalizzato⁶) ma anche per le implicazioni più ampie connesse a tale decisione e collegate all'impatto che la motivazione che correde il disposto della sentenza *Dobbs* potrà produrre su molte altre tematiche etiche sulle quali, nell'esperienza statunitense, si consumano scontri ideologici profondi e violenti⁷.

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

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

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

³ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022).

⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

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

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

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

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

La questione attiene al dibattuto tema dello "statuto del nascituro", argomento che si spinge al di là del riconoscimento di alcuni diritti in capo al concepito subordinati all'"evento nascita"⁸ (momento a partire dal quale è prevalentemente attribuita la capacità giuridica alla persona fisica)⁹. Il tema, difatti, si riferisce, più profondamente, alla concezione dell'essere umano in fase prenatale (embrione o feto a seconda della fase gestazionale) come "qualcuno" piuttosto che "qualcosa"¹⁰ con tutte le conseguenze in termini giuridici che tale presupposto comporta¹¹.

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

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

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

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



Come si vedrà, nell'esperienza statunitense, soprattutto in ambito statale, all'individuo ancora nel grembo materno sono già stati ampiamente riconosciuti dei diritti ed uno *status* di "individualità umana" a prescindere dal verificarsi della nascita superando con ciò la c.d. "*born alive rule*" inizialmente affermata in ambito giurisprudenziale¹². La linea di confine oltre la quale, tuttavia, la giurisprudenza non sembra essersi spinta è quella ove il riconoscimento dell'*unborn human being* quale "persona" si pone in contrapposizione con la tutela dei diritti fondamentali materni. Ciò considerando, risulta evidente la ragione per cui, a fronte di alcune linee argomentative proposte nella sentenza *Dobbs*, il dibattito dottrinale, dell'opinione pubblica e finanche giurisprudenziale sul tema sia stato sollecitato con nuovo vigore.

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

Come noto, il caso *Dobbs* concerneva la legittimità del *Mississippi's Gestational Age Act*¹³, un atto normativo in base al quale era posto un divieto statale all'interruzione volontaria della gravidanza dopo 15 settimane dall'inizio della gestazione¹⁴. Ad esito della decisione della Suprema Corte tale normativa è stata considerata legittima e la Corte ha ripudiato gli storici precedenti federali che garantivano il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza nel contesto giuridico statunitense.

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

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

¹³ *House Bill 1510* del 2018.

¹⁴ Salvo in casi di gravi emergenze mediche o di severe condizioni di abnormità del feto.

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

dalla Costituzione federale deve essere profondamente radicato nella storia e nelle tradizioni della Nazione («*deeply rooted in this Nation's history and tradition*») o deve essere considerato implicito nel concetto di “libertà ordinata” («*implicit in the concept of ordered liberty*») che caratterizza l'ordinamento statunitense¹⁶.

In una lunga parte della motivazione il giudice Alito si sofferma pertanto a valutare se l'aborto possa essere considerato un diritto radicato nella storia e nelle tradizioni statunitensi giungendo alla conclusione per cui tale tipo di profondo legame non sussista¹⁷. Successivamente, il redattore della decisione di maggioranza procede a valutare se l'aborto possa essere considerato un diritto implicito nel concetto di “libertà ordinata” che connota l'ordinamento del Paese. L'espressione “*ordered liberty*”, che risale ad uno *standard* elaborato dal giudice Cardozo nella decisione *Palko v. Connecticut*¹⁸, viene utilizzata nella parte della decisione nella quale il giudice Alito si impegna a decostruire il rapporto di connessione fra il diritto alla *privacy* e il diritto all'aborto spostando il piano della motivazione sul tema della corretta interpretazione della portata del diritto alla *privacy* inteso come diritto che garantisce la libera autodeterminazione individuale.

La decisione richiama, dunque, il principio affermato in *Roe* per cui l'aborto è un diritto sotteso alla libera autodeterminazione individuale (garantito dall'*autonomy privacy*) e tuttavia tale diritto, pur delineato in questi ampi termini, non implica, secondo Alito, un'incondizionata libertà individuale in quanto la convivenza sociale necessita che la libertà individuale sia “*ordered*” ovvero limitata in un rapporto di bilanciamento con tutti gli altri diritti ed interessi che l'ordinamento è tenuto a garantire¹⁹. La sentenza evidenzia, in primo luogo, il fatto che la decisione *Roe* si fondi su un'interpretazione del diritto all'autodeterminazione personale che, oltre a non essere condivisa da molti Stati, è troppo ampia (“*too much*”²⁰) giacché, in realtà, implicherebbe la necessità di sdoganare anche molti altri limiti (quali, ad esempio, droga e prostituzione)²¹. Inoltre, l'opinione di maggioranza critica il ragionamento argomentativo di *Roe* in relazione al fatto che nella sentenza del 1973 vengono richiamate numerose decisioni concernenti la libertà di autodeterminazione individuale (*Loving v. Virginia*²², *Turner v. Safley*²³, *Griswold v. Connecticut*²⁴, *Eisenstadt v. Baird*²⁵) ma non si tiene conto che in quei precedenti il diritto reclamato non si bilanciava con alcun interesse contrapposto di pari grado come invece, evidentemente, accade nel caso dell'aborto ove è necessario bilanciare la volontà materna di

¹⁶ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 11-30.

¹⁷ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 11 ss.

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

¹⁹ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 30 ss.

²⁰ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

²¹ Cfr. sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 32.

²² *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

²³ *Turner v. Safley*, 482 US 78 (1987).

²⁴ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

²⁵ *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

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

Tenuto conto di queste considerazioni²⁷ i precedenti *Roe* e *Casey* sono dichiarati *overruled* e la Corte stabilisce che le normative statali che impongono un divieto o una qualunque normazione concernente l’aborto vanno valutate secondo il *rational based standard of review*; giacché l’aborto, infatti non è un diritto costituzionalmente garantito, le normative che lo restringono godono di una “*strong presumption of validity*” e, per essere legittime, devono essere razionali e orientate al perseguimento di un legittimo interesse statale²⁸. Sulla base di tale rinnovato *standard* di valutazione il *Mississippi’s Gestational Age Act* è considerato, dunque, costituzionalmente legittimo.

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

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

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

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

²⁸ Sent. *Dobbs, Opinion of the Court*, 77.

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

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

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

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

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

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

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

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

La decisione *Dobbs* non entra nel merito della valutazione tecnica concernente il momento a partire dal quale il prodotto di un concepimento può essere considerato una vita umana³² e, tuttavia, sembra porre tutte le premesse necessarie perché le normative statali possano essere fondate su tale presupposto con tutte le conseguenze che ciò comporta.

La riflessione collegata al tema dei diritti fetali riecheggia forme argomentative utilizzate in passato dai giudici dissenzienti nelle decisioni che si discostavano dalla maggioranza a favore del diritto all'aborto³³ ed è stata posta dai sostenitori delle politiche antiabortiste sin dai primi momenti susseguenti all'adozione della decisione *Roe v. Wade*.

A partire dalla metà degli anni settanta, ad esempio, si sono susseguiti dei tentativi federali di approvazione di c.d. *Human Life Amendments* finalizzati a ribaltare la decisione del 1973 facendo leva sul riconoscimento costituzionale della vita prenatale³⁴. Tali proposte non hanno mai raggiunto un consenso sufficiente per divenire credibili soprattutto a causa del fatto che coloro che si opponevano a tali emendamenti hanno sempre evidenziato le ricadute di tali disposizioni costituzionali su temati-

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

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

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

che ultronee rispetto all'aborto quali la contraccezione e la procreazione assistita. La medesima dinamica si è del resto verificata in ambito statale³⁵ ove, infatti, anche in Stati tradizionalmente conservatori, gli elettori hanno prevalentemente temuto di votare per emendamenti di tal genere in considerazione delle conseguenze di tali revisioni costituzionali sui temi concernenti la contraccezione e la procreazione assistita³⁶.

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

In diversi altri Stati, ove la strada della revisione costituzionale non è stata tentata (o è esplicitamente fallita), sono invece rinvenibili delle *Personhood provisions* in *Statute* adottati dal legislatore sia nell'ambito della disciplina sull'aborto sia quali più generali dichiarazioni di principio³⁸.

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ *Webster v. Reproductive Health Service*, 492 US 490 (1989).

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

Il caso *Webster* viene deciso alla fine degli anni ottanta e si rivela invece essere una vicenda giurisprudenziale che, complice un parziale rinnovo nella composizione personale della Corte suprema⁴², fa registrare per la prima volta dal 1973 una parziale inversione di tendenza della giurisprudenza della suprema Corte in tema di aborto.

Il caso concerneva una legge del Missouri la quale poneva delle restrizioni alla pratica dell'aborto nelle strutture pubbliche e stabiliva che i medici valutassero la vitalità del feto a partire dalla ventesima settimana. La Corte adotta una decisione che si presenta molto complessa sotto il profilo strutturale e che denota le tensioni che stanno maturando in seno ad essa⁴³. Nel merito, pur non producendo alcun *overruling* del precedente *Roe*⁴⁴, la Corte pone in discussione molti elementi introdotti in quel caso a partire dalla suddivisione in trimestri della gravidanza quale elemento cui ancorare la sussistenza della vitalità del feto⁴⁵ sottolineando, peraltro, l'importanza dell'interesse statale a tale garanzia a prescindere da un concetto di "viability" determinato, nella decisione *Roe*, in modo giudicato eccessivamente rigido⁴⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

gnificativa ove la Corte chiarisce che la proclamazione della sussistenza di un diritto all'aborto, garantito nella penombra del XIV Emendamento (attraverso il diritto alla *privacy*), non implica di per sé un necessario impegno statale alla garanzia di accesso delle donne a tale pratica medica⁴⁶. La Corte è consapevole della portata innovativa che la decisione implica, conducendo, peraltro, a disconoscere molte fra le decisioni adottate nel decennio precedente (In particolare la Corte cita i casi *Colautti v. Franklin*, 439 U. S. 379 (1979), and *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983)), e nondimeno sottolinea apertamente il fatto che la questione cruciale alla base di tale particolare inversione giurisprudenziale è che l'aborto è tema che (pur nell'ambito di una cornice costituzionale che spetta alle Corti, ed in particolare alla Corte suprema, bilanciare) dovrebbe essere definito nell'arena del dibattito e dei processi democratici (Sulla decisione *Webster* cfr. a A.I.L. CAMPBELL, *The Constitution and Abortion*, in *Modern Law Review*, 1990, 238 ss.; A. GRUBB, *The New Law of Abortion: Clarification or Ambiguity?*, in *Criminal Law Review*, 1991, 659 ss.; G. BINION, *Webster v. Reproductive Health Services*, in *Women & Politics*, 11, 2, 1991, 41 ss.; M.E. CHOPKO, *Webster v. Reproductive Health Services: A Path to Constitutional Equilibrium*, in *Campbell Law Review*, 12, 1990, 181 ss.).

⁴⁷ *Webster*, at 491.

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

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

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

Emblematico, nel 2022, è stato il caso *Isaacson v. Brnovich*⁵⁰. La vicenda processuale, sorta dinanzi alla *United States District Court* per il Distretto dell'Arizona, riguardava una legge di modifica della normativa in tema di aborto del medesimo Stato (adottata nel 2021) che sanzionava l'interruzione volontaria della gravidanza qualora decisa per fini attinenti esclusivamente alla salute del feto (finalità che insieme alla selezione della razza e del sesso veniva vietata in quanto considerata a fini eugenetici)⁵¹. La legge impugnata poneva una dichiarazione iniziale di principio in base alla quale «*The Laws of this State shall be interpreted and construed to acknowledge, on behalf of an unborn child at every stage of development, all rights, privileges and immunities available to other persons, citizens and residents of this State, Subject only to the Constitution of the United States and Decisional interpretations thereof by the United States Supreme Court*»⁵². La detta normativa era stata impugnata nell'agosto del 2021⁵³ e le richieste dei querelanti erano state accolte, con la concessione di una *preliminary injunction*, il 28 settembre 2022, da parte della Corte distrettuale la quale aveva considerato vaga la normativa sul divieto di aborto collegato alle condizioni fetali (e pertanto in violazione del XIV Emendamento)⁵⁴. La medesima Corte distrettuale aveva ritenuto di non doversi pronunciare sulla *Personhood provision* richiamandosi al caso *Webster v. Reproductive health service*.

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

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

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

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

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

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



Il 25 giugno 2022, il giorno dopo la pubblicazione della sentenza *Dobbs*, la decisione di concessione della *preliminary injunction* era stata a propria volta impugnata chiedendone la sospensione ed il 30 giugno 2022 la Corte suprema aveva dunque annullato la decisione della Corte distrettuale e rinviato il caso al Nono Circuito con l'istruzione di considerare se l'adozione della decisione *Dobbs* potesse incidere sul medesimo. La Corte distrettuale si è pronunciata infine concedendo una nuova *preliminary injunction* (confermando, dunque, quanto già stabilito il 28 settembre del 2021) fondata nuovamente sulla vaghezza della *Personhood provision* sancita nella legge impugnata⁵⁵.

L'adozione della sentenza *Dobbs* è all'origine di un'ulteriore vicenda giurisprudenziale che ha visto il tentativo di impegnare la stessa Corte suprema in una pronuncia in tema di *personhood provision*: a maggio del 2022 la Corte suprema del Rhode Island si era difatti pronunciata in un ricorso avanzato dai (futuri) genitori di alcuni bambini che al momento dell'impugnazione erano allo stato fetale. La Corte statale aveva negato lo *standing* in capo ad individui non ancora nati ed aveva respinto conseguentemente la possibilità per i futuri genitori di ricorrere in giudizio a tutela dei diritti dei nascituri⁵⁶. A seguito della decisione *Dobbs* i ricorrenti hanno dunque tentato di contestare il detto diniego chiedendo alla Corte suprema federale se tale sentenza potesse fondare una revisione della decisione della suprema Corte statale⁵⁷. L'11 ottobre 2022 la Corte suprema federale ha tuttavia deciso di non pronunciarsi nel merito del ricorso.

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

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

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

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

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

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

no in attesa di innescarsi appena fossero stati ripudiati i precedenti giurisprudenziali che garantivano il diritto all'aborto⁵⁸; è da osservare, tuttavia, come il fermento innescato dalla pubblicazione della sentenza *Dobbs* non si esaurisca in tale circostanza considerando che alcune delle normative recentemente entrate in vigore, nel riconoscere dignità individuale prenatale, si sono spinte oltre il divieto all'aborto legiferando su tematiche connesse al tema della personalità fetale. Significativa in tal senso risulta la normativa entrata in vigore a luglio 2022 nello Stato della Georgia la quale, giustificando il divieto all'interruzione della gravidanza sulla base del riconoscimento della *fetal personhood*, fa conseguire a tale affermazione la deducibilità tributaria del nascituro dichiarato fiscalmente a carico dei genitori ancor prima di nascere⁵⁹.

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

Nella motivazione al caso *Dobbs* la Corte dissocia esplicitamente la necessità statale di tutelare l'interesse pubblico a proteggere la vita dell'*unborn human being* che la donna porta in grembo⁶⁰ dal concetto di *viability* (ovvero la capacità del feto di sopravvivere al di fuori dell'utero materno) introdotto nei precedenti giurisprudenziali in tema di diritto all'aborto.

I sostenitori delle politiche *pro-life*, nel corso degli anni, hanno fatto leva proprio sul concetto di *viability* per contestare la legittimità del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza⁶¹. Da una parte, essi hanno rilevato come tale concetto non dovrebbe essere considerato in termini statici essendo soggetto all'evoluzione scientifica (e della tecnologia medica) oltre che al grado di assistenza a disposizione di una donna al momento di un parto⁶². Sulla scorta di tali osservazioni è stato dunque sostenuto che, anche a voler ancorare l'emergere di un interesse statale alla tutela della vita fetale solo a

⁵⁸ Cfr. sul punto. L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve*, cit.

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

⁶⁰ Cfr. nota 46.

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

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

partire da tale ipotetico momento, esso non può essere fissato una volta e per sempre ad un certo stadio della gravidanza ma necessita di continua riconsiderazione tecnica⁶³.

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

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

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

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

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

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



Nel 1946, nella decisione *Bonbrest v. Kots*⁶⁷, la Corte distrettuale per il Distretto di Columbia supera in parte il precedente *Dietrich* stabilendo che, se un bambino nasce vivo e vitale, possono essere contestati in suo favore i danni subiti a seguito di un evento accaduto quando era ancora nell'utero materno⁶⁸. Successivamente, nella discussione di casi simili, alcune giurisdizioni si sono spinte in affermazioni significative riguardanti il momento a partire dal quale il prodotto di un concepimento potrebbe essere considerato legalmente un'individualità: nel 1953, ad esempio, nella decisione *Kelly v. Gregory*⁶⁹, l'*Appellate Division of the Supreme Court of New York*, si spinse ad affermare che un embrione fosse un soggetto individualmente autonomo dalla madre sin dal momento del concepimento⁷⁰ così come, nel 1955, in *Porter v. Lassiter*⁷¹, la Corte d'Appello della Georgia stabilì che un feto potesse essere considerato un individuo autonomamente inteso (di cui contestare, in sede processuale, il decesso) a partire dal momento in cui fosse vitale nel grembo materno (ovvero dal momento in cui avevano inizio i movimenti intrauterini).

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

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

In 38 Stati della Federazione, ad esempio, sono vigenti normative che disciplinano il feticidio alla stregua dell'omicidio (e non del procurato aborto) e pongono delle specifiche sanzioni penali per atti che hanno provocato danni o lesioni ad un feto, autonomamente inteso, rispetto ai danni riconoscibili alla madre⁷².

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

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

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

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

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

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

⁷¹ *Porter v. Lassiter*, 91 Ga. App. 712 (1955).

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

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

È evidente che normative come queste sposano apertamente l'idea che l'*unborn child* sia una vita concretamente intesa (e non solo potenziale) considerando, peraltro, che sarebbe una incongruità concettuale disporre una responsabilità per morte di un soggetto che non si considera vivo⁷³. È da segnalare come tutte le citate normative, fintanto che sussisteva (prima del caso *Dobbs*) la garanzia federale del diritto all'aborto, contenevano una clausola di chiusura che escludeva la responsabilità degli operatori sanitari che effettuavano un aborto su consenso della madre nei termini di legge.

La problematica convivenza fra normative di tal genere e la disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza è stata oggetto di valutazione giurisprudenziale in sentenze statali le quali hanno cercato di distinguere le due circostanze: nella decisione *State v. Merrill*⁷⁴, ad esempio, la Corte suprema del Minnesota si è pronunciata in tema di *equal protection* sull'*Unborn Child Homicide Statute* dello Stato sancendo la differenza intercorrente fra quanto sanzionato nella detta normativa e la pratica abortiva. La vicenda processuale riguardava un uomo (Merrill) condannato sulla base dell'*Unborn Child Homicide Statute* (in quanto aveva provocato la morte di un nascituro sparando alla madre in fase di gestazione avanzata) che contestava la differenza di previsione da applicarsi nei suoi confronti ed i diritti della stessa madre la quale, in caso di aborto, non sarebbe stata perseguita. La difesa del ricorrente era incentrata specificatamente su quanto stabilito nel 1973 nella decisione *Roe* ovvero che un feto (soprattutto nella fase precedente alla *viability*) non potesse considerarsi un essere umano. La Corte, tuttavia, non accolse le contestazioni della difesa fondandosi espressamente sul precedente *Roe* ed evidenziando come tale giurisprudenza, finalizzata a garantire i diritti di autodeterminazione della donna, rendesse legittima (entro determinati limiti) la scelta abortiva di una madre ed illegittima la privazione della vita ad un *Unborn Child* da parte di chiunque altro⁷⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁷ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

vita della stessa) ed in secondo luogo perché il divieto generalizzato della detta pratica risultava troppo ampio ed in definitiva vago ed indeterminato⁷⁸.

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

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

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

⁷⁹ Pag. 13 *Opinion of the Court*.

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

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

⁸² *Ibidem*, 398.

⁸³ Sulla legittimità del titolo competenziale la Corte, tuttavia, non si pronuncia.

della vitalità, è “un organismo vivente nel grembo materno”⁸⁴ e che il divieto di alcune tecniche abortive particolarmente crudeli oltre che porsi a tutela della “dignità della vita umana”⁸⁵ sono una forma di garanzia nei confronti delle donne che decidono di abortire le quali, se si rendessero conto delle modalità attraverso le quali si giunge a tale obiettivo, probabilmente rinunciavano all’interruzione della gravidanza⁸⁶. Se si considera che redattore della decisione è il giudice Kennedy, il quale è stato fra i giudici di maggioranza per decisioni a salvaguardia del diritto all’interruzione della gravidanza⁸⁷, tale stile argomentativo, contestato come paternalistico dai giudici dissenzienti (in particolare nell’infuocata opinione dissenziente del giudice Ginsburg) evidenzia come il tema dell’aborto (ed il connesso tema della vita fetale e delle conseguenze del suo riconoscimento giuridico), in quanto dotato di numerose sfumature, sia tale da produrre delle significative spaccature nelle valutazioni e nelle argomentazioni dei giudici a seconda della prospettiva dalla quale gli stessi lo valutano. La decisione *Gonzales* in questo senso è emblematica del fatto che, nell’ambito del più ampio tema dei *reproductive rights*, la questione è considerata delicata (e fonte di non pochi dubbi) dagli stessi sostenitori del pensiero libertario⁸⁸ (di cui il giudice Kennedy è senz’altro un significativo esponente)⁸⁹. È evidente come la decisione *Gonzales* sia estremamente significativa nell’evoluzione della giurisprudenza federale su tali tematiche in quanto inaugura, nel discorso argomentativo della suprema Corte federale, quel filone di pensiero per il quale nelle scelte di bilanciamento in tema di aborto e diritti riproduttivi il feto va considerata un’individualità dotata di diritti e dignità. Tale approccio forse ancora *soft*, nei primi anni duemila, ha alimentato indiscutibilmente le speranze dei sostenitori delle politiche *pro-life* e si è posta alla base di successive proposte normative volte a riconoscere dignità umana al feto quali, ad esempio, le leggi con cui alcuni Stati hanno imposto la sepoltura o la cremazione dei feti abortiti (piuttosto che il loro smaltimento fra i rifiuti speciali)⁹⁰.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹¹ *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, 587 U. S. ____ (2019).

nunciata (fra l'altro)⁹² sulla questione della sepoltura dei feti ribaltando una precedente decisione della Corte del Settimo Circuito e stabilendo che la normativa impugnata non potesse essere considerata un *undue burden* che ostacolava le decisione autodeterminativa femminile di abortire. Ciò che è significativo dalla lettura delle due decisioni (tanto quella della Corte di Circuito quanto quella della Corte suprema), è che entrambe fanno riferimento esplicitamente al fatto che lo Stato dell'Indiana, nell'adottare una disposizione sulla sepoltura e la cremazione dei resti fetali, ritenesse di agire a tutela della dignità del feto in quanto "*unborn human being*" e dunque entità non paragonabile ad un qualunque "resto umano" (un tessuto o un organo) né a qualunque altro rifiuto medico speciale⁹³.

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

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

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

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

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

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

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

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

Significativi, fra i casi che hanno visto l'imposizione di pratiche mediche alle donne gravide nell'interesse del feto risultano essere quelli di imposizione del taglio cesareo⁹⁷: in *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Auth.*⁹⁸, la Corte suprema della Georgia ha imposto il taglio cesareo ad una donna gravida che soffriva di placenta previa. Altrettanto è avvenuto nel caso *In re Madyun Fetus*⁹⁹; Un caso emblematico della delicatezza del tema è certamente la "saga" *In re A.C.*¹⁰⁰. Il caso originava dalle tragiche circostanze vissute da una gestante affetta da leucemia nei confronti della quale un ospedale aveva ottenuto (dal Tribunale di primo grado) un ordine ad eseguire un taglio cesareo d'urgenza mentre la paziente era in stato di sostanziale incoscienza. Alla decisione del tribunale si erano opposti i familiari della donna (la quale, quando era cosciente, aveva inizialmente accettato il taglio cesareo ma, in un secondo momento, aveva ritirato il consenso). La Corte di appello per il distretto della Columbia, in una prima decisione, assunta da un collegio ristretto di tre giudici, avallò l'ordine emesso dal Tribunale di primo grado. La pratica medica, tuttavia, non solo non consentì di salvare il nascituro ma aggravò anche le condizioni di salute della donna che morì due giorni dopo l'intervento. La Corte, in quella prima decisione, aveva confermato il provvedimento assunto dal Tribunale di primo grado osservando che le gravi condizioni di salute della madre non potevano che peggiorare, a prescindere dal taglio cesareo, mentre il feto, attraverso l'effettuazione della pratica chirurgica, aveva maggiori aspettative di sopravvivenza¹⁰¹. La vicenda, tuttavia, proseguì dopo la mor-

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

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

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

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

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

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

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

te della donna e il caso venne discusso nuovamente *en banc* dalla Corte d'appello della *District of Columbia* approdando a conclusioni opposte a quelle assunte tre anni prima¹⁰². Difatti, in questa seconda decisione la Corte ritenne che le pratiche mediche invasive richiedono sempre il consenso di chi deve esservi sottoposto e che, anche qualora si dovesse considerare lo stato di una gravida una condizione particolare a causa della presenza del nascituro (cosa di cui il tribunale dubita ma che sceglie sapientemente di non valutare¹⁰³), «i tribunali non obbligano una persona a consentire un'intrusione significativa sulla sua integrità fisica a beneficio della salute di un'altra persona¹⁰⁴[...]. La *common law* si è costantemente attenuta ad una regola che prevede che un essere umano non è obbligato legalmente a prestare aiuto o ad agire per salvare un altro essere umano o per soccorrerlo»¹⁰⁵.

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

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

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

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

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

Altro caso sorto e deciso nella dimensione statale considerato emblematico su tali temi e orientato a favore di una maggiore deferenza nei confronti dei diritti materni rispetto a quelli del nascituro è la decisione *Illinois v. Mother Doe (In re Baby Boy Doe)*¹⁰⁶. In tale vicenda la Corte suprema dell'Illinois ha negato che, in caso di rilevato contrasto fra interessi materni e del nascituro, sia necessario ricorrere ad un'opera di bilanciamento fra diritti materni e diritti fetali ed ha concluso, conseguentemente, che la scelta di una donna di rifiutare un trattamento medico tanto invasivo quale è, ad esempio, un taglio cesareo deve essere rispettata, anche in circostanze in cui la scelta può essere dannosa per il feto¹⁰⁷.

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

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

Nella parte motivazionale di questa decisione, la Corte suprema dell'Illinois ricostruisce l'evoluzione giurisprudenziale che concerne il possibile riconoscimento dei diritti fetali a partire dalla teoria dell'indissolubilità del rapporto fra madre e feto passando per quella giurisprudenza che riconosce un «diritto legale di iniziare la vita con una mente e un corpo sani»¹⁰⁹, rilevando come tale ultima tendenza interpretativa abbia condotto alla giurisprudenza in base alla quale è riconosciuto un diritto di ricorso giurisdizionale nei confronti di terzi per danni occorsi in fase prenatale. La Corte, peraltro, sottolinea chiaramente che tale approdo «è servito ad evidenziare che non è solo la donna incinta che può essere danneggiata dall'atto illecito di un terzo ma anche il feto, le cui ferite si manifestano alla nascita»¹¹⁰. La Corte dell'Illinois, tuttavia, considerata la possibilità che allo stesso modo venga riconosciuta una responsabilità materna nei confronti del diritto del feto a nascere sano nega tale ipotesi in quanto condurrebbe ad alterare il modo in cui la società percepisce le donne e le loro capacità riproduttive¹¹¹ e finirebbe per trasformare madre e nascituro in potenziali avversari legali dal momen-

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

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

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

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

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

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

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

to del concepimento fino alla nascita¹¹². Pur non richiamando esplicitamente il caso *Merrill* la Corte opera un *distinguishing* che sembra riproporre le ragioni argomentative: effettuando una valutazione costi benefici della scelta giurisprudenziale e differenziando fra la responsabilità di un terzo (per danni causati ad un feto) e la responsabilità materna la Corte evidenzia, difatti, come la prima ipotesi risponda all'esigenza di garantire gli interessi materni e del feto senza ingerire nella libertà autodeterminativa di nessuno mentre nell'ipotesi di riconoscimento della responsabilità materna, verrebbe compressa in modo eccessivo la libertà della gestante di autodeterminarsi e di godere della propria libertà¹¹³.

La Corte suprema dell'Illinois, infine, avanza delle riflessioni concernenti il fatto che, qualora si dovesse riconoscere una tale responsabilità materna, sarebbe necessario – tenendo conto delle innumerevoli differenze di condizione (fisica, sociale ed economica) in relazione alla quali le donne portano avanti una gestazione – definire uno *standard* sulla base del quale valutare tale responsabilità¹¹⁴ concludendo che una tale definizione debba essere fatta dal legislatore e non dalle Corti¹¹⁵. Pur se gran parte della decisione sembra porsi criticamente nei confronti della possibilità di normative rischiosamente paternalistiche nei confronti delle gestanti, tali ultime valutazioni conducono a ritenere che la Corte non consideri del tutto illegittimo, di per sé, porre i diritti della gestante e i diritti fetali in rapporto reciprocamente dicotomico e apre (seppur timidamente) alla possibilità che una scelta del genere, e la sua normazione, possa essere appannaggio delle scelte democratiche maggioritarie proprie del legislatore.

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

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

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

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

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

of *Obstetricians Gynecologists*. In quella vicenda giurisprudenziale la Corte ebbe a pronunciarsi su di uno *Statute* della Pennsylvania in base al quale negli aborti eseguiti in fase di *post viability*, consentiti dalla legge statale solo quando fossero necessari per salvare la vita o la salute della donna, il medico era tenuto ad utilizzare la tecnica medica che massimizasse le speranze di nascita del feto. La Suprema Corte, ritenne incostituzionale la norma impugnata, in quanto di fatto imponeva un “compromesso” tra la salute della donna e la sopravvivenza del feto, sottolineando che la salute della gestante dovesse essere considerata di fondamentale importanza e non negoziabile¹¹⁶; Tale decisione, tuttavia, nel suo stile argomentativo risulta strettamente collegata all’impostazione del rapporto fra madre e feto definita in *Roe v Wade* e dunque non è del tutto da escludersi che possa essere rivista alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale innesca dal caso *Dobbs*.

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

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

Tale dibattito, tuttavia, come si risulta evidente dall’analisi proposta, era già oggetto di attenzione dottrinale e giurisprudenziale oramai da molti anni nell’esperienza statunitense¹¹⁸ e, del resto, ha costituito da sempre il “convitato di pietra” nella disputa ideologica fra sostenitori delle politiche *pro-choice* o *pro-life* in tema di aborto¹¹⁹.

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

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

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

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

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

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

concepita la figura femminile nella società¹²⁰ e, soprattutto, la funzione materna (quale incubatore umano che soggiace alle esigenze del concepito)¹²¹.

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

Il percorso statunitense propone, pur con le dovute differenze, dispute concettuali rinvenibili anche nel dibattito dottrinale italiano con riguardo alla concezione dell'individualità umana, ove ad una interpretazione riduzionista (in base alla quale è possibile operare una distinzione concettuale e dunque giuridica fra persona ed essere umano) si è contrapposta un'interpretazione personalista in relazione a cui si postula una sostanziale identità fra persona, essere umano e vita umana¹²².

Anche nell'ordinamento italiano, peraltro, la giurisprudenza, pur spingendosi a riconoscere un'autonomia alla dignità giuridica del nascituro, titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, e quelli alla salute o integrità psico-fisica, all'onore o alla reputazione, all'identità personale¹²³ è rimasta ancorata all'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale in relazione alla quale pur riconoscendosi, con riguardo al concepito, un fondamento costituzionale per la sua tutela (ancorato all'art. 31 secondo comma della Costituzione e più in generale all'art. 2 Cost., che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», fra i quali, «non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito») si approdava con sicurezza alla considerazione in base alla quale, nel raffronto fra le posizioni del feto e della madre «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»¹²⁴.

È noto tuttavia come anche nel contesto italiano il dibattito sui diritti del concepito¹²⁵ sia più che acceso e lungi dal trovare ancora una solida soluzione compromissoria probabilmente anche a causa del fatto che tali tematiche sono soggette, nella loro valutazione, all'evoluzione scientifica e tecnologica che ne modifica i presupposti¹²⁶.

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

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

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

¹²³ Corte di Cassazione, Sentenza n. 10741/2009.

¹²⁴ Corte Costituzionale, Sentenza n. 27/1975.

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

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

Capacità giuridica al concepito e tutela della vita nascente. La proposta di modifica dell'articolo 1 del codice civile italiano nel nuovo scenario globale sull'aborto

Alessandra Pisu*

THE LEGAL CAPACITY OF THE HUMAN BEING CONCEIVED AND PROTECTION OF UNBORN LIFE. THE PROPOSAL TO AMEND ARTICLE 1 OF THE ITALIAN CIVIL CODE IN THE NEW GLOBAL ABORTION FRAMEWORK

ABSTRACT: The essay critically examines the proposed amendment to article 1 of the Italian Civil Code aimed at recognising the legal capacity of the unborn child from the moment of conception.

KEYWORDS: Life protection; abortion; unborn human being; unborn child; legal capacity

ABSTRACT: Il saggio esamina criticamente la proposta di modifica dell'articolo 1 del codice civile italiano volta ad anticipare al momento del concepimento il riconoscimento della capacità giuridica generale.

PAROLE CHIAVE: Concepito; persona; capacità giuridica; tutela della vita nascente; aborto

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento della capacità giuridica al concepito nel disegno di legge AS N. 165/2022. Primi rilievi critici – 2. L'inizio della vita umana e la tutela dell'aspettativa a nascere. Il *nondum natus* non necessita della capacità generale – 3. La matrice ideologica della proposta di modifica dell'art. 1 c.c. nel quadro globale di arretramento della tutela dei diritti riproduttivi della donna.

1. Il riconoscimento della capacità giuridica al concepito nel disegno di legge AS N. 165/2022. Primi rilievi critici

Tra i primissimi atti della XIX legislatura della Repubblica Italiana, il disegno di legge “*Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito*”, del 13 ottobre 2022, prevede l'attribuzione della capacità giuridica fin dal momento del concepimento, subordinando esplicitamente l'acquisto dei soli diritti patrimoniali, che la legge riconosce a favore del concepito, all'evento della nascita¹. In tal modo, nell'intenzione del pro-

* Professoressa associata di Diritto Privato e Biodiritto nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Cagliari. Mail alepisu@unica.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ L'art. 1 c.c. che attualmente prevede «La capacità giuridica si acquista al momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita», sarebbe così riformulato:

ponente, i diritti personali ed *in primis* il diritto alla vita, verrebbero invece «affermati nella loro pienezza, fin dal concepimento»².

Si tratta della pedissequa riproposizione di una risalente proposta di legge d’iniziativa popolare³ ripetuta, finora senza successo, in diverse legislature⁴.

Implicitamente muovendo dalla logica binaria, che tradizionalmente permea il diritto privato, secondo la quale le entità giuridicamente rilevanti si qualificano come “soggetto” ovvero come “oggetto” di diritto⁵ e dall’assunto, insito nella prospettiva codicistica, della sovrapposibilità tra i concetti di capacità giuridica⁶, soggetto di diritto e persona⁷, il d.d.l. mira ad introdurre nel codice civile – e dunque a generalizzare – una regola che troverebbe conferma nel diritto internazionale⁸ e nella disciplina italiana sulla procreazione medicalmente assistita, laddove afferma che la legge «assicura i *diritti di tutti i soggetti* coinvolti, compreso il *concepito*»⁹. L’intervento proposto sul codice viene dapprima definito

«Ogni essere umano ha la capacità giuridica fin dal momento del concepimento. I diritti patrimoniali che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita».

² V. p. 4 della Relazione di accompagnamento al d.d.l. AS N. 162, d’iniziativa del senatore Gasparri, comunicato alla Presidenza il 13 ottobre 2022 e assegnato alla 2^a Commissione permanente (Giustizia), in sede redigente, il 14 novembre 2022.

³ Presentata nel 1995 (XII legislatura) dal Movimento per la vita italiano (atto Camera N. 2922). Per un breve ma incisivo commento, P. ZATTI, *Diritti dell’embrione e capacità giuridica del nato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 107 ss.

⁴ Nella XV legislatura con atto Camera N. 80; nella XVI legislatura con atto Senato N. 1915; e nella XVIII legislatura con atto Senato N. 950.

⁵ Si tratta, per il vero, di una prospettiva semplicistica e inappagante che intrappola chi l’adotta «nel vecchio pregiudizio (che risulta sfatato proprio dalle più penetranti indagini sulla capacità di diritto, e sulla relatività della nozione) che di ogni fatto naturale pensa sia necessaria la reificazione, o, al contrario, la personificazione “umanizzante”, ignorando gli spazi che resistono al dilemma» (sono le parole di P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1988, 794).

⁶ Sulla formula tecnica tradizionalmente utilizzata per configurare la posizione della persona (non solo) fisica nel mondo del diritto, indicando l’idoneità del soggetto ad essere titolare di poteri e doveri giuridici, è d’obbligo almeno il rinvio a P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, voce in *Digesto, disc. priv.*, II, Torino, 1988, 218 ss.; e allo studio di P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, ristampa 2018, spec. 34 ss.

⁷ Ci riferiamo sempre al concetto di persona adottato dal codice civile, dunque a una *factio* tipica del diritto comune che soddisfa esigenze classificatorie. Essa identifica la persona fisica, quale soggetto di diritto, nell’essere umano nato vivo e la vita quale arco di tempo tra la nascita e la morte, fatti a loro volta individuati con la rigidità delle relative definizioni giuridiche. Il processo di revisione critica che ha investito questi temi e le categorie della capacità, della soggettività e della personalità dall’entrata in vigore della Costituzione è approfondito da P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status, Il soggetto*, II, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2017, 73 ss. Sull’evoluzione storica della nozione giuridica di persona, si legga altresì G. LISELLA, F. PARENTE, *Persona fisica*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. dir. civ. del CNN*, Napoli, 2012, 1 ss.; G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, v. 1, *Le persone e la Famiglia*, 2 ed., Milano, 2019, 3 ss. Rimane la distanza, e non può essere altrimenti, con il concetto di persona elaborato dalle scienze morali. In questa diversa prospettiva, v. L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996; e il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell’embrione umano*, del 22 giugno 1996.

⁸ Così si legge nella Relazione di accompagnamento che si rifà alla Convenzione universale sui diritti del fanciullo (1989) laddove, nel preambolo, enuncia il bisogno di una protezione giuridica speciale del fanciullo «sia prima che dopo la nascita».

⁹ Art. 1 l. n. 40/2004, corsivo aggiunto. Sulla disposizione si sono consumati fiumi d’inchiostro, essendo stata salutata come significativa del riconoscimento legislativo della qualità di soggetto di diritto al concepito (v. F.D.

quale mero “chiarimento legislativo” consequenziale a quanto già previsto dalla legge n. 40/2004, laddove – ecco il travisamento della disposizione – «il concepito è qualificato come “soggetto” *al pari* delle altre persone coinvolte, ed è un *soggetto titolare di diritti*»¹⁰. Ma, di lì a poche righe, si enuncia la reale finalità della modifica che rafforzerebbe la posizione del non ancora nato ricavabile dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza e, attribuendogli il diritto alla vita, «condurrebbe ad una applicazione dell'intera legge n. 194 del 1978 più coerente con l'intento di prevenire l'aborto volontario, in qualsiasi forma, legale o clandestino che sia»¹¹.

La proposta sembra ispirarsi alla cd. teoria organica che identifica la capacità giuridica con la soggettività. In quest'ottica, la capacità (qualità astratta e generica attribuita a priori) è indice dell'esistenza o della rilevanza giuridica del soggetto che l'ordinamento riconosce come titolare dei diritti personali, a partire dal diritto alla vita. Si tratta di una prospettiva angusta che ha subito una rilettura alla luce del quadro valoriale enucleabile dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti fondamentali. Esse individuano nell'essere umano un valore di rilevanza primaria, protetto al di là dei nominalismi e delle astrazioni del linguaggio giuridico. Da qui il fenomeno che ha visto il riferimento al soggetto cedere di fronte all'ascesa del riferimento alla persona¹².

Occorre inoltre osservare che da nessun indice positivo di diritto interno come di diritto internazionale si ricava l'attribuzione al concepito della capacità giuridica generale e della “pienezza” di tutela che in tal modo si annuncia di poter assicurare¹³. Né l'innovazione della norma di apertura del codice risulta necessaria al fine di riconoscere un'ovvietà sulla quale tutti convergono, e che trova conferma

BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 533 ss.; ID., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *NGCC*, II, 2010, 185 ss.). Ma l'entusiasmo è stato fin da subito smorzato da chi (G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 99 ss.) ha considerato la dichiarazione “enfatica” e “ottimistica”, osservando come la disposizione, di «contenuto non direttamente precettivo», «dovesse essere rapportata ai contenuti effettivi del provvedimento per controllare se tutti i soggetti coinvolti abbiano diritti, se tutti i diritti siano “assicurati”, se i “coinvolti” siano tutti “soggetti”». Conferma il contenuto meramente enunciativo della disposizione Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 48.

¹⁰ Corsivo e sottolineatura aggiunti a sottolineare la capziosità del messaggio, che consiste nel parificare ciò che né il legislatore, né la dottrina e nemmeno la giurisprudenza hanno mai considerato identico, ossia la persona nata e il *nondum natus*, la vita perfetta e il principio di vita. E quindi, di conseguenza, il diritto alla vita – quale esistenza umana tra la nascita e la morte – e i diritti del concepito connessi alla sua aspettativa a nascere. Su questo profilo, G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, voce in *Digesto, disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999 (agg. 2013). Sulle difficoltà di equiparare l'embrione alla persona vivente e di estendere al primo ogni tutela che l'ordinamento riserva alla seconda, v. anche G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 36 ss.

¹¹ Così si legge nella Relazione al d.d.l. AS N. 162/2022, 4.

¹² Su quest'ultimo aspetto, v. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 3 ed., Milano, 2018, 25.

¹³ Sulla protezione del nascituro nel diritto interno torneremo brevemente nel paragrafo successivo. Per quanto riguarda la richiamata fonte di diritto internazionale basti aggiungere che, mentre a p. 3 della Relazione al d.d.l. si legge che «l'articolo 4 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo attribuisce la capacità giuridica fin dal concepimento», la norma (art. 4, *Right to life*, par. 1), invece, prevede che la protezione legale del diritto alla vita inizia, in generale, dal momento del concepimento: «*Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life*». Tale protezione – come nella logica sottesa a tutte le discipline che si riferiscono al nascituro – è naturalmente commisurata alla specifica condizione del bene da proteggere, ossia la vita in formazione che può entrare in conflitto e soccombere di fronte a contrapposti interessi di rilevanza primaria.

nella nostra Carta costituzionale¹⁴, ossia la costante tensione dei sistemi giuridici moderni alla protezione dell'essere umano e della vita fin dal germe della sua formazione e, dunque, dalla fase prenatale.

L'intervento modificativo non avrebbe dunque un mero carattere ricognitivo¹⁵. Si presenta, piuttosto, come un tentativo, peraltro inutile e consunto, di intaccare per via indiretta i diritti della donna in gravidanza – costruiti su un bilanciamento di valori tra vita e salute della madre e del figlio – introducendo una generale indifferenziazione delle posizioni in campo, alle quali si riconducono interessi non dotati di uguale forza di resistenza nella disputa che li può riguardare.

Gli ineliminabili conflitti di interesse che possono insorgere durante una gravidanza richiedono, difatti, un bilanciamento che esclude, per definizione, la pienezza della protezione accordata a ciascuno e, quindi, anche del centro di interessi facente capo al concepito, la cui tutela è destinata ad affievolirsi quando risulta incompatibile con la protezione di valori altrettanto rilevanti riferibili alla gestante.

Il disegno di legge esprime dunque il proposito di scardinare l'equilibrio raggiunto con la legge n. 194/1978 e di contestare il sacrificio della vita nascente che essa, a determinate condizioni, consente. È indice, pertanto, di una volontà politica tesa a ridurre l'ampiezza del diritto all'aborto, quale possibile esito di una decisione riservata alla donna.

Si tenta così di dissolvere l'inevitabile distinguo che riecheggia nella celebre affermazione della Corte costituzionale secondo cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»¹⁶.

La proposta in esame mira difatti a riconoscere nell'entità che si sviluppa a partire dal concepimento una "persona" tale e quale a quella che, in tutti i sistemi giuridici europei, si individua nell'essere umano solo a partire dalla nascita; così appiattendolo la gradazione inscritta nel fatto naturale della vita in formazione che, almeno fino a un certo grado di sviluppo, dipende dal corpo materno, immedesimandosi in esso.

Non a caso, il fondamento teorico della modifica viene indicato nel principio di eguaglianza, invocato come «cardine della moderna civiltà giuridica»¹⁷.

In effetti, l'abrogazione che nel 1944 ha interessato il terzo comma dell'art. 1 c.c. era stata adottata all'insegna dell'uguaglianza tra esseri umani, volendosi allora definitivamente superare la grave discriminazione perpetrata dal legislatore fascista in danno delle persone appartenenti alla razza non

¹⁴ La tutela del concepito ha fondamento costituzionale nell'art. 31, comma 2, che protegge la maternità, e nell'art. 2 che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito» (testualmente, Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27).

¹⁵ Riferendosi all'originaria proposta, taluno ha osservato, anzi, che esso costringerebbe a riscrivere gran parte delle norme dedicate alla persona fisica, così C.M. MAZZONI, *La vita nascente: il corpo del nascituro*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008, 216 ss.

¹⁶ Sempre Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27.

¹⁷ Così la Relazione di accompagnamento (a p. 3) che qui riecheggia la valutazione sull'art. 1 c.c. espressa dalla più risalente dottrina, la quale considerava la norma «indice di somma civiltà dell'ordinamento giuridico italiano» e «massima espressione del principio di eguaglianza di tutti gli "esseri umani"» (lo ricorda E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, 16, alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici).

ariana. E la nozione di capacità giuridica generale, considerata di scarso rilievo pratico, riveste – secondo la dottrina – un innegabile valore morale proprio nell’esprimere il definitivo ripudio di discriminazioni conosciute in altre epoche storiche e nel confermare l’impegno a rimuovere le disparità di carattere formale e le diseguaglianze che di fatto incidono sulla proclamata idoneità ad acquistare diritti e doveri¹⁸.

Senonché, ci troviamo ora al cospetto di un intervento assai diverso che impropriamente invoca il principio di eguaglianza per applicarlo a situazioni differenti, quali la condizione della persona già vivente e di quella non ancora nata, la cui sopravvivenza dipende dal grembo materno¹⁹. La modifica sarebbe inoltre inservibile al fine dichiarato e, come tale, ha incassato un giudizio negativo fin dalla sua prima ideazione²⁰. Difatti, la norma codicistica che individua nella nascita la condizione per il “riconoscimento” generale ed egualitario della totalità dei diritti non patrimoniali spettanti al soggetto, non implica – come la migliore dottrina ha chiarito da tempo – una esclusione “a contrario” del non nato da tutti e da ciascuno di quei diritti²¹.

Pertanto, è davvero necessario procedere alla modifica dell’art. 1 c.c. al fine di tutelare il concepito e la vita nascente? La “pienezza” di tutela invocata da chi propone di anticipare al concepimento l’acquisto della capacità giuridica a quale “entità” si commisura? Qual è il reale significato e il costo che sconterebbe la sua attuazione?

2. L’inizio della vita umana e la tutela dell’aspettativa a nascere. Il *nondum natus* non necessita della capacità generale

La nozione tradizionale di capacità sottesa all’art. 1 c.c., indicando una «qualità astratta ed ideale, sempre identica a sé stessa»²², mal si adatta alla condizione del concepito per descrivere la quale si è parlato di una mera aspettativa alla nascita e a nascere sano²³.

Se non v’è dubbio che, dal punto di vista biologico, la vita umana inizi ben prima della nascita e si sviluppi in un processo continuo dal concepimento²⁴, non può stupire che la corrispondente nozione

¹⁸ Tra i primi a condividere l’osservazione, P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, cit., 794.

¹⁹ Persino la dottrina assestata su posizioni conservatrici e tendenzialmente restrittive riconosce che «non vi è quella “equivalenza” tra la “individualità” del concepito e la “personalità” della madre che potrebbe giustificare una – peraltro comunque azzardata – operatività del principio di parità di trattamento», così F.D. BUSNELLI, *Di chi è il corpo che nasce?*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., 117.

²⁰ V., per tutti, il giudizio espresso da G. ALPA, G. RESTA, *op. cit.*, 44 ss.

²¹ V. P. ZATTI, *Diritti dell’embrione e capacità giuridica del nato*, cit., 109.

²² La sottolineatura in questi termini è di M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI (continuato da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2019, 28.

²³ Ancora M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 32 ss., il quale scrive con fermezza che la l. n. 194 non lede alcun presunto diritto del concepito al conseguimento della vita.

²⁴ Processo del quale, peraltro, possono essere individuate alcune tappe cruciali anche per il diritto, come il momento in cui si inverte la cd. *viability* del feto. Il processo riproduttivo in chiave biologica è illustrato da C. FLAMIGNI, *Le tappe dell’evoluzione biologica*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, II, 1281 ss.

giuridica si sia invece imperniata su due fatti – la nascita e la morte – che la legge ha eretto a confini dell’arco della vita²⁵, ricorrendo a criteri fissi per determinare il loro verificarsi²⁶.

Di fronte alla complessità e gradualità del processo, ora non più solo naturale, di formazione della vita umana, il diritto civile individua nella nascita²⁷ il momento decisivo e di facile accertamento per il riconoscimento della capacità giuridica generale²⁸, ossia quella prerogativa che, secondo una nota definizione, indica l’astratta attitudine ad essere titolare di diritti e doveri che si riscontra nella persona intesa in senso giuridico²⁹. Conseguentemente, si è giunti a distinguere la soggettività piena delle persone già nate da quelle forme di soggettività che possono ricondursi alla condizione dell’embrione e del feto. Emerse soprattutto con l’avvento delle biotecnologie, esse esprimono l’attenzione dell’ordinamento per valori, considerati di interesse generale, che si collocano nella fase prenatale.

La dottrina giuridica, nell’affrontare i dilemmi posti da alcune questioni morali di inizio vita (dall’aborto alla tutela dell’embrione nella procreazione medicalmente assistita), ha dunque indagato l’atteggiarsi della “soggettività” prima della nascita, al fine di delineare i contorni della protezione che il diritto può assicurare a valori universalmente condivisi, quali la vita prenatale e la dignità dell’embrione. Nelle sue analisi, oltre ad aver da tempo abbandonato l’alternativa secca tra *personae* e *res*, propugnando la costruzione di una soggettività “tagliata su misura del corpo che nasce” ha perentoriamente escluso che questa costruzione passi attraverso l’attribuzione di una capacità giuridica generale al nascituro concepito³⁰.

²⁵ Risale ad Alcmeone, un medico vissuto nel VI secolo a.C., la considerazione secondo la quale, a fronte della figura più perfetta, il cerchio, noi siamo un cerchio incompiuto, un “arco”, appunto. Lo ricorda I. DIONIGI, *Parole che allungano la vita*, Milano, 2020, 88, laddove osserva che «per una meravigliosa e tremenda ambiguità linguistica la morte e la vita sono iscritte nella stessa parola greca *bios*: *bíos* è “vita”, *bíos* è “arco”».

²⁶ Nella prospettiva del legislatore del 1942, «il nascere e il morire tracciano i confini del soggetto: tanto dura la vita altrettanto dura l’uomo come persona giuridica», scrive N. IRTI, *La giuridificazione del bios*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 337 ss., osservando peraltro come la saldezza di questi confini, con l’avvento della biotecnica e del biodiritto, appartenga al passato.

²⁷ V. P. RESCIGNO, *Nascita*, voce in *Digesto, disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 1 ss.

²⁸ Ciononostante, la tesi secondo la quale l’acquisto della capacità giuridica sarebbe anticipato al concepimento è stata formulata in dottrina da E. GIACOBBE, *op. cit.*, 255 s., la quale esprime il convincimento che «nulla ostacola l’affermazione della capacità giuridica del concepito ad eccezione dell’autodeterminazione della donna», frapponendosi all’affermazione della sua personalità giuridica esclusivamente la legge sull’aborto. V. anche G. BALLARANI, *La capacità giuridica “statica” del concepito*, in *Dir. fam.*, II, 2007, 1462 ss., secondo il quale «l’art. 1 c.c. potrebbe leggersi con una aggiunta: *La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita, e fin dal momento del concepimento per quanto attiene alla tutela della persona*». La tesi è ripresa nel successivo scritto dell’autore: *La situazione giuridica del concepito tra esigenze di qualificazione e istanze di tutela*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, Roma, 2012, 60 ss.

²⁹ V. ancora P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, voce cit., 218 ss.

³⁰ Fondamentale il contributo di P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti. L’art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., 159 ss.; *Id.*, *Questioni della vita nascente*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, II, 1307 ss. V. anche P. BUSNELLI, *Di chi è il corpo che nasce?*, cit., 120 s. Prima della nascita non c’è soggetto capace, ma a prescindere da ciò, secondo la nota prospettazione di G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, 829 ss., con il concepimento si crea il “principio dell’uomo”. Sui riflessi delle qualificazioni soggettive riferite alla vita prenatale, si leggano le interessanti pagine di D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, cit., 1253 ss. Più di recente, a favore della soggettività del concepito

Si è privilegiato in sostanza, e tale visione non può che condividersi, un approccio più vicino possibile al dato empirico; alla mutevolezza di una condizione in divenire, che richiede un certo grado di relatività delle valutazioni che la concernono in ragione dei differenti contesti (gravidanza, PMA, ricerca scientifica) nei quali la tutela dell'embrione e del feto può entrare in conflitto con altri interessi.

Per altro verso, anche sul piano giuridico, è da tempo matura l'idea secondo la quale l'esistenza e la tutela dell'uomo – di ogni "persona" secondo la terminologia in uso nelle Carte dei diritti fondamentali³¹ – non è condizionata dalla nascita³².

In questo quadro, la qualificazione dell'embrione o del feto come individuo umano non implica l'attribuzione di una soggettività piena, né della capacità giuridica. Oltretutto, la meccanica estensione di queste qualifiche non è funzionale ad una tutela che viene comunque garantita – con la tecnica del bilanciamento – nei particolari e noti ambiti in cui il percorso verso l'autonomia vitale può subire interferenze³³.

Su questi presupposti, con specifico riferimento alla gravidanza, il concepito può legittimamente essere oggetto di un intervento abortivo, lasciato all'autonoma valutazione della donna circa l'incidenza della gestazione sulla propria salute fisica o psichica, nei primi 90 giorni³⁴, e a condizioni più rigorose nel periodo successivo, privilegiandosi, in tal caso, la tutela della vita della donna o della sua salute (artt. 4 e 6 l. n. 194/1978).

Allo stesso tempo, altre norme della legge n. 194/1978 giustamente riservano una particolare protezione alla vita nascente. Basti qui ricordare la significativa disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 7 secondo la quale, quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione

(distinto dalla persona dotata di capacità *ex art. 1 c.c.*) si è espresso R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1554 ss. Per una critica alla dissociazione tra capacità giuridica e soggettività che, con riferimento al concepito, si ritrova in alcuni orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, v. invece P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status*, cit., 107 ss., secondo il quale la protezione dei beni e dei valori inerenti al concepito è attuata dall'ordinamento «attraverso singole e specifiche forme di tutela, che prescindono dall'attribuzione della qualità di soggetto di diritto» (112).

³¹ Le fonti di diritto internazionale e comunitario sui diritti dell'uomo dedicano tutte uno tra i primi articoli al diritto alla vita (v. art. 3 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 2 Convenzione europea dei diritti umani; art. 2 Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

³² Parafrasando G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, cit., 830, l'uomo esiste, anche nel seno materno, quando è formato come vivente con capacità di vita, da intendersi come capacità di esistenza fisica, non essendo richiesto altro per la tutela della sua vita; *Id.*, *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2007, 259 ss.

³³ V. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 229 ss., secondo la quale «L'attribuzione della capacità giuridica dell'embrione non è dunque la via obbligata per assicurargli tutela. Essa sembra anzi, sotto qualche aspetto, addirittura riduttiva e fuorviante» (così 234). Considera del tutto inadeguato il richiamo ai concetti di personalità, soggettività e capacità per la tutela dell'uomo e della vita prenatale C.M. MAZZONI, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, cit., 1299 ss. Secondo l'autore «occorre svincolare il discorso giuridico dai "pantani della soggettività" ed assegnare al concepito garanzia di difesa senza obbligare il giurista alla necessità pregiudiziale di attribuirgli qualità soggettive nel significato e con le conseguenze che il diritto accorda a questo concetto». Ciò che deve stare a cuore è «preservare una tutela materiale del concepito», dato che «l'essere umano nascente rileva ai fini del diritto come entità ed identità corporea, l'uomo che si sviluppa in un processo di vita» (1304).

³⁴ V., da ultimo, L. BUSATTA, *L'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *Nomos*, 2, 2022.

della gravidanza può essere praticata solo in caso di grave pericolo per la vita della donna e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del nascituro³⁵.

Si potrebbe sostenere, per contro, che l'attribuzione della qualità di persona (nell'angusto senso codicistico) a partire dalla nascita non è una necessità logica, ma una scelta giuridica, ed in quanto tale può essere teoricamente modificata. Ma il punto non sta nel riconoscere o escludere la capacità generale³⁶ e con essa il carattere di persona di diritto comune al *nondum natus* perché, a voler portare a conclusione il ragionamento con riferimento all'aborto e alla protezione della vita nascente, l'estensione di questa qualifica al concepito «può spostare i pesi nei piatti del bilanciamento, ma non escluderne la necessità»³⁷.

L'eccedenza dell'estensione della capacità giuridica generale al nascituro ai fini della sua tutela ha poi trovato conferma in altri settori del diritto civile. Tra le questioni più rilevanti che hanno intersecato l'art. 1 c.c. si annovera la risarcibilità dei danni derivanti da un fatto avvenuto nella fase prenatale. Ma anche questi problemi, inclusi quelli riconducibili alle diverse fattispecie di cd. nascita indesiderata, hanno avuto soluzione mediante il ricorso alle regole esistenti (segnatamente alle norme che regolano la responsabilità civile), senza bisogno di costruire un'anticipata capacità del nascituro³⁸.

3. La matrice ideologica della proposta di modifica dell'art. 1 c.c. nel quadro globale di arretramento della tutela dei diritti riproduttivi della donna

Come ricordato, l'iniziativa legislativa odierna non è una novità. Potrebbe dunque essere prontamente archiviata alla luce delle considerazioni che la dottrina civilistica ha sviluppato sulla questione. Tanto più perché il tempo trascorso, nonostante l'intensificarsi dei problemi connessi a scelte morali e giuridiche sulla vita prenatale, ha confermato la lungimiranza di quel pensiero.

Tuttavia, l'ostinata riproposizione dell'anacronistica idea di retrocedere al concepimento l'acquisto della capacità giuridica – di cui pure, fin dalle sue prime apparizioni, è stata ampiamente dimostrata l'inutilità – impensierisce poiché esprime una matrice ideologica che si colloca in un quadro globale di arretramento della tutela dei diritti di genere, che sta altrove avendo manifestazioni particolarmente odiose. Difatti, tra le più subdole minacce allo Stato di diritto e ai diritti civili dell'epoca attuale, si an-

³⁵ Per approfondimenti, P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, cit., 1328 ss.

³⁶ Secondo G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 99 ss., la disposizione dell'art. 1 c.c. non va sopravvalutata perché «il problema non è di capacità giuridica, ma di esistenza e consistenza del principio di vita nel quale è già tutto l'uomo futuro». Del resto, prosegue l'autore, la stessa norma riconosce diritti in favore del concepito e la subordinazione alla nascita non esclude che si sia in presenza di una realtà giuridica attuale e tutelabile.

³⁷ Cfr. P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2001, 149 ss.

³⁸ Come aveva sostenuto P. RESCIGNO, *Nascita*, voce cit., 2; *Id.*, *Frammenti da varie riflessioni nel tempo*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, cit., 150. Per un approfondimento su questi temi, v. G. LISELLA, F. PARENTE, *op. cit.*, 115 ss. La giurisprudenza pronunziatasi in materia di danni subiti dal feto nella vita intrauterina ha dapprima riconosciuto la soggettività del concepito, pur considerandolo privo di capacità giuridica generale (v. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *NGCC*, I, 2009, 1258, con nota critica di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*), per poi assestarsi sull'orientamento espresso dalle Sezioni Unite (Cass., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Foro it.*, 1, 2016, 494) secondo le quali non è indispensabile elevare il nascituro a soggetto di diritto dotato di capacità giuridica per fornirgli protezione.

noverano le incursioni del potere politico nella dimensione morale, corporea, sessuale e riproduttiva dell'individualità umana³⁹.

La vicenda americana sfociata nella sentenza *Dobbs*⁴⁰ rappresenta un esempio emblematico di quanto si va affermando e dello specifico fenomeno di indebolimento delle prerogative individuali sul corpo femminile⁴¹.

In ambito europeo, è stata preceduta dall'involuzione recentemente subita dal diritto all'interruzione volontaria della gravidanza nelle cd. democrazie illiberali di Polonia e Ungheria.

In Polonia, con sentenza del 22 ottobre 2020 (K 1/2020), il Tribunale costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 4a della "*Legge sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto*" che dal 1993 regola l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza. A seguito della decisione è venuta meno la possibilità di procedere all'aborto in presenza di gravi malformazioni fetali, casistica che riguardava la maggioranza delle procedure di IVG praticate. Nella motivazione della sentenza emerge la visione del concepimento come origine della persona e si utilizza la qualificazione del feto come "fanciullo" al fine di rafforzare la protezione della vita nel periodo prenatale, considerando la vita del "bambino concepito", portatore di gravi malformazioni, quale bene di valore sufficiente a sacrificare la libertà della donna di abortire⁴².

In Ungheria, con decreto entrato in vigore il 15 settembre 2022, il governo è intervenuto sulla legge n. 32 del 1992 "*Protezione della vita fetale*" che consente di abortire entro la dodicesima settimana di gestazione, prescrivendo l'inserimento di un paragrafo aggiuntivo nel modulo standard che la donna deve compilare per l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza. Tale modifica richiede che l'operatore sanitario attesti di aver presentato alla gestante, prima di procedere con l'intervento, un'indicazione chiaramente identificabile dei segni vitali del feto, la cd. rilevazione del battito cardiaco. Ufficialmente la novità si giustifica con l'esigenza di rendere alla donna informazioni più complete sulla gravidanza, ma – com'è facilmente intuibile – si presta ad essere strumentalizzata per disincentivare e ostacolare l'esercizio del diritto sottoponendo la donna che si determina all'IVG ad un ulteriore faticoso adempimento.

³⁹ V., tra gli altri, E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2022, 221 ss., laddove osserva: «Gli interventi sul corpo delle donne e sull'autodeterminazione rappresentano una delle principali, sebbene non l'unica, manifestazione di questo arretramento (*n.d.r.*: subito dai "diritti di genere"), fortemente legata, peraltro, alla crisi dello stato di diritto che caratterizza gli ordinamenti segnati da gestioni populiste del potere, in cui rinvigoriscono del patriarcato e indebolimento dei principi cardine del costituzionalismo sembrano sempre più integrarsi e confermarsi reciprocamente».

⁴⁰ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sentenza 24 giugno 2022, *Dobbs v. Jackson Womens' Health Organization* reperibile qui: [19-1392 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization \(06/24/2022\) \(supreme-court.gov\)](https://www.supremecourt.gov/opinions/22-1392).

⁴¹ V. l'accurata analisi di S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE Online*, [S.l.], 53, 3, sep. 2022. Available at: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1661>. (last access: 03 jan. 2023). Ma anche le considerazioni di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v. Wade»*, in *Foro it.*, 9, IV, 2022, 432 ss.

⁴² Per approfondimenti, J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos*, 2, 2022.

In tutti questi paesi, con accenti e sistemi diversi, si è dunque esasperato sul piano giuridico, ma anche sociale, l'inevitabile conflitto di interessi sotteso all'aborto utilizzando il metodo, tipico delle posizioni antiabortiste, che consiste nel rafforzare la protezione del feto, mediante la sua personificazione, per erodere di riflesso il diritto all'autodeterminazione della donna⁴³.

Si tratta di una strategia, comune al più recente d.d.l. italiano sull'art. 1 c.c., di cui la dottrina rinviene traccia nella decisione della Corte Suprema americana, che ha segnato il definitivo *overruling* di *Roe*⁴⁴. Benché la pronuncia non sia centrata su questo profilo, non è sfuggito agli osservatori come dal concetto di "potential life" cui si riferiva *Roe* e la successiva *Casey*⁴⁵, in *Dobbs* il feto sia diventato "unborn child" o "unborn human being", mentre la donna non viene più menzionata⁴⁶. Il conferimento della personalità al feto, che fa capolino nella sentenza americana della scorsa estate, segna dunque un significativo mutamento di prospettiva⁴⁷ che oltreoceano implica l'apertura «a normative che impediscono alle donne di abortire in Stati in cui l'interruzione della gravidanza è lecita»⁴⁸.

In Europa, il diffondersi di questa visione potrebbe mettere a repentaglio la tenuta delle leggi nazionali sull'interruzione volontaria della gravidanza, che pure rappresenta una delle conquiste sociali più rilevanti degli ultimi decenni, condivisa da quasi tutti i Paesi dell'Unione⁴⁹ e difesa dalle sue istituzioni⁵⁰.

⁴³ Va da sé che ci si riferisce a un'autodeterminazione non slegata da vincoli, ma che si esercita negli spazi che le diverse legislazioni nazionali sull'aborto consentono in connessione alla tutela della vita e della salute della gestante; quindi, in termini diversi e sfumati rispetto a quel diritto all'*autonomy privacy* che la Corte Suprema americana nel 1973 aveva posto a fondamento del diritto all'aborto nel primo trimestre della gravidanza con la storica sentenza *Roe v. Wade*. Difatti, limitando la considerazione alla legge italiana, essa «si caratterizza, con sufficiente chiarezza, come un provvedimento che tutela la vita umana fin dal suo inizio e ne consente il sacrificio a tutela della salute della donna, alla quale rimette la scelta se sopportare rischi di diversa gravità per la propria salute, e proseguire la gravidanza, o invece interrompere la gravidanza per potersi sottrarre a quei rischi; l'autodeterminazione ne risulta garantita non come valore in sé protetto che ponga a discrezione della madre la vita del feto, ma come modo di assunzione di responsabilità in ordine alla soluzione del conflitto tra vita del feto e salute della stessa madre», così P. ZATTI, U.G. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della)*, voce in *Digesto, disc. priv.*, IX, Torino, 1993, 264.

⁴⁴ *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).

⁴⁶ Lo rileva M.R. MARELLA, «*Dobbs*» e la geopolitica dei diritti, in *Foro it.*, 9, IV, 2022, 442 ss., ma v. altresì ID., *Dobbs v. Jackson Womens' Healt Organization, l'Europa e noi*, in *Giustizia insieme*, 26 settembre 2022. La "invisibilizzazione" delle donne in *Dobbs* è una cifra della decisione messa in evidenza anche da E. STRADELLA, *op. cit.*, 215 ss.

⁴⁷ È opinione abbastanza diffusa che uno dei profili di debolezza della sentenza *Roe* sia consistito nell'aver la Corte utilizzato un criterio assolutistico, incentrando la costruzione del diritto all'aborto sull'autodeterminazione della donna. E che un passaggio argomentativo particolarmente critico di questa impostazione fosse quello in cui si negava la qualità di persona al feto. V., tra i tanti, P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale*, cit., 150, il quale premoniva: «É del tutto evidente che l'errore può prodursi in senso opposto».

⁴⁸ Così E. GRANDE, *Aborto negato una storia (non solo) americana*, in *Micromega*, 6, 2022, 84 ss., alla quale si rinvia per un'efficace sintesi del percorso giurisprudenziale americano culminato con la sentenza *Dobbs*.

⁴⁹ Con l'eccezione di Malta dove l'accesso alla procedura di IVG è oggetto di una totale criminalizzazione.

⁵⁰ V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 "sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne nell'UE", che propone di inserire il diritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali, con un nuovo articolo 7 bis del seguente tenore: «*Ogni persona ha diritto all'aborto sicuro e legale*».

In questa temperie culturale, il fondamentale principio dell'inviolabilità fisica della persona umana risulta evidentemente in pericolo. Il rischio che la prospettiva morale – di chi ritiene che il valore della vita prenatale meriti una tutela assoluta e incondizionata – penetri nella regolamentazione giuridica, scardinando gli equilibri finora raggiunti dalle legislazioni sull'aborto, sembra difatti crescere in concretezza.

Chi si pone lungo questa scia deve essere coerentemente disposto ad ammettere che intende la gravidanza come una condizione coercibile e che il corpo della donna può essere violato in funzione della tutela della vita e della salute del nascituro che cresce nel suo grembo, rendendosi così complice di un tragico arretramento della condizione femminile.

Nell'attuale scenario globale sull'aborto, l'idea di modificare l'art. 1 del codice civile italiano assume perciò le sembianze di un tedioso rigurgito di sovranità sul corpo delle donne.

Special issue



Abortion rights in EU law: recent developments

Tamara Hervey, Tiyash Banerjee*

ABORTION RIGHTS IN EU LAW: RECENT DEVELOPMENTS

ABSTRACT: The European Parliament's 2022 Resolution on *Global Threats to Abortion Rights* promotes a wide-ranging and women-focused approach to sexual and reproductive health and rights, which continue to be in jeopardy globally, and have worsened following the US Supreme Court's *Dobbs* ruling. The Resolution's most striking aspect is a call for the right to abortion to be included in the European Union's Charter of Fundamental Rights. The legal effects of such an inclusion would be limited, although potentially improving cross-border access to abortion. Union law remains a legally constrained space for pursuing abortion rights.

KEYWORDS: Abortion; women's rights; European Union

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Brief history of Union involvement in abortion law – 3. Recent developments in Union abortion law – 4. The Motion – 5. The Resolution – 6. Process for incorporating a right to abortion in the EU Charter of Fundamental Rights – 7. Legal effects of incorporating a right to abortion in the EU Charter of Fundamental Rights – 8. Conclusions.

1. Introduction

The USA Supreme Court's *Dobbs* ruling¹ has reverberated across the globe. In this chapter, we discuss recent developments in abortion law at the level of the European Union. Our focus is not the national law of the Union's Member States. These are covered elsewhere.² In principle, abortion law is not a European Union ('Union') competence. The European regional organisation that has been concerned with abortion is the Council of Europe, especially through application of its Convention on Human Rights (ECHR).³ Nevertheless, the Union's judicial and legislative institutions have engaged with abortion law for decades.

* Tamara Hervey, *The City Law School, City, University of London*. Mail: Tamara.Hervey@city.ac.uk. Tiyash Banerjee, *The City Law School, City, University of London*. Mail: Tiyash.Banerjee@city.ac.uk. The article was subject to a blind peer review process.

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 19, 1392, 2022.

² For a recent summary, see L. BERRO PIZZAROSSA, T. HERVEY, A. DE RUIJTER, *Abortion Law in Europe: the promise and pitfalls of human rights and transnational trade law in the face of criminalization with exceptions*, in M. ZIEGLER, ed, *Research Handbook on International Abortion Law*, 2023 and the references therein.

³ See *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* ECHR (Grand Chamber), 29 October 1992, Applications 14235/88 and 14234/88; *Vo v. France* ECHR (Grand Chamber), 8 July 2004, Application 53924/00; *Tysiack v. Poland*, ECHR (Fourth Section), 20 March 2007, Application 5410/03; *A., B. & C v. Ireland*, ECHR (Grand Chamber), 16 December 2010, Application 25579/05; *P and S v. Poland*, ECHR (Fourth Section), 30 October 2012, Application 57375/08. See also, eg Council of Europe, *Women's Sexual and Reproductive Rights in Europe*, 2017, <https://rm.coe.int/women-s-sexual-and-reproductive-health-and-rights-in-europe-issue-pape/168076dead>,

The article proceeds as follows. First, we briefly outline some key elements of the history of Union institutions engaging with questions of abortion. We conclude this section by mentioning some possible future bases on which Union law might be used by women to secure or provide safe abortions. Here, we refer to earlier work by Hervey and Sally Sheldon.⁴ We then turn to the recent involvement of the European Parliament on abortion rights. This development is directly in response to the *Dobbs* ruling. We consider the detail of Parliamentary activity, and explore its possible effects. We note that the European Parliament is only a co-legislature in the Union's 'constitutional' system, and that the European Parliament has little formal role in Treaty reform. Even if the most striking aspects of the Resolution were to come to fruition, ensuing legal changes would be limited. We conclude by pointing out that current Union abortion law is inherently legally constrained in its nature and scope.

2. Brief history of Union involvement in abortion law

The earliest well-known involvement of the Union's institutions in abortion involves the Union's Court of Justice in the early 1990s.⁵ At a time prior to the widespread availability of information about abortion clinics through the internet, students unions in Irish universities published a guide to clinics in England where abortions could be performed legally. An anti-abortion organisation, the Society for the Protection of Unborn Children, brought a legal claim seeking an injunction against the publication of the guide. The Irish Supreme Court referred the matter to the European Court of Justice, asking whether Union Member States were prohibited, as a matter of Union law, from banning advertising a service that is illegal in one Member State, but lawful in another, where the service would be provided. The Court of Justice focused on the advertising services, not on the service of abortion *per se*. The Court was reluctant to consider the question from the point of view of sexual health and reproductive rights.

Union law does not directly cover abortion. The EU's Charter of Fundamental Rights, which is a primary source of Union law, does not mention abortion. The Court of Justice of the European Union has not ruled directly on the matter. The EU Charter does refer to the European Convention on Human Rights in its explanations, which provide a source for interpretation of its provisions. The European Convention on Human Rights is also a source of 'general principles' of Union law, which again

(last visited 09/03/2022). For discussion see L. BERRO PIZZAROSSA, T. HERVEY, A. DE RUIJTER, *Abortion Law in Europe: the promise and pitfalls of human rights and transnational trade law in the face of criminalization with exceptions*, in M. ZIEGLER (ed.), *Research Handbook on International Abortion Law*, 2023; F. FABBRINI, *The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the Right to Abortion: Roe v. Wade on the Other Side of the Atlantic?*, in *Columbia Journal of European Law*, 18, 2011, 1–54; D. FENWICK, 'Abortion Jurisprudence' at Strasbourg: Deferential, Avoidant and Normatively Neutral? in *Legal Studies*, 34, 2014, 214–45; D. FENWICK, *The Modern Abortion Jurisprudence under Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Medical Law International*, 12, 2012, 249–76.

⁴ T. HERVEY, S. SHELDON, *Abortion by telemedicine in Northern Ireland: patient and professional rights across borders* in *Northern Ireland Law Quarterly*, 68, 1, 2017, 1–33.

⁵ Case C-159/90, *SPUC v Grogan*, EU:C:1991:378. See G. DE BÚRCA, *Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law* in *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 3, 1993, 283; D. ROSSA PHELAN, *Right to Life of the Unborn v Promotion of Trade in Services: the ECJ and the normative shaping of the EU* in *Modern Law Review*, 55, 1992, 670; E. SPALIN, *Abortion, speech and the European Community: I. Abortion and state border conflicts* in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 14, 1, 1992, 17–32.

provides an interpretative guide, as Union law is assumed to be consistent with the European Convention on Human Rights. As far as we are aware, however, there have been no attempts to rely on European Convention rights in litigation involving Union law. Hervey and Sheldon suggested a possible route for such litigation in 2017.⁶ This suggestion would involve a doctor providing cross-border abortion services in the Union relying on her freedom to provide services in Union law. The focus of such potential litigation is not on women as human rights holders. Instead, the idea is to frame women as economic actors, giving and receiving medical services, exercising autonomy not against the state *per se*, but operating in a trade or professional context. The possibility of such litigation has not (as yet) been realised.

3. Recent developments in Union abortion law

Instead of litigation, recent developments in Union law involve the European Parliament. The European Parliament is the directly elected institution of the Union.⁷ Unlike the Council, whose members are drawn from the governments of the Union's Member States,⁸ Members of the European Parliament are directly elected by the Union electorate. The powers and duties of the European Parliament include acting as a co-legislature⁹ with the European Commission (which has powers to propose Union legislation) and the Council (which, under the ordinary legislative procedure, decides, along with the European Parliament, whether to adopt a Commission proposal for new Union legislation). The power of the Union legislature to adopt legislation is constrained by Union law on competence.¹⁰

The European Parliament's Rules of Procedure¹¹ determine how Parliament undertakes its business. Under Rule 132, members of the European Commission or the Council may seek permission from the President of Parliament to make a statement in Parliament. The President decides whether each statement is to be followed by a full debate, or by a brief 30 minute period of questions and answers. If the President decides that a full debate is to take place, Parliament then has to decide whether to wind up that debate with a formal Resolution. If Parliament decides that this will be the case, a committee of Parliament, a political group within Parliament, or simply a group of one twentieth of all Members of the European Parliament (36/705 MEPs), may table a formal Motion for a Resolution. On 8 June 2022, Isabelle Rome, on behalf of the Council, and Valdia Dombrovskis, on behalf of the Commission made statements in the European Parliament on "Global threats to abortion rights: the possible overturn of abortion rights in the US by the Supreme Court". Rome's statement pointed to the complexities and sensitivities of discussions of abortion, health and human rights. She reminded MEPs that abortion law is a matter for national constitutions within the Union, and that Union law does not interfere with such matters. However, she went on to note that "there is no doubt" that women's rights are fundamental human rights, and that breach of such rights is discriminatory. She

⁶ HERVEY, SHELDON, *Abortion by telemedicine*, see 4.

⁷ Article 223 TFEU.

⁸ Article 237 TFEU.

⁹ Articles 289 and 294 TFEU.

¹⁰ Article 5 TEU; Articles 2-6 TFEU.

¹¹ Adopted under Article 232 TFEU, European Parliament, Rules of Procedure — 9th parliamentary term — July 2019 OJ L 302, 22.11.2019, 1-128.

noted that the Parliament has often discussed such matters in the context of its external affairs – the way the Union interacts with the rest of the world – and that the Union is committed to the rights of women and girls across the globe, following developments in this regard attentively, and seeking progressive changes in human rights protection, both within its borders and elsewhere.¹² Dombrovskis focused more explicitly on the *Roe v Wade* ruling, describing a (then) potential overruling of the right to access abortion guaranteed in the US constitution as “a profound retrogression”. He expressed a shared concern with US President Biden’s view that to overturn *Roe v Wade* would be to put in question other rights, such as women’s access to reproductive healthcare, and women’s control over their own lives and bodies. The consequences of that decision would have a radical effect not just in the USA, but globally, leading to an increase in unsafe abortions, preventable maternal deaths and morbidities. The Union’s commitment to sexual and reproductive health and rights is expressed through the Union’s external development policies,¹³ where the Union works in partnership with its Member States, the United Nations, and partner countries across the world. Dombrovskis described the Union as a “leader” in sexual and reproductive health and rights, and “staunch supporter” of their realisation.

On 3 June 2022, the European Conservatives and Reformist Group, a centre-right political group in the European Parliament, tabled a formal Motion¹⁴ for a Resolution following the Council and Commission statements and the ensuing Parliamentary debate on 8 June 2022. Founded in 2009, the European Conservatives and Reformist Group in the European Parliament focuses on the Union “doing less, but better”. Their tagline on their website¹⁵ is “cooperation, yes; superstate, no”, and they claim to embody a “commonsense” approach to European integration. Their “family and life” policies include “respecting motherhood”.¹⁶ Prominent members of the Group support anti-abortion campaigns.¹⁷

4. The Motion

The Motion situates the debate within the context of the Treaty on the Functioning of the European Union, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the Declaration of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC), the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, the European Parliament Resolution on 10 December 2013 on Sexual and Reproductive Health and Rights,¹⁸ and Parliament’s Rules of Procedure.

¹² See, for example, European Parliament resolution of 24 June 2021 on the situation of sexual and reproductive health and rights in the EU, in the frame of women’s health (2020/2215(INI)); European Parliament resolution of 26 November 2020 on the de facto ban on the right to abortion in Poland (2020/2876(RSP)).

¹³ Articles 208-212 TFEU.

¹⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0292_EN.html (last visited 25/11/2022).

¹⁵ <https://ecrgroup.eu/> (last visited 25/11/2022).

¹⁶ https://ecrgroup.eu/campaign/family_and_life (last visited 25/11/2022).

¹⁷ See, for example, <https://bit.ly/4096HTI> (last visited 25/11/2022).

¹⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0548_EN.html (last visited 25/11/2022).

The Motion refers specifically to several provisions within these frameworks. The European Parliament is invited to have regard to Article 168(7) TFEU, which states that Union action “shall respect the responsibilities of the Member States for the definition of their health policy and for the organisation and delivery of health services and medical care”. Article 3 UDHR concerns the right to life, liberty and security of person, and Article 18 UDHR the right to freedom of thought, conscience and religion. Article 10 of the EU’s Charter of Fundamental Rights similarly concerns the right to freedom of thought, conscience and recognises the right to conscientious objection, in accordance with the national laws governing the exercise of this right. The preamble of the UNCRC notes that “the child [...] needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth.” In focusing on these provisions, the Motion seeks to situate the debate within particular aspects of abortion debates and policies, particularly those focused on the idea of embryos or fetuses being similar enough to children to have rights; those focused on women’s motherhood as an essentialist aspect of womanhood; and those focused on the Union’s limited competences in healthcare. For example, on 10 December 2013, the European Parliament had adopted a Resolution which noted that “even though it is a competence of the Member States, to formulate and implement policies on health and on education, the EU can contribute to the promotion of best practices among Member States”. This Resolution was adopted within the context of sexual education in schools and sexual and reproductive health and rights more generally. By referring to this, the Motion of June 2022 recognises the status of any Resolution as a mere promotion of best practices, rather than specifically formulating or affecting the policies of Member States. The constrained nature of Union competence in the field of abortion is stressed.

The Motion reflects concerns about abortion and the divisive nature of the debate. By contrast to the Resolution (discussed below), which focuses on increasing sexual and reproductive health and rights, the Motion emphasises the more controversial elements of abortion. The Motion centres children (arguably not at issue in the context of abortion, which by definition concerns women and embryos or fetuses). It defines abortion as “the termination of a life in progress in a mother’s womb”. One of the most striking aspects of the Motion is its explicit statement to the effect that “abortion can never be considered a human right because it violates the very basis of human rights and contravenes human nature itself”. This is in stark contradiction to the reasoning, for example, in *Roe v Wade*.¹⁹ Women, their rights, autonomy, health or dignity, are absent from the Motion, except where women are constructed as mothers. The Motion considers negative practices around abortion, such as the selective abortion of girls, and the negative consequences of encouraging mothers whose babies may have some kind of malformation or physical or biological limitation to have abortions, alongside the violation of forced abortion.

Overall, the emphasis of this Motion, reflecting the views of the European Conservatives and Reformist Group, differs significantly from the Resolution that was ultimately adopted by the European Parliament as a whole. The Motion shows more explicitly the controversial nature of abortion debates, whereas the Resolution downplays these, by adjusting its focus towards women (and girls); drawing on global data about abortion practice, and its effects on women; and reframing the relevant concepts.

¹⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

5. The Resolution

The European Parliament's Resolution on *Global Threats to Abortion Rights: the possible overturn of abortion rights in the US by the Supreme Court*²⁰ was adopted on 9 June 2022. As the title suggests, the Resolution was passed within the political context of the initial draft majority of the Supreme Court of the United States in the *Dobbs* case.²¹ Following a plenary debate, the Parliamentary Resolution was passed by 364 votes in favour, 154 against, and 37 abstentions.

The Resolution is situated within a number of relevant International Covenants, including the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979 and the European Convention on Human Rights of 1950. Beyond international covenants and the relevant American sources, the European Parliament makes reference to six of its own resolutions: 1) its resolution on 7 October 2021 on the state law relating to abortion in Texas, USA; 2) its resolution on 24 June 2021 on the situation of sexual and reproductive health and rights in the EU in the frame of women's health; 3) its resolution on 11 November 2021 on the first anniversary of the de facto abortion ban in Poland; 4) its resolution on 13 February 2019 on experiencing a backlash in women's rights and gender equality in the EU; 5) its resolution on 11 February 2021 on challenges ahead for women's rights in Europe, more than 25 years after the Beijing Declaration and Platform for Action; and 6) its resolution on 5 May 2022 on the impact of the war against Ukraine on women. The existence of these six resolutions reflects the European Parliament's active consideration of women's rights and sexual and reproductive health and rights in recent years.

Paragraphs A-T of the Resolution provide a factual outline of the status of abortion globally. This analysis forms the basis for the European Parliament's view on the unique status and importance of *Roe v Wade* and the consequences of overturning it. The Resolution highlights that, according to the WHO, around 45% of all abortions are unsafe²² and that the United Nations Population Fund²³ estimates 121 million unintended pregnancies each year, over 60% of which end in abortion. The European Parliament's Resolution calls for contraception to be "integrated within the provision of age-appropriate and comprehensive sexual and reproductive health and rights information, education and services, and that they are accessible to all".²⁴ The Resolution considers the findings of the UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women that highlight that where abortion is criminalised, abortion becomes "a privilege of socio-economically advantaged women"²⁵ and that "the proportion of unsafe abortions are significantly higher in countries with highly restrictive abor-

²⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_EN.html (last visited 25/11/2022).

²¹ *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v Jackson Women's Health Organization, et al.*, dated February 2022 and leaked to the press in May 2022 (<https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504> (last visited 25/11/2022)).

²² <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion> (last visited 25/11/2022).

²³ UNFPA state of world population report, *Seeing the Unseen: The case for action in the neglected crisis of unintended pregnancy*, March 2022.

²⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_EN.html#def_1_10, para 8, (last visited 25/11/2022).

²⁵ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_EN.html#def_1_10, para B, (last visited 25/11/2022).

tion laws than in countries with less restrictive laws".²⁶ In essence, drawing on global data, the Resolution highlights that, in practice, abortion itself cannot be banned. The effect of criminalising abortion is simply to ban *safe* abortion, and to foster wide-reaching negative consequences for the sexual and reproductive health of women and girls, particularly those who are vulnerable because of their race, social class, age, or other disadvantage. The Resolution thus pays attention to intersectional²⁷ aspects of abortion rights.

After outlining the international political framework, the Resolution goes on to criticise the backsliding in women's rights and sexual and reproductive health and rights in the USA and globally. Paragraphs 2-15 urge the United States, by way of the Supreme Court, Texan State Government, the Senate, Joe Biden and the US Government, to uphold *Roe v Wade* and support a wide range of reproductive rights. The Resolution highlights that the Women's Health and Protection Act, aimed at protecting the right to abortion care throughout the USA, passed in the House of Representatives, but expresses regret that it failed to pass in the Senate.

The Resolution strongly condemns the roll-back of human rights and constitutional rights. The Resolution notes its concern for the disproportionate impact of these proposed measures on women in poverty, racialized women, women from rural areas, LGBTIQ people, women with disabilities, adolescents, migrant women, including irregular migrants, and single-parent households headed by women. In this, the Parliament highlights that forcing women to carry pregnancies to term against their will is a violation of human rights, and a form of gender-based violence, informed by the 2020 *Information Series on Sexual and Reproductive Health and Rights* produced by the UN Office of the High Commissioner of Human Rights.²⁸

Three apparently unconnected paragraphs follow. Paragraph 17 welcomes positive developments on abortion rights globally. Paragraph 18 highlights the need for female involvement in policies that affect them. Paragraph 19 addresses that the lack of access to contraception and existing unmet needs is connected to the disproportionate responsibility which women bear in relation to these.

Paragraphs 20-32 invite the Union and its Member States to both encourage the US Government to establish the right to abortion, and affirm stronger protections of sexual and reproductive health and rights in the Union. Of these proposals, the most radical can be found at paragraph 24 which: "Calls for the EU and its Member States to include the right to abortion in the Charter". This is not the first time such a proposal has been made. On 20 January 2022, Spanish MEP, Iratxe García Pérez, also proposed that the right to abortion be included in the Union's Charter of Fundamental Rights. Speaking to the European Parliament at the time Macron, the French President, noted: "Twenty years after the proclamation of our Charter of Fundamental Rights, which enshrined the abolition of the death penalty throughout the Union, I hope that we can update this charter, notably to be more explicit on environmental protection or the recognition of the right to abortion."²⁹

²⁶ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion> (last visited 25/11/2022).

²⁷ K. CRENSHAW, *On Intersectionality: Essential Writings*, 2017.

²⁸ <https://bit.ly/3RhRxHH> (last visited 25/11/2022).

²⁹ <https://www.elysee.fr/front/pdf/elysee-module-19159-fr.pdf> (last visited 25/11/2022).

Paragraph 29 offers a softer option, urging “Member States to decriminalise abortion and remove and combat obstacles to safe and legal abortion and access to sexual and reproductive services”.³⁰ Paragraph 29 goes beyond abortion to include pre-natal care, voluntary family planning support, and HIV prevention, treatment, care and support, all without discrimination. Paragraph 31 “Urges the Commission to make full use of its competence in health policy, and to provide support to Member States in guaranteeing universal access to sexual and reproductive health and rights (SRHR) in the framework of the EU4Health Programme for 2021-2027; in promoting health information and education; in strengthening national health systems and the upward convergence of healthcare standards in order to reduce health inequalities within and between Member States; and in facilitating the exchange of best practices among Member States with regard to SRHR [sexual and reproductive health and rights]; calls on the Member States to progress towards universal health coverage, for which SRHR is essential”.

6. Process for incorporating a right to abortion in the EU Charter of Fundamental Rights

If the Resolution’s proposal were to be implemented, in order to amend the EU’s Charter of Fundamental Rights, the procedure for amending the Union’s primary treaties would need to be followed. This procedure is found in Article 48 TEU, and involves agreement of all Member States, and ratification according to their constitutional requirements. The European Parliament plays only a very limited role in Treaty reform.³¹ Given the constitutional position on abortion in several Member States,³² especially Poland and Malta, such an amendment seems inherently improbable as things currently stand.

7. Legal effects of incorporating a right to abortion in the EU Charter of Fundamental Rights

If the right to abortion were included in the Union’s Charter of Fundamental Rights, what would be its principal legal effects? First and foremost, the Charter binds the Union institutions. Union legal acts must be interpreted consistently with Charter provisions, and if consistent interpretation is not feasible, Union acts are judicially reviewable for non-conformity with Charter rights.³³ However, the Charter does not extend the field of application of Union law. Nor does it establish any new Union power or competence.³⁴ As there is currently no clear Union competence to act within the field of

³⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0243_EN.html#def_1_10, para 29, (last visited 25/11/2022).

³¹ Article 48 TEU.

³² Full *formal* prohibition of abortion exists only in a minority of small European countries, only one of which (Malta) is a Union Member State: Andorra, Malta, San Marino and the Vatican, see World Health Organization. Global Abortion Policies Database, <https://abortion-policies.srhr.org> (last visited 25/11/2022). However, in practice, Poland’s position is close, following a decision of its Constitutional Court in 2021, see Polish Constitutional Court, Dz.U.2021.175, reviewing Dz.U.1993.17.78, Article 4a, para 1(2).

³³ Under Article 263 or 267 TFEU. See A. WARD, *Article 51 in The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, S. PEERS, et al, 2021.

³⁴ Article 51(2) EUCFR.

abortion (except the untested context, as noted above, of cross-border abortion services within the Union), merely adding a provision on abortion rights in the Charter would not, in itself, change the scope of Union competences.

The Union is competent in some aspects of public health.³⁵ As noted above, paragraph 31 of the Resolution urges the European Commission to use its full competences in public health, especially the Commission's competence to use Union funding to promote sexual and reproductive health rights. The Union's use of its resources to promote women's health could be strengthened if abortion rights were included in the EU's Charter of Fundamental Rights, as access to safe abortion is a key part of sexual and reproductive health and rights. This aspect of the Union's competence is *only* to support and complement actions of its Member States. Union financial support for health-related projects normally takes place on the basis of collaboration and co-financing with the Member States. So the use of Union competences and resources would only have a practical effect in those Member States willing to engage with the Union on this basis. There would be no change to the Union's lack of competence to adopt binding Union law that would provide a harmonised Union-level right to abortion. But a change in the EU Charter could bring about a change in the use of Union resources, and the Union's 'soft competence' - a limited but potentially valuable contribution to abortion rights in the Union.

The Charter also binds the Member States, but only when they are acting within the scope of,³⁶ or implementing,³⁷ Union law. Because Union law does not, in general, cover abortion rights, it is difficult to imagine a situation (other than the cross-border provision of services) in which Member States would be acting within the scope of, or implementing, Union law, in the field of abortion. Thus, even if the amendment called for in the Resolution were to be adopted, its legal effects would be inherently limited.

The most promising potential legal difference flowing from incorporation of a right to abortion in the EU's Charter of Fundamental Rights lies in a potential difference in the *interpretation* of other provisions of Union law. The obvious situation is cross-border provision of abortion services within the Union. Union law on cross-border service provision protects the autonomy and choice of patients and the rights of doctors to access patients outside of their 'home state'.³⁸ To begin with, it was assumed that Union market law did not apply to health services, because of the basis of European healthcare systems, which are organised on 'solidarity' rather than 'market' principles. However, in a series of cases from the late 1990s onwards,³⁹ it was established that this was not the case, and that, so long as 'remuneration' (which could be paid by a third party⁴⁰) was present, health services fall within the scope of Union law on freedom to provide services within the Union's internal market, even when

³⁵ Article 168 TFEU.

³⁶ Case 5/88 *Wachauf* EU:C:1989:321; Case C-260/89 *ERT* EU:C:1991:254; Case C-309/96 *Annibaldi* EU:C:1997:631. See A. WARD, "Article 51", above at 33.

³⁷ Article 51(1) EUCFR. See Case C-617/10 *Fransson* EU:C:2013:280.

³⁸ See, in general, for discussion of Union law as applicable in health contexts, T. HERVEY and J. MCHALE, *European Union Health Law: Themes and Implications*, Cambridge, 2015, pp. 77-83.

³⁹ Beginning with Case C-158/96 *Kohll* EU:C:1998:171. For discussion, see T. HERVEY, J. MCHALE, *European Union Health Law: Themes and Implications*, above at 38.

⁴⁰ Case 352/85 *Bond van Adverteerders* EU:C:1988:196.

provided on a 'not-for-profit' basis.⁴¹ It had already been established that abortion constitutes such a service,⁴² and the Union's 'e-Commerce Directive' confirms that medical consultations undertaken through a website constitute electronic services in Union law.⁴³

Unlike ordinary transnational trade law, Union law gives enforceable rights to individuals⁴⁴ - including both providers of cross-border services and people who receive those services.⁴⁵ Any 'restriction' on cross-border services is in principle unlawful, and can be challenged by an individual seeking to provide (or receive) such services. What counts as a 'restriction' in this sense is very broadly defined: "any national rules which have the effect of making the provision of services between Member States more difficult than the provision of services purely within a Member State".⁴⁶ A Member State seeking to justify such a restriction must do so on the basis of objective public interests such as "public policy, in particular the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences ... public health ... the protection of consumers," or where the service presents a "serious and grave risk of prejudice to those objectives".⁴⁷ The burden lies on the Member State to justify restrictions, and the proportionality test which applies here is a narrow one,⁴⁸ not a wide margin of appreciation as often the case in the context of international or regional human rights norms.⁴⁹

If the Union's Charter of Fundamental Rights were to establish a right to abortion, it would become more difficult for a Member State to claim that any restriction on providing or receiving abortions in another Member State would be a proportionate protection of public policy, or any other national objective. While under the current situation, a Member State might refer to its constitutional or other protections of foetal rights, or other constitutional values, as justification, it would become more difficult to maintain such an argument in the context of a Union right to abortion. The way in which

⁴¹ Case C-281/06 *Jund* EU:C:2007:816.

⁴² Case C-159/90 *SPUC v Grogan* EU:C:1991:378.

⁴³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (E-Commerce Directive) OJ 2000 L 178/1, Article 1 (2), 2(a), referring to Directive 98/43/EC, Article 1 (2).

⁴⁴ Case 33/74 *Van Binsbergen* EU:C:1974:131.

⁴⁵ Joined Cases 286/82 & 26/83 *Luisi and Carbone* EU:C:1984:35.

⁴⁶ See Case C-444/05 *Stamatelaki* EU:C:2007:231, paragraph 25. See T. HERVEY, J. MCHALE, *European Union Health Law: Themes and Implications*, above at 38; W. GEKIERE, R. BAETEN, W. PALM, *Free Movement of Services in the EU and Health Care in Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN and T. HERVEY ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2010); L. HANCHER and W. SAUTER, *EU Competition and Internal Market Law in the Healthcare Sector* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

⁴⁷ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (E-Commerce Directive), Article 3 (4).

⁴⁸ In Case C-137/09 *Josemans* EU:C:2010:774, paragraph 70, "a restrictive measure can be considered to be suitable for securing the attainment of the objective pursued only if it genuinely reflects a concern to attain that objective in a consistent and systematic manner." The CJEU adopts a strict scrutiny of public morality as an objective public interest justifying restrictions on free movement of services or goods, with particular care to decline to accept any double standards, see, eg, Case 121/85 *Conegate* EU:C:1986:114 concerning import of sex toys, and Cases 115&116/81 *Adoui and Cornuaille* EU:C:1982:183 and Case C-268/99 *Jany and Others* EU:C:2001:616 concerning prostitution.

⁴⁹ Contrast the approach of the European Court of Human Rights in the cases discussed above at 3.

national courts, or the Union's Court of Justice, interpreted such free movement provisions, would be likely to change. The hesitation seen in the *Grogan* case,⁵⁰ in focusing on questions of women's sexual and reproductive health and rights, would become more difficult to sustain.

8. Conclusions

Legally speaking, including a right to abortion in the European Union's Charter of Fundamental Rights would likely have only relatively modest effects. The Union's competences to act within public health fields would remain unchanged. It is the law of the Member States, not Union law, that determines women's and girls' sexual and reproductive health and rights, including the right to abortion. Union competence is limited to providing support and complementing national laws and policies. However, a Charter provision would make a difference to interpretation of Union internal market law, where Member States seek to justify restrictions on cross-border abortion provision.

The more significant aspects of including a right to abortion in the Union Charter would not be legal: they would be political and social. The European Convention on Human Rights - unlike the US Constitution following *Roe v Wade* and prior to the *Dobbs* case - does not include a right to abortion.⁵¹ If the European Parliament's Resolution were implemented, the European Union's Charter would be the first European level instrument to do so. That would have a tremendous symbolic power, strengthening the position of women not only within the Union, but also globally.

⁵⁰ Case C-159/90, *SPUC v Grogan*, EU:C:1991:378.

⁵¹ See cases cited above at 3.

**«Under His Eye»:
riflessioni sul ruolo della tecnologia sul corpo delle donne
a seguito della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti**

*Sara De Vido**

«UNDER HIS EYE»: REFLECTIONS ON THE ROLE OF TECHNOLOGY ON WOMEN'S BODY AFTER THE US SUPREME COURT JUDGMENT IN THE *DOBBS* CASE

ABSTRACT: This short piece is aimed at showing that the role of technology with regard to women's access to abortion is twofold: on the one hand, it is an *empowering* instrument, because through telemedicine women can overcome the limits of restrictive domestic laws; on the other hand, it might constitute a means to control women through tracking data from visitors to abortion clinics. The analysis is based on international human rights law, considering the specific situation in the US, but also taking into account the role of European NGOs in the provision of services through telemedicine.

KEYWORDS: Abortion; technology; human rights; women's empowerment; *Dobbs*

ABSTRACT: In questo breve scritto si argomenterà che la tecnologia ha una duplice funzione nell'accesso all'aborto da parte delle donne: da un lato, è uno strumento *empowering*, perché la telemedicina consente di superare i limiti di leggi restrittive in materia di accesso all'aborto; dall'altro lato è un potenziale strumento di controllo delle donne, mediante il commercio e la circolazione di informazioni relative alla geolocalizzazione di coloro che si avvicinano a cliniche che praticano l'interruzione di gravidanza. Lo scritto rifletterà su questi temi, considerando la situazione statunitense, ma focalizzandosi altresì sul ruolo di organizzazioni non governative europee nella fornitura di servizi tramite la telemedicina.

PAROLE CHIAVE: Aborto; tecnologia; diritti umani; women's empowerment; *Dobbs*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il diritto all'accesso all'aborto nel diritto internazionale dei diritti umani – 3. La sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana quale fattore incrementale dell'uso delle tecnologie – 4. La tecnologia come strumento *empowering* delle donne. La telemedicina – 4.1. Telemedicina, conflitti «intergiurisdizionali» e tutela dei diritti umani negli Stati Uniti – 4.2. La fornitura del servizio di *e-abortion* da parte di organizzazioni non governative europee – 5. La tecnologia come strumento di controllo delle donne. Il tracciamento dei comportamenti delle donne negli Stati Uniti – 5.1. Diritto alla privacy, servizi digitali e accesso all'aborto in Europa – 6. Conclusioni.

* Professoressa associata di diritto internazionale, Università Ca' Foscari di Venezia. Mail: sara.devido@unive.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Introduzione

La letteratura, soprattutto non giuridica, ha assunto posizioni divergenti in merito alla relazione tra corpo delle donne e tecnologia: quest'ultima può essere intesa quale fonte di oppressione e di dominazione o, al contrario, espressione di *empowerment* delle donne¹. Meno diffusamente si è discusso con riguardo alle modalità con cui la tecnologia possa interferire o aiutare l'autodeterminazione delle donne nell'accesso a servizi di salute riproduttiva e, più specificatamente per quanto qui rileva, all'interruzione volontaria di gravidanza. L'obiettivo di questo contributo è di indagare brevemente, a seguito della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema statunitense², il ruolo della tecnologia – o, meglio, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC)³ – nell'accesso all'interruzione di gravidanza per le donne, alla luce del diritto internazionale, incluso il diritto internazionale dei diritti umani⁴.

In questo breve scritto si argomenterà che la tecnologia ha una duplice funzione. Da un lato, essa è uno strumento *empowering*, perché la medicina che prevede l'uso delle TIC «when distance separates the participants»⁵ consente di superare i limiti di leggi restrittive in materia di accesso all'aborto⁶. Il riferimento è principalmente all'aborto farmacologico, espressione con la quale si intende una procedura medica, distinta in più fasi, che si basa sull'assunzione di almeno due principi attivi diversi, il *mifepristone* (meglio conosciuto col nome di RU486) e una *prostaglandina*, a distanza di 48 ore

¹ Si veda, ad esempio, L.B. LEMPERT, *Women's Health from a Woman's Point of View: A Review of the Literature*, in *Health Care Women Int*, 7, 3, 1986, 255 ss.; A. HARDON, *The Development of Contraceptive Technologies: A Feminist Critique*, in *Focus Gend*, 2, 2, 1994, 40 ss.; A. BALSAMO, *Technologies of the Gendered Body*, Durham-London, 1996; G.M. GOSLINGA-ROY, *Body Boundaries, Fiction of the Female Self: An Ethnographic Perspective on Power, Feminism, and the Reproductive Technologies*; F. COLLYER (a cura di), *The Palgrave Handbook of Social Theory in Health, Illness and Medicine*, New York, 2015. Si veda altresì il manifesto di D.J. HARAWAY, *A Cyborg Manifesto*, trad. it., *Manifesto cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo*, Milano, 1995, che evidenzia molto chiaramente come «i nostri corpi, noi stessi: i corpi sono mappe del potere e dell'identità». Sull'assenza di prospettiva di genere nella medicina, v. *inter alia*, L. DOYAL, *What Makes Women Sick*, Basingstoke, 1995; C. GALLAGHER, T. LAQUEUR (a cura di), *The Making of the Modern Body: Sexuality and Society in the Nineteenth Century*, Berkeley, 1987; D. LUPTON, *Medicine as Culture. Illness, Disease and the Body in Western Societies*, London, 1994.

² Corte suprema degli Stati Uniti, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, certiorari to the US Court of Appeals for the Fifth Circuit, No. 19–1392. Argued December 1, 2021—Decided June 24, 2022, https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Sul punto L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal*, 3, 2022, 5 ss.

³ Il termine «Information and communication technology (ICT)» copre «both computing and telecommunication technologies, with an emphasis on their combined use in information processing and transmission»: A. BUTTERFIELD, G.E. NGONDI, A. KERR, *A Dictionary of Computer Science*, Oxford, 7. ed., 2016, 842.

⁴ Sull'accesso all'aborto e il diritto alla salute riproduttiva delle donne, si veda, ad esempio, R.J. COOK, J. ERDMAN, B.M. DICKENS, *Abortion law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, Philadelphia, 2017.

⁵ M. J. FIELD, *Telemedicine: A Guide to Assessing Telecommunications in Health Care*, Washington, 1996, introduction.

⁶ Studi recenti hanno dimostrato il ruolo di internet nell'accesso all'aborto negli Stati Uniti. Si veda, ad esempio, M. MADERA et al., *Experiences Seeking, Sourcing, and Using Abortion Pills at Home in the United States through an Online Telemedicine Service*, in *SMM-Qualitative Research*, 2022; S. GUENDELMAN et al., *Shining the Light on Abortion: Drivers of Online Abortion Searches Across the United States in 2018*, in *PLoS One*, 15, 5, 2020, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0231672>.

l'uno dall'altro⁷. Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), «access to safe and legal abortion is an essential part of sexual and reproductive health services» e l'aborto farmacologico consiste in una «non-invasive and highly acceptable option to pregnant persons»⁸. Le due pillole sono inserite nella *Model List of Essential Medicines*, con la seguente specificazione, che suggerisce la conservazione di un deciso margine di apprezzamento in capo agli Stati: «where permitted under national law and where culturally acceptable»⁹.

Dall'altro lato la tecnologia è un potenziale strumento di controllo delle donne, mediante il commercio e la circolazione di informazioni relative alla geolocalizzazione di coloro che si avvicinano a cliniche che praticano l'interruzione di gravidanza.

Lo scritto, dopo aver contestualizzato l'accesso all'aborto nel sistema di tutela dei diritti umani fondamentali, rifletterà su questi temi, considerando la situazione statunitense, ma focalizzandosi altresì sul ruolo di organizzazioni non governative europee nella fornitura di servizi tramite la telemedicina. L'obiettivo è di evidenziare l'importanza di garantire alle donne il diritto a *non* avere accesso ad un aborto *non* sicuro, tutelando allo stesso tempo il loro diritto alla privacy.

Il titolo del presente contributo inizia con la frase «Under His Eye», che riprende uno dei saluti del paese di Gilead del romanzo distopico di Margaret Atwood «Il racconto dell'ancella»¹⁰, che ben descrive il cuore della riflessione che si vuole svolgere: ovvero dei rischi di controllo paternalistico del corpo delle donne, attraverso «occhi» che tutto vedono per poi denunciare coloro che non si conformano a ruoli predefiniti da una società patriarcale che silenzia la voce femminile. Il romanzo, come è stato sottolineato da una autrice nel 1996, mette in luce la situazione «spesso oscurata» di donne in età riproduttiva nella cultura contemporanea statunitense: «for some women, the regime of surveillance is less fiction than reality»¹¹.

2. Il diritto all'accesso all'aborto nel diritto internazionale dei diritti umani

Nel diritto internazionale, è complesso identificare un diritto all'aborto quale diritto autonomo delle donne¹². Il Protocollo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli sui diritti delle donne in Africa (Protocollo di Maputo) è l'unico strumento giuridico a carattere vincolante che riconosce espressamente il diritto delle donne alla salute, compresa la salute sessuale e riproduttiva, e obbliga

⁷ Si vedano ad esempio le informazioni contenute nel sito del Ministero della Salute italiano: <https://www.salute.gov.it/portale/donna/dettaglioContenutiDonna.jsp?area=Salute%20donna&id=4476&menu=societa> (ultimo accesso a tutti i siti citati il 31 gennaio 2023).

⁸ WHO *Recommendations on self-care interventions*, 2020, <https://bit.ly/3FojdWT>.

⁹ WHO, *22nd Model List of Essential Medicines*, 30 settembre 2021, p. 50; WHO, *Abortion Care Guideline*, 8 marzo 2022, 68-71.

¹⁰ M. ATWOOD, *Il racconto dell'ancella*, trad. it., Milano, 2019.

¹¹ A. BALSAMO, *op.cit.*

¹² Si veda, tra gli altri, R.J. COOK, D.M. DICKENS, *Human rights and abortion laws*, in *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 65, 1999, 81 ss.; R.J. COOK, *Abortion laws*, in L. BRESLOW, *Encyclopedia of public health*, New York and Detroit, 2002; C. ZAMPAS, J.M.GHER, *Abortion as a human right – international and regional standards*, in *Oxford Human Rights Law Review*, 8, 2008, 249 ss.; R. SIFRIS, *Restrictive regulation of abortion and the right to health*, in *Medical Law Review*, 18, 2010, 185; R. SIFRIS, *Reproductive freedom, torture and international human rights*, London, 2014; R. SIFRIS, S. BELTON, *Australia: Abortion and human rights*, in *Health and Human Rights Journal* 19, 2017, 210.

gli Stati a proteggere «i diritti riproduttivi delle donne autorizzando l'aborto terapeutico nei casi di violenza sessuale, stupro, incesto e quando portare avanti la gravidanza comporterebbe la salute mentale e fisica della donna o la vita della donna o del feto»¹³. È stato osservato che questa norma «situat[es] abortion as a human right that is recognised in the substantive provisions of a regional treaty»¹⁴. Tuttavia, nell'assenza di espliciti riferimenti in altri strumenti giuridici a carattere regionale o universale, il diritto delle donne ad avere accesso all'aborto può ritenersi protetto dal diritto internazionale dei diritti umani nella misura in cui il suo diniego possa causare gravi violazioni dei diritti delle donne, incluso il diritto alla vita privata e familiare e il divieto di tortura o trattamento inumano o degradante. Osserva a riguardo Rebecca Cook:

When a state criminalizes induced abortion [...], it is constructing its social meaning as inherently wrong and harmful to society. Through criminal prohibition, a state is signaling conditions in which abortion is criminally wrong, reflecting the historical origin of crime in sin that can and should be punished. In contrast, the legal framing of abortion as a health issue constructs meanings of preservation and promotion of health. A state is signaling that abortion is a public health concern, and should be addressed as a harm reduction initiative¹⁵.

Il *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice* ha definito il controllo esercitato dallo Stato sulle decisioni assunte dalle donne quale forma di «strumentalizzazione del corpo delle donne»: «patriarchal negation of women's autonomy in decision-making leads to violation of women's rights to health, privacy, reproductive and sexual self-determination, physical integrity and even to life»¹⁶.

Decisioni di corti regionali sui diritti umani e di *treaty-based bodies* delle Nazioni Unite hanno confermato che gli Stati devono decriminalizzare l'aborto *almeno* se è conseguenza di uno stupro, di violenza sessuale o di incesto, in caso di serie malformazioni o di rischi alla vita o alla salute, anche mentale, della donna. Il diniego di aborto provoca quella che ho definito altrove «violenza contro la salute delle donne»¹⁷, riconducibile a politiche dello Stato che causano o rischiano di produrre violenza contro le donne, in termini di «intenso stigma» e «perdita di dignità», nonché «alti livelli di angoscia»¹⁸. Il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, nel Commento Generale sul diritto alla vita del 2019, ha ricostruito un dovere per gli Stati di assicurare che le donne e le ragazze non debbano sottoporsi ad aborti non sicuri e ha riconosciuto che gli Stati parte del Patto sui diritti civili e politici devono garantire disponibilità e accesso effettivo a servizi sanitari di qualità, sia prenatali sia post-aborto, in tutte le circostanze¹⁹. Dagli strumenti di diritto internazionale dei diritti umani discendono altresì altri obblighi per gli Stati. Così, ad esempio, nelle constatazioni sul caso *L.C. c. Perù* (2011), il Comitato istituito dalla Convenzione ONU per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle

¹³ Article 14(1) e 14(2)(c).

¹⁴ C.G. NGWENA, *Inscribing abortion as a human right: significance of the Protocol on the rights of women in Africa*, in *Human Rights Quarterly*, 32, 2010, 783 ss.

¹⁵ R.J. COOK, *Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law*, in R.J. COOK et al. (eds), *Abortion Law*, cit., p. 347.

¹⁶ A/HRC/32/44, para. 63.

¹⁷ S. DE VIDO, *Violence against women's health in international law*, Manchester, 2020.

¹⁸ In tal senso, v. le constatazioni del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Siobhán Whelan c. Irlanda*, CCPR/C/119/D/2425/2014, 11 luglio 2017, par. 7.3 e par. 7.7.

¹⁹ General Comment No. 36 on Article 6: right to life, CCPR/C/GC/36, 3 settembre 2019, par. 8.

donne (CEDAW) ha richiesto allo Stato di adottare programmi educativi e di *training* per incoraggiare i fornitori di servizi sanitari, incluso l'aborto, a cambiare atteggiamento e comportamento verso donne – nel caso di specie si trattava di una adolescente – che cercano di avere accesso all'aborto e di rispondere agli specifici bisogni sanitari, incluso appunto l'accesso ai servizi di salute riproduttiva, relativi a casi di violenza sessuale²⁰.

Sul piano regionale, la Corte europea dei diritti umani, pur concedendo ampio margine di discrezionalità agli Stati²¹, ha concluso, in un caso contro la Polonia, che quest'ultima avesse violato l'articolo 3 della Convenzione europea per i diritti umani (CEDU) nei confronti della ricorrente²². La donna, il cui feto presentava la sindrome di Turner, avrebbe avuto diritto all'accesso all'aborto secondo la legislazione allora vigente²³, ma il personale sanitario ritardava l'accesso ai test definitivi per l'accertamento della malformazione al punto da non consentirle l'interruzione di gravidanza nei termini previsti; ciò le provocava – come ha riportato poi la Corte europea dei diritti umani – «angoscia acuta» per le «umiliazioni» subite.

Spostandoci al sistema americano, in *Manuela y otros c. El Salvador*²⁴, la Corte interamericana si è occupata delle restrizioni all'accesso all'interruzione di gravidanza in El Salvador, Stato dove le donne rischiano fino a 30 anni di carcere, anche in caso di aborto spontaneo. Nella sentenza del 2 novembre 2021, la Corte interamericana ha riscontrato la violazione da parte di El Salvador di numerosi diritti fondamentali della donna, di povere condizioni, che era stata condotta in ospedale per una preclampsia che le aveva indotto l'aborto spontaneo. I medici, prima di fornirle sostegno, la denunciavano alle autorità e la ammanettavano al letto. Condannata al carcere, la donna moriva poco dopo per le conseguenze del problema ostetrico di cui aveva sofferto, senza ricevere durante la detenzione le cure necessarie. La Corte, che nel caso di specie ha applicato anche la Convenzione di Belém do Pará sul contrasto alla violenza nei confronti delle donne²⁵, ha sostenuto che lo Stato era responsabile per la violazione del diritto alla difesa, del divieto di trattamento crudele, inumano o degradante, dei diritti alla vita, all'integrità personale, alla privacy, all'uguaglianza di fronte alla legge e alla salute della ricorrente, come garantiti dalla Convenzione americana sui diritti umani²⁶.

Alla luce della giurisprudenza delle corti regionali sui diritti umani e della quasi giurisprudenza dei comitati delle Nazioni Unite, qui solo per brevissimi cenni descritte, si potrebbe ragionevolmente argomentare a favore del consolidamento di un diritto umano delle donne a *non* avere accesso ad un aborto *non* sicuro. La doppia negazione sottolinea come, se da un lato non è identificabile nel diritto

²⁰ CEDAW Committee, *L.C. c. Perù*, CEDAW/C/50/D/22/2009, 4 novembre 2011, <https://bit.ly/3mpwM1r>.

²¹ Si veda, in particolare, Corte europea dei diritti umani, *A.B.C. c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, sentenza del 16 dicembre 2010; si veda poi L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2017, 189 ss.

²² Corte europea dei diritti umani, *R.R. c. Polonia*, ricorso n. 27617/04, sentenza del 26 maggio 2011.

²³ Con sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020, la legge che consente l'interruzione di gravidanza per anomalie fetali è stata dichiarata incostituzionale.

²⁴ Inter-American Court of Human Rights, *Manuela y otros c. El Salvador*, sentenza del 2 novembre 2021, (Preliminary objections, merits, reparations and costs), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf.

²⁵ *Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne* (1994).

²⁶ *Manuela y otros*, cit., par. 326.

internazionale dei diritti umani un diritto all'accesso all'aborto *tout court* in ogni circostanza, privo di bilanciamenti, dall'altro lato, ostacoli all'accesso all'interruzione di gravidanza, anche con l'utilizzo dello strumento del diritto penale, possono costituire violenza contro le donne – tesi confermata dalla recente sentenza della Corte interamericana dei diritti umani – o meglio, violenza contro la loro salute riproduttiva, nonché una violazione dei diritti umani fondamentali, incluso il divieto di tortura, trattamento inumano o degradante.

3. La sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti quale fattore incrementale dell'uso della tecnologia

Come è noto, la Corte suprema degli Stati Uniti si è pronunciata (con sei giudici a favore, tre contro) il 24 giugno 2022 nel caso *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, operando l'*overruling* della sentenza *Roe v. Wade* del 1973²⁷, la quale garantiva copertura costituzionale sul piano federale del diritto ad accedere a procedure di interruzione della gravidanza. In oltre duecento pagine, incluse opinioni concorrenti e dissenzienti, la Corte Suprema, che al momento presenta una composizione particolarmente conservatrice, ha negato che la Costituzione federale statunitense garantisca il diritto delle donne di avere accesso all'interruzione di gravidanza e ha «restituito l'autorità [di decidere in materia] al popolo e ai suoi rappresentanti eletti»²⁸. L'oggetto del ricorso era il *Gestational Age Act del Mississippi*²⁹, secondo il quale, ad eccezione di situazioni di emergenza medica o in caso di serie malformazioni fetali, una persona non potrà «intentionally or knowingly» praticare o indurre un aborto di un «unborn human being» (la scelta delle parole è particolarmente significativa nella legislazione di taluni Stati) se è stato determinato che l'età gestazionale probabile dell'essere umano non ancora nato sia superiore a 15 settimane³⁰.

La sentenza ha avuto immediatamente degli effetti sulla vita delle donne e delle ragazze soggette alla giurisdizione di molti stati federati. Qualche giorno dopo la sentenza *Dobbs*, ad esempio, la Corte Suprema del Texas ha consentito l'applicazione di una legge del 1925 che vietava l'aborto punendo coloro che lo eseguivano (e lo eseguiranno) con il carcere³¹. Inoltre, un atto normativo del Missouri applica le restrizioni all'accesso all'aborto anche al di fuori dei confini dello stato, quando l'aborto è praticato su una cittadina residente del Missouri o quando l'*unborn child* può essere considerato residente in Missouri o persino «anywhere in the world, when it involves an offense related to genocide and forced abortions»³².

²⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²⁸ *Dobbs*, cit., 69.

²⁹ See <https://law.justia.com/codes/mississippi/2018/title-41/chapter-41/gestational-age-act/section-41-41-191/>.

³⁰ Si veda un commento alla sentenza nella prospettiva del diritto internazionale in S. DE VIDO, *Blessed Be the Fruit. Un'analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte Suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in *SIDIBlog*, 2022, <http://www.sidiblog.org/2022/07/25/blessed-be-the-fruit-unanalisi-di-genere-della-sentenza-dobbs-della-corte-suprema-statunitense-alla-luce-del-diritto-internazionale-dei-diritti-umani/>.

³¹ La notizia è stata diffusa da più giornali: ad esempio, <https://www.courthousenews.com/texas-judge-blocks-abortion-prosecutions-under-1925-ban/>.

³² S.B. 603, 2752S.011 (2021) disponibile al link <https://bit.ly/3mokQwN>.

La sentenza della Corte Suprema, lasciando agli stati federati la libertà di adottare qualsivoglia legislazione contro l'aborto, può costituire un «fattore incrementale» dell'uso – e potenzialmente dell'abuso³³ – di sistemi informatici e telecomunicazioni.

Come anticipato, le domande alle quali si cercherà di rispondere in questo scritto sono le seguenti: la tecnologia è in grado, e se sì in che termini, di aiutare le donne che vivono in Stati dalle legislazioni particolarmente restrittive in tema di accesso all'aborto ad avere facile accesso ai farmaci necessari alla procedura? E può invece la tecnologia costituire lo strumento per perseguire le donne che cercano di abortire, in una sorta di moderna caccia alle streghe, dove le streghe sono le donne che sfuggono allo stereotipo della donna necessariamente madre?³⁴

4. La tecnologia come strumento *empowering* delle donne. La telemedicina

La telemedicina rientra nella categoria concettuale della «E-health», riconosciuta dai ministri della salute dei 192 Stati membri dell'OMS nel 2005 quale opportunità unica per lo sviluppo della medicina pubblica³⁵. La «E-health» viene definita quale «cost-effective and secure use of Information and Communication Technologies in support of health and health-related fields, including health care services, health surveillance, health literature, and health education, knowledge and research»³⁶. Della telemedicina si coglie altresì la capacità di rafforzare il rispetto dei diritti umani fondamentali: il diritto alla salute, naturalmente, ma anche il diritto alla riservatezza e alla vita privata e familiare. L'OMS ha fornito una definizione di telemedicina che sfrutta le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la trasmissione di informazioni mediche:

The delivery of health care services, where distance is a critical factor, by all health care professionals using information and communication technologies for the exchange of valid information for diagnosis, treatment and prevention of disease and injuries, research and evaluation, and for the continuing education of health care providers, all in the interests of advancing the health of individuals and their communities³⁷.

Spesso si utilizza «self-managed abortion» quale termine intercambiabile rispetto a «aborto mediante telemedicina»; tuttavia, il primo è più ampio del secondo e lo include. Mentre tutti gli aborti mediante telemedicina rientrano nella categoria «self-managed abortion», quest'ultima include anche aborti che sono praticati autonomamente senza l'ausilio di una clinica o di un consulto medico, resi

³³ Secondo il direttore esecutivo della associazione non governativa statunitense *National Association of Boards of Pharmacy*, il numero di siti online illegali che vende pillole abortive non autorizzate e fasulle è aumentato. Cfr. M. FRELICK, *More Illegal Sites Running Online Abortion Scams*, in *WebMD*, 4 agosto 2022, www.webmd.com.

³⁴ R. SIEGEL, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in *Stanford Law Review*, 44, 1991-1992, 266: «a legislature's decision to save foetal life by compelling pregnancy is one that both reflects and enforces social judgments concerning women's roles». Si veda altresì, in prospettiva comparata, S. FREDMAN, *Comparative Human Rights Law*, Oxford, 2018, 187 ss.

³⁵ WHO, Fifty-eighth World Health Assembly, *eHealth*, Ninth plenary meeting, Committee A, seventh report, 58.28, 25 maggio 2005.

³⁶ PAHO, WHO, *Framework for the Implementation of a Telemedicine Service*, 2016, 11, <https://bit.ly/41H9T9Q>.

³⁷ WHO, *Global Observatory for eHealth Series*, v. 2, 2010, http://www.who.int/goe/publications/ehealth_series_vol2/en/.

possibili da una «costellazione di attori», inclusi network femministi informali operanti dove l'aborto è difficilmente accessibile oppure vietato.

L'accesso all'aborto (farmacologico) avvalendosi della telemedicina è possibile già da tempo³⁸, ma si è intensificato durante la pandemia, che ha limitato significativamente gli accessi fisici alle strutture sanitarie³⁹. Nel 2020, ad esempio, il Regno Unito ha introdotto l'aborto mediante telemedicina⁴⁰. Le pazienti sono assistite da un team medico al telefono o tramite videochiamate durante la procedura. Il consulto medico avviene solo a distanza e i farmaci sono assunti sotto la supervisione medica. L'aborto farmacologico tramite telemedicina supera, nei paesi in cui l'accesso all'aborto è consentito per legge, le difficoltà che si presentano *de facto*, nell'accesso «fisico» alla procedura, ad esempio nell'ipotesi in cui vengano richiesti più accessi alle strutture sanitarie prima della somministrazione dei farmaci. Un potenziale vantaggio di un maggiore accesso alla telemedicina può riguardare, tra gli altri, la riduzione del rischio di sovraesposizione delle donne a forme di violenza psicologica. L'OMS ha riportato che in Germania, ad esempio, alcune donne in stato di gravidanza hanno subito umiliazioni e molestie quando si sono rivolte fisicamente alle cliniche per chiedere informazioni sull'interruzione volontaria di gravidanza: l'aborto non è consentito *de jure* nel paese, ma non è punibile nel primo trimestre se la donna si sottopone ad un consulto obbligatorio e a un periodo di attesa di tre giorni. Alcune associazioni non governative hanno quindi proposto il Progetto *Schwangerschaftsabbruch-zuhause* che supera le barriere *de facto* all'accesso all'aborto offrendo il servizio a domicilio⁴¹.

In Italia, dove l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza è ostacolato *de facto* da un alto tasso di obiezione di coscienza⁴² e durante la pandemia ha subito gravi ed ingiustificate restrizioni⁴³, il Mi-

³⁸ Si veda ad esempio, L. BERRO PIZZAROSSA, P. SKUSTER, *Toward human rights and evidence-based legal frameworks for (self-managed) abortion: A review of the last decade of legal reform*, in *Health and Human Rights Journal*, 23, 1, 2021, 199 ss.; L. BERRO PIZZAROSSA, R. NANDAGIRI, *Self-managed abortion: A constellation of actors, a cacophony of laws*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 29, 1, 2021, 1 ss. Così anche in Europa, dove l'aborto tramite telemedicina è stato utilizzato ampiamente in Irlanda, che pre-referendum del 2018 presentava una delle legislazioni più restrittive al mondo in materia: cfr. A. AIKEN et al., *Self-Reported Outcomes and Adverse Events after Medical Abortion through Online Telemedicine: Population-Based Study in the Republic of Ireland and Northern Ireland*, in *BMJ*, 2017, <https://doi.org/10.1136/bmj.j2011>; T. HERVEY, S. SHELDON, *Abortion by Telemedicine in the European Union*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 145, 1, 2019, 125 ss.

³⁹ M.P. ASSIS, S. LARREA, *Why Self-Managed Abortion is so much more than a Provisional Solution for Times of Pandemic*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 28, 1, 2020, 37 ss.; A. AIKEN, *Demand for self-managed online telemedicine abortion in eight European countries during the COVID-19 pandemic: a regression discontinuity analysis*, in *BMJ Sex Reprod Health*, 47, 2021, 38 ss.

⁴⁰ Uno studio condotto nel Regno Unito ha evidenziato la soddisfazione delle persone per il teleaborto incluso il rispetto del diritto alla privacy. C. PORTER ERLANK, J. LORD, K. CHURCH, *Acceptability of No-Test Medical Abortion Provided via Telemedicine during Covid-19: Analysis of Patient-Reported Outcomes*, in *BMJ Sexual & Reproductive Health*, 47, 2021, 261 ss.

⁴¹ <https://www.who.int/europe/news/item/14-06-2022-introducing-telemedicine-medical-abortion-in-germany>.

⁴² Si veda in dottrina, tra gli altri, I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 19 ss.; 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 *BioLaw Journal*, 3, 2018, 111 ss.

⁴³ In Italia, durante la pandemia, alcuni ospedali hanno bloccato l'accesso all'aborto farmacologico, sostenendo che l'azione fosse in linea con i decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri adottati in tempo di pandemia, illegittimamente considerando tuttavia che l'aborto sia un servizio non essenziale. Sul punto, v. C. MURA-

nistero della salute ha adottato le nuove linee guida per l'aborto farmacologico nell'agosto 2020, estendendo il periodo di accesso a 9 settimane e richiedendo un solo accesso all'ospedale o al consultorio familiare⁴⁴. L'aborto in telemedicina è invece poco conosciuto.

Negli Stati Uniti, e non solo come conseguenza della sentenza *Dobbs*, in quanto *de facto* l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza era ostacolato in molti stati anche prima della pronuncia della Corte Suprema⁴⁵ – l'aborto farmacologico tramite telemedicina potrebbe essere la strada da percorrere per tutelare il diritto umano della donna ad avere accesso ad un aborto sicuro, o, alla luce dell'evoluzione della prassi degli Stati, nonché della giurisprudenza di corti regionali e della quasi giurisprudenza di comitati ONU, a non avere accesso ad un aborto non sicuro⁴⁶. La doppia negazione qui proposta, come si è detto, serve a sottolineare che il diritto all'aborto non può dirsi affermato come norma consuetudinaria nel diritto internazionale dei diritti umani, ma tale diritto – e i corrispondenti obblighi in capo agli Stati – possono dirsi consolidati in alcune circostanze, ovvero quando il mancato accesso a questa procedura causa violenza contro la salute delle donne, in termini di rischi per la loro vita, di angoscia e stress psicologico⁴⁷.

4.1. Telemedicina, conflitti «intergiurisdizionali» e tutela dei diritti umani negli Stati Uniti

L'accesso all'aborto mediante telemedicina pone dei quesiti tanto in termini di giurisdizione, quanto di diritto applicabile. Negli Stati Uniti, l'aborto farmacologico potrebbe essere fornito da un *provider* sito in uno stato federato diverso da quello che vieta l'aborto, la cui legislazione consente la procedura. Dal punto di vista dell'accesso fisico, una sentenza della Corte suprema statunitense, del 1975, nel caso *Bigelow c. Virginia*⁴⁸, riflettendo sulla legislazione della Virginia che vietava ogni forma di pubblicazione sull'accesso all'aborto – nel caso di specie si trattava della pubblicità di un servizio fornito a New York distribuita al campus dell'Università della Virginia – i giudici avevano chiaramente affermato che la Virginia non poteva impedire ai propri residenti di spostarsi a New York per ottenere l'interruzione di gravidanza o perseguire coloro che intendevano farlo⁴⁹.

Potrebbe questo ragionamento estendersi anche all'accesso alle pillole abortive mediante telemedicina? In linea teorica sì. L'aborto in telemedicina è tuttavia espressamente proibito nella legislazione

TORI, L. DI TOMMASO, *Dall'obiezione di coscienza alla violenza domestica, come e perché le crisi hanno effetti negativi sulle donne e questa non farà eccezione*, in *InGenere*, 15 April 2020, <http://www.ingenere.it/articoli/i-segni-della-crisi-sui-corpi-delle-donne>; S. DE VIDO, *Gender inequalities and violence against women's health during the COVID-19 pandemic: An international law perspective*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 77 ss.; 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 ss.

⁴⁴ Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine, aggiornamento, 4 agosto 2020, https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3039_allegato.pdf.

⁴⁵ D.S. COHEN, C. JOFFE, *Obstacle Course. The Everyday Struggle to Get an Abortion in America*, Oakland, 2020.

⁴⁶ Un'analisi dei casi rilevanti per sostenere questa tesi in S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit., capitolo *The anamnesis*.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ US Supreme Court, *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/421/809/>.

⁴⁹ Si veda in dettaglio, includendo prospettive di diritto statunitense, D. COHEN et al., *The new abortion battleground*, in *Columbia Law Review*, 123, 2022, 19.



di alcuni stati federati⁵⁰. La *Food and Drugs Administration* (FDA) statunitense ha autorizzato a dicembre 2021 la spedizione per posta delle pillole abortive e ha previsto che non sia necessario che il primo dei due farmaci sia assunto di persona in clinica o in ospedale. Tuttavia, in molte giurisdizioni, le pazienti che vogliono avere accesso alla procedura in telemedicina devono essere fisicamente presenti nello Stato dove questa procedura è legale, anche se per un brevissimo consulto con il *provider*, che a sua volta può trovarsi fisicamente in tutt'altro Stato. *Abortion on Demand* (AOD), servizio offerto da un team composto da personale medico con esperienza nell'accesso all'aborto, opera in 22 stati federati e prescrive le pillole abortive fino all'ottava settimana di gravidanza (la FDA consentirebbe fino a 10) e solo a donne che abbiano già compiuto i 18 anni. AOD verifica che la paziente sia in uno stato che consente l'accesso all'aborto in telemedicina verificando l'indirizzo IP (internet protocol)⁵¹: se l'IP indica una localizzazione diversa da quella invocata dalla paziente, questa è tenuta a fornire *in-state identification*. Alla luce della sentenza *Bigelow, mutatis mutandis*, una donna potrebbe spostarsi in uno stato dove l'aborto in telemedicina è consentito. La normativa non è tuttavia, volutamente, chiara e provoca un *chilling effect* su molti provider⁵². Ad esempio, *Whole Woman's Health*, che garantisce l'accesso a servizi di salute riproduttiva, opera mediante cliniche o tramite sanitari in telemedicina che hanno licenza medica in cinque Stati: Illinois, Minnesota, New Mexico, Virginia e Maryland, ma ha smesso di lavorare con operatori in Texas⁵³.

In termini di *jurisdiction* la questione è piuttosto complessa. Così, ad esempio, il già citato atto del Missouri applica le restrizioni all'accesso all'aborto anche al di fuori dei confini dello stato: la normativa in questione potrebbe dunque applicarsi anche ai casi di aborto farmacologico mediante telemedicina. Come è stato osservato, la sentenza *Bigelow* non impedirà l'adozione di leggi come quella del Missouri: servono anni prima che la *litigation* arrivi alla Corte Suprema, e, sottolinea un autore, «in the meantime, States will proceed as if they have the power, waiting for the courts to call their bluff»⁵⁴.

Il medesimo autore ha rilevato che:

Out-of-state and out-of-country providers could be guilty of state crimes if they knowingly send pills into antiabortion states; but antiabortion states will struggle to establish jurisdiction over these providers, while abortion-protective states will attempt to protect their providers from out-of-state prosecutions. The legal uncertainty in this newly developing world of remote abortion will shape the actions of patients, providers, and the networks that support them in the years to come⁵⁵.

⁵⁰ Sulla legislazione degli Stati in materia di teleaborto, si vedano i dati forniti qui <https://www.kff.org/womens-health-policy/fact-sheet/the-availability-and-use-of-medication-abortion/> e qui <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/medication-abortion>. L'aborto mediante telemedicina è espressamente vietato in Arizona, Arkansas, Louisiana, Indiana, Texas, Virginia occidentale.

⁵¹ Infatti, nel sito di *Abortion on demand* è chiaramente indicato: "abortion is still legal in all of the States we serve".

⁵² <https://www.npr.org/sections/health-shots/2022/09/26/1124360971/telemedicine-abortion-medication-ban>

⁵³ Ibid.

⁵⁴ D. COHEN et al., *The new abortion*, cit., p. 21.

⁵⁵ Ivi, p. 4.

Al di là delle questioni di diritto statunitense, qui solo brevemente e senza pretesa di esaustività descritte, che non competono ad un'internazionalista, è interessante valutare la situazione dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani. Invero, non può certo dirsi esista un obbligo per lo stato di garantire l'accesso all'aborto in telemedicina, ma lo Stato ha l'obbligo di garantire i diritti umani fondamentali della donna in stato di gravidanza, in particolare che non sia violato il suo diritto alla vita, il diritto alla privacy, il divieto di discriminazione, il diritto alla salute e alla salute riproduttiva, il divieto di tortura, trattamento inumano o degradante⁵⁶. Nel caso degli stati federati, l'obbligo internazionale è in capo allo Stato federale stesso. Gli Stati Uniti, pur non avendo ratificato, *inter alia*, la Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979, la Convenzione americana sui diritti umani⁵⁷ del 1969, la Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne⁵⁸ del 1994, sono Stato parte del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e hanno firmato la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo⁵⁹ del 1948. In base alla Dichiarazione, ogni essere umano ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona (articolo I); diritto alla *privacy* (articolo V); tutte le donne hanno diritto ad una speciale attenzione durante la gravidanza (articolo VII); ogni persona ha diritto alla salute (articolo XI). La tutela disponibile sul piano regionale per le donne statunitensi è limitata, ma non impossibile, potendo operarsi una petizione individuale alla Commissione interamericana dei diritti umani contro gli Stati Uniti, laddove ricorrano le condizioni di ammissibilità previste, per violazione della Dichiarazione americana dei diritti umani⁶⁰. Invero, benché la Dichiarazione sia un atto di *soft law*, la Commissione interamericana ha riconosciuto che «the American Declaration of the Rights and Duties of Man constitutes a source of international obligation for the United States and other OAS Member States that are not parties to the American Convention on Human Rights» e che «these obligations are considered to flow from the human rights commitments of Member States under the OAS Charter»⁶¹. Essa ha competenza, in altri termini, in base agli articoli 18 e 20 del suo statuto, a ricevere e valutare ricorsi sul mancato rispetto di questi obblighi. L'esito della procedura è un rapporto della Commissione.

4.2. La fornitura del servizio di *e-abortion* da parte di organizzazioni non governative europee

Anche organizzazioni non governative europee si sono rese disponibili a fornire servizi di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza mediante telemedicina oltre oceano. Ad esempio, *Aid Access*, un servizio interamente gestito online da una medica olandese, Rebecca Gomperts, opera negli Stati Uniti. Una legislazione statale che ha per *ground of jurisdiction* la residenza della donna o il luogo del concepimento, come nel caso del Missouri già citato, si applica evidentemente anche

⁵⁶ Sul punto, R. SIFRIS, *Reproductive Freedom*, cit.; S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit.

⁵⁷ https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf.

⁵⁸ <https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/belemdopara-english.pdf>.

⁵⁹ <http://humanrightscommitments.ca/wp-content/uploads/2018/10/American-Declaration-of-the-Rights-and-Duties-of-Man.pdf>.

⁶⁰ Così avvenne in un caso di violenza domestica: Commissione interamericana dei diritti umani, *Jessica Lenahan c. Stati Uniti*, report n. 80/11, 21 luglio 2011.

⁶¹ Commissione interamericana dei diritti umani, *Hugo Armendáriz c. Stati Uniti*, report sull'ammissibilità, n. 57/06, 20 luglio 2006, par. 30.

nell'ipotesi in cui sia un *provider* europeo a fornire il servizio. In pratica, tuttavia, è complesso per le autorità statunitensi, o meglio per le autorità dei singoli stati federati, riuscire a perseguire un *provider* che si trovi in Europa⁶². In uno studio, pressoché unico, condotto sulla base di una serie di interviste anonime a donne che hanno avuto accesso ai farmaci per auto-procurarsi l'aborto tramite un servizio di telemedicina, nello specifico proprio *Aid Access*, sono emerse le potenzialità dello strumento, che genera allo stesso tempo ansia e stress dovuti soprattutto ai tempi di attesa per l'arrivo dei farmaci⁶³. Tuttavia, è stato altresì dimostrato che, in assenza di accesso a questa possibilità negli stati federati, i servizi di telemedicina non statunitensi hanno consentito alle donne di vivere un'esperienza «supportive and reassuring»⁶⁴.

Sul piano del diritto internazionale dei diritti umani, si deve altresì notare che, da un lato, un accesso ai servizi alla salute riproduttiva così «ad ostacoli» non garantisce il godimento pieno del diritto, soprattutto nei casi in cui il mancato accesso all'aborto causi violenza contro la salute delle donne, in termini di forte stress psicofisico; dall'altro lato, non tiene conto di intersezionali elementi di discriminazione, nello specifico, il *digital divide*, l'incapacità materiale – il mancato accesso ad internet – e sostanziale – la mancata capacità di ottenere informazioni attendibili. Se la telemedicina è dunque certamente uno strumento di *empowerment*, essa presenta anche dei limiti che sono determinati da disuguaglianze di genere persistenti nella società.

5. La tecnologia come strumento di controllo delle donne. Il tracciamento dei comportamenti delle donne negli Stati Uniti

Se da un lato la tecnologia consente di avere accesso ai servizi di interruzione volontaria di gravidanza, dall'altro lato la tecnologia può costituire uno strumento di controllo delle donne. Computer, smartphone e altri strumenti di comunicazione legati a internet hanno un indirizzo IP unico, che identifica e consente il tracciamento. Mediante GPS è inoltre possibile localizzare i dispositivi che presentano un indirizzo IP unico.

Sull'utilizzo del tracciamento nei casi di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, gli studi giuridici non sono ancora numerosi, quindi le considerazioni che si svolgeranno in queste pagine costituiscono l'inizio di una riflessione dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani. In base ad un rapporto del *Congressional Research Service* statunitense, il diritto federale statunitense in materia di *data privacy* prevede «relatively limited constraints upon law enforcement's ability to acquire privacy data relating to criminal activity», quindi potenzialmente anche con riferimento all'accesso all'aborto previsto in base alle leggi dello stato da cui promana la richiesta⁶⁵. Nonostante la giurisprudenza relativa al quarto emendamento riconosca alcuni limiti nella capacità delle autorità di ottenere dati di terze parti, questi limiti potrebbero difficilmente applicarsi nell'ipotesi di una sospetta

⁶² D. INGRAM, *A Dutch Doctor and the Internet are Making Sure Americans Have Access to Abortion Pills*, in *NBC News*, 7 luglio 2022, <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/dutch-doctor-internet-are-making-sure-americans-access-abortion-pills-rcna35630>.

⁶³ M. MADERA et al., *op. cit.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Congressional Research Service, *Abortion, Data Privacy, and Law Enforcement Access: A Legal Overview*, 8 luglio 2022, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10786>, p. 5.

attività criminale, ad eccezione dei casi in cui si avvii una sorveglianza prolungata della persona sospettata dell'attività criminosa⁶⁶. È stato infatti osservato che la sorveglianza «digitale» può includere dati sulla localizzazione⁶⁷. La polizia statunitense utilizza dati che provengono da smartphone per raccogliere prove contro sospetti criminali.

Alcune app scaricate sul proprio mezzo di comunicazione telefonica tracciano la localizzazione e la condividono con data brokers, che a loro volta «vendono» letteralmente questi dati a molteplici attori, incluse le forze dell'ordine. Ciò accade, riporta un autore, anche là dove le persone abbiano deciso di non optare per la raccolta dati sulla propria localizzazione⁶⁸. E ciò accade anche nei casi in cui la app sia europea e, in quanto tale, soggetta ai rigidi standard del GDPR⁶⁹: nei casi di attività effettuata dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati, il regolamento non si applica.

A tutela dell'accesso all'aborto da parte delle donne negli Stati Uniti sono state avviate alcune proposte legislative, tra cui *My Body, My Data Act*, presentato lo scorso giugno da Sara Jacobs, democratica californiana, che proibisce alle società e agli enti non profit di raccogliere, mantenere, usare e condividere dettagli sulla salute sessuale e riproduttiva di una persona senza il consenso scritto di quest'ultima⁷⁰. Un'altra proposta legislativa, il *Fourth Amendment is Not for Sale Act*, impedirebbe alle autorità di acquistare dati sulla localizzazione e altri dati personali dai data brokers⁷¹. Già a luglio, l'*executive order* del Presidente statunitense Biden sulla protezione dell'accesso ai servizi di salute riproduttiva ha previsto:

To address the potential threat to patient privacy caused by the transfer and sale of sensitive health-related data and by digital surveillance related to reproductive healthcare services, and to protect people seeking reproductive health services from fraudulent schemes or deceptive practices⁷².

Alla luce del diritto internazionale dei diritti umani, si deve rilevare che il diritto alla privacy è espressamente contenuto nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (Patto), di cui gli Stati Uniti sono parte, e della Dichiarazione americana dei diritti umani. L'analisi della dottrina statunitense raramente prende in considerazione l'aspetto internazionale per argomentare a favore di misure contenitive dell'azione degli stati federati. È certo vero che la strada dei ricorsi individuali innanzi al Comitato sui diritti umani delle Nazioni Unite, posto a tutela del Patto, è bloccata dalla mancata ratifica da parte degli Stati Uniti del Protocollo opzionale⁷³, ma non è escluso che il Comitato possa preparare un rapporto sulla situazione del rispetto del diritto alla privacy nello Stato, e che un ricorso si produca da-

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ U. GAL, *Post Roe, Women in America Are Right To Be Concerned About Digital Surveillance – and It's Not Just Period-Tracking Apps*, in *The Conversation*, 28 giugno 2022, <https://theconversation.com/post-roe-women-in-america-are-right-to-be-concerned-about-digital-surveillance-and-its-not-just-period-tracking-apps-185865>.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Si veda *infra*.

⁷⁰ H.R.8111 - My Body, My Data Act of 2022.

⁷¹ S.1265 - Fourth Amendment Is Not For Sale Act.

⁷² *Executive Order on Protecting Access to Reproductive Healthcare Services*, 8 luglio 2022, sec. 4, <https://bit.ly/3ZlQny6>.

⁷³ Protocollo Opzionale relativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966).

vanti alla Commissione interamericana, pur con gli esiti “soft” di cui si è detto. Invero, in base all’articolo 17 del Patto:

1. Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione.
2. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese.

In particolare, la norma consente una protezione del diritto individuale contro interferenze arbitrarie e illegittime. La congiunzione è alternativa, nel senso che la norma copre anche i casi di interferenze previste dalla legge, dunque legittime, le quali devono risultare «in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances»⁷⁴.

Inoltre, il recente rapporto della *Special Rapporteur* (SR) sul diritto alla privacy ha ricordato alcuni principi cardine, utili nell’esame di prassi di tracciamento e geolocalizzazione, tra cui il principio del consenso al trattamento dei dati personali, il principio della trasparenza, il principio dello scopo⁷⁵. La SR ha sottolineato che «ensuring the integrity, availability and confidentiality of personal data is an essential task and a major responsibility» e che «the variety of technologies and their dynamic transformation must be taken into account in order to evaluate risks and appropriate security measures in a responsible and ethical manner»⁷⁶. Alla luce di quanto sottolineato dagli organismi ONU che si sono occupati di privacy, si potrebbe ragionevolmente sostenere che si manifestano interferenze arbitrarie nella privacy di una donna, quando quest’ultima si rivolge ad una clinica abortiva e proprio per questo suo comportamento viene geolocalizzata con possibile conseguente invio dei dati alle autorità.

La Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri degli uomini prevede all’articolo V che ogni persona ha diritto ad una protezione fornita per legge contro attacchi abusivi contro il proprio onore, la propria reputazione e la propria vita privata e famigliare. Questo diritto trova conferma nell’articolo 11 della Convenzione americana dei diritti umani, non ratificata dagli Stati Uniti. In base agli standard elaborati nel sistema americano, il fatto che una persona lasci tracce pubbliche della propria attività «non autorizza lo stato a raccogliere i dati sistematicamente ad eccezione di specifiche circostanze dove questa interferenza sarebbe giustificata»⁷⁷. Forme di sorveglianza possono essere solo previste per legge ed essere esplicite, rigorose, precise e chiare, sia dal punto di vista sostanziale sia dal punto di vista procedurale⁷⁸. Si potrebbe legittimamente ritenere che talune leggi e prassi statali negli Stati Uniti violino i requisiti stabiliti tanto a livello internazionale quanto a livello interamericano in materia di tutela della privacy. Ad esempio, la cronologia della ricerca online e le app che consentono il monitoraggio di dati sulla salute riproduttiva e la localizzazione degli utenti potrebbero servire per dimostrare l’intenzione della persona di ottenere un aborto. In uno stato come il Texas dove un singolo può avviare un ricorso civile contro chiunque «knowingly aids or abets» un aborto, con riconosci-

⁷⁴ Comitato per i diritti umani, *General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy)*, 8 aprile 1988.

⁷⁵ UN Special Rapporteur on the right to privacy, Ana Brian Nougères, *Right to Privacy*, A/77/196, 20 luglio 2022, par. 147.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Ufficio dello Special Rapporteur per la libertà di espressione della Commissione interamericana dei diritti umani, *Standards for a Free, Open and Inclusive Internet*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 15 marzo 2017, par. 214.

⁷⁸ *Ivi*, par. 217.

mento “danni” di almeno 10,000 dollari americani⁷⁹, è evidente che il pericolo di questi sistemi di geolocalizzazione è tutt’altro che fantascienza⁸⁰.

5.1. Diritto alla privacy, servizi digitali e accesso all’aborto in Europa

Spostandoci al contesto europeo, si deve osservare che la protezione dei dati personali rientra nel diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all’articolo 8 della Convenzione europea per i diritti umani⁸¹, anche se non è ricostruibile un generale diritto all’accesso ai dati personali⁸². In *S. e Marper c. Regno Unito*, la Corte ha sottolineato che la protezione dei dati personali è di fondamentale importanza per il godimento del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare e che «the domestic law must afford appropriate safeguards to prevent any such use of personal data as may be inconsistent with the guarantees of this Article», considerato che «the need for such safeguards is all the greater where the protection of personal data undergoing automatic processing is concerned»⁸³. La raccolta, la conservazione e la diffusione di informazioni relative alla vita privata interferiscono inevitabilmente con il diritto alla privacy di un individuo⁸⁴. In base all’articolo 8 CEDU, l’ingerenza di un’autorità pubblica è giustificata solo se prevista dalla legge e se costituisce una misura che, in una società democratica, è necessaria, *inter alia*, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

È la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 2000 che contiene un espresso riferimento nel testo al diritto dell’individuo «alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» (Articolo 8)⁸⁵. I dati devono essere trattati «secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge». Rispetto all’articolo 8 della Convenzione europea, la Carta distingue la protezione dei dati dal rispetto della vita privata e familiare ed individua delle specifiche garanzie per il loro trattamento⁸⁶.

⁷⁹ SB No. 8, <https://capitol.texas.gov/tlodocs/87R/billtext/pdf/SB00008F.pdf>.

⁸⁰ R. TORCHINSKY, *How period tracking apps and data privacy fit into a post-Roe v. Wade climate*, 24 giugno 2022, in <https://www.npr.org/2022/05/10/1097482967/roe-v-wade-supreme-court-abortion-period-apps>: riporta l’autore che Google periodicamente condivide informazioni con autorità statali negli Stati Uniti, anche senza mandato.

⁸¹ Corte europea dei diritti umani, *Leander c. Sweden*, ricorso n. 9248/81, sentenza del 26 marzo 1987. V. il commento all’articolo 8 in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 297 ss.

⁸² Si veda altresì la Convenzione del Consiglio d’Europa *sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale*, Strasburgo, 28 gennaio 1981 (STCE n. 108), che specificatamente si occupa di protezione dei dati personali.

⁸³ Corte europea dei diritti umani, *S. and Marper c. Regno Unito*, ricorso n. 30562/04, 30566/04, sentenza del 4 dicembre 2008, par. 103.

⁸⁴ Corte europea dei diritti umani, *Amann c. Svizzera*, ricorso n. 27798/95, sentenza del 16 febbraio 2000, par. 69 ss.; *Rotaru c. Romania*, ricorso n. 28341/95, sentenza del 4 maggio 2000, par. 46.

⁸⁵ O. POLLICINO, M. BASSINI, Art. 8, in R. MASTROIANNI et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, 134 ss.; S. RODOTÀ, *Data protection as a fundamental right*, in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT, C. DE TERWANGNE, S. NOUWT (eds), *Reinventing data protection*, Heidelberg, 2009, 77 ss.

⁸⁶ Si veda sul punto, l’analisi dell’avvocata generale Kokott. J. KOKOTT, C. SOBotta, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in *International Data Privacy Law*, 3(4), 2013, p. 222 ss. Si veda altresì M. TZANOU, *Data protection as a fundamental right next to privacy? Reconstructing a not so new right*, in *International Data Privacy Law*, 3(2), 2013, p. 88 ss.

L'articolo in questione è stato ispirato dalla Direttiva 95/46/EC del Parlamento europeo e del Consiglio⁸⁷, che precede l'adozione del *General Data Protection Regulation (GDPR)*⁸⁸. In base al GDPR, un dato personale è «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»)», dove per identificabile si intende anche mediante dati relativi all'ubicazione o tramite un identificativo online; mentre il trattamento è qualsiasi operazione che comporta «la messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione»⁸⁹. In base all'articolo 5, i dati personali sono «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità».

Nel 2019, *Privacy International* ha pubblicato uno studio basato sulla raccolta dati da sei app per il ciclo mestruale, per comprendere se queste aderivano ai requisiti previsti dal GDPR⁹⁰. Quando i ricercatori hanno tentato di avere accesso ai loro dati, solo due delle sei app esaminate hanno risposto e, anche in quei casi, i dati erano stati occasionalmente condivisi con parti terze⁹¹. Nel 2021, un ricorso è stato presentato contro la app Flo, accusata di condividere con parti terze informazioni, inclusa la conferma di gravidanza dell'utente⁹².

Il GDPR si applica al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, anche laddove sia stato effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando si tratta di offerta di beni o prestazione di servizi (articolo 3, par. 2 (a)). Ciò dovrebbe garantire tutela alle donne in Europa.

Alla luce del quadro normativo qui descritto, sia nel quadro del Consiglio d'Europa, sia nel quadro del sistema dell'Unione europea, ci sembra difficilmente argomentabile che una restrizione al diritto alla privacy delle donne, mediante geolocalizzazione dei loro spostamenti o mediante comunicazione alle autorità del loro accesso ad un ospedale che pratica l'interruzione di gravidanza, possa giustificarsi alla luce del sistema europeo di tutela dei diritti umani fondamentali.

Più preoccupante, invero, ci pare, piuttosto, sempre nel contesto europeo, una disposizione del recente *Digital Services Act*⁹³, che, se da un lato protegge le donne contro discorsi d'odio diffusi sul web, dall'altro contiene una definizione di «contenuto illegale» che potrebbe essere utilizzata dagli

⁸⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *GU n. L 281 del 23/11/1995*, 31.

⁸⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, *GU L 119 del 4.5.2016*, p. 1. EU FRA, *Handbook on European data protection law*, Lussemburgo, 2018.

⁸⁹ Articolo 4, par. 1 e 2.

⁹⁰ *No body's business but mine: How menstruation apps are sharing your data*, <https://privacyinternational.org/long-read/3196/no-bodys-business-mine-how-menstruations-apps-are-sharing-your-data>

⁹¹ Nel sito, aggiornato a ottobre 2020, è riportato che quattro delle app hanno modificato le loro opzioni nella condivisione dei dati o lanciato indagini interne.

⁹² B. SAIKIA, K. DOSHI, *Rethinking explicit consent and intimate data collection: the looming digital privacy concern with Roe v. Wade overturned*, *LSE Blog*, 14 dicembre 2022, <https://bit.ly/3ZHOFHd>.

⁹³ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE, PE/30/2022/REV/1, in *GU L 277 del 27.10.2022*, 1 ss.

Stati membri dell'Unione europea la cui legislazione è più restrittiva in materia di aborto. Si legge infatti che è considerato contenuto illegale: «any information that, in itself or in relation to an activity, including the sale of products or the provision of services, is not in compliance with Union law or the law of any Member State which is in compliance with Union law, irrespective of the precise subject matter or nature of that law». L'offerta di servizi di aborto tramite un sito internet che diffonde in Polonia, ad esempio, potrebbe essere indicata quale contenuto illegale ai sensi del *Digital Services Act*?⁹⁴

6. Conclusioni

In questa breve riflessione si è indagato il ruolo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza. La tecnologia potrebbe essere la risposta a leggi e politiche statali sempre più restrittive in materia di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, ma potrebbe costituire anche lo strumento attraverso il quale l'accesso diventa *de facto* sempre più complesso mediante pericolose forme di sorveglianza. La riflessione che si è proposta, data la brevità, non coglie naturalmente tutti i possibili profili della materia. Ad esempio, potrebbe essere utile allargare lo sguardo ai meccanismi di libera circolazione nello spazio europeo, dove esiste una libera circolazione delle persone garantita dai trattati costitutivi che dovrebbe agevolare l'*empowerment* delle donne che richiedono l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza⁹⁵.

Le implicazioni giuridiche della relazione tra TIC e corpo femminile sono numerose, ma alla base di ogni ragionamento vi deve essere sempre la tutela dell'autodeterminazione delle donne nell'accesso, anche mediante telemedicina, al proprio diritto alla salute riproduttiva.

⁹⁴ Sul punto si veda A. KUCZERAW, L. DUTKIEWICZ, *Accessing information about abortion. The role of online platforms under the EU Digital Services Act*, in *Verfassungsblog*, 28 luglio 2022, <https://verfassungsblog.de/accessing-information-about-abortion/>.

⁹⁵ A seguito del quasi totale divieto di accesso all'aborto deciso con sentenza del tribunale costituzionale polacco, le donne polacche hanno trovato accesso in altri paesi europei, sfruttando la cittadinanza europea che garantisce il diritto alla libera circolazione delle persone nel territorio degli Stati membri. Ad esempio, *Abortions Without Borders* (Aborcja Bez Granic) ha aiutato, anche in termini economici, moltissime donne ad ottenere un aborto all'estero. <https://notesfrompoland.com/2021/07/09/abortion-ban-forces-polish-women-to-sseek-terminations-abroad-and-mental-health-support-at-home/>.

Femtech and the law (or a tale of how Eve fights to overturn Adam and take control over her body)

Vera Lúcia Raposo, Sofia Palmieri*

ABSTRACT: “Femtech” is a fancy word that refers to digital products and services aimed to cope with women’s health concerns and other issues that specifically regard women. Originally, femtech was created with the clear purpose of giving women a voice in the digital market, as they have traditionally been a silent audience assisting tech developments. However, along the line femtech became exactly the opposite: a mechanism for law enforcement authorities to build legal cases against women and for other public entities and private invade women’s privacy. More radical criticism goes as far as arguing that femtech is a tool of oppression. This paper will analyse the potential legal/social hazards of femtech, its legal framework within EU law and the possible remedies to make femtech come back to its roots as a mechanism of women empowerment.

KEYWORDS: European law; femtech; medical device; privacy; women’s rights

SUMMARY: 1. Introduction: contextualization of femtech – 2. From women’s control to control over women – 3. Controlling women by using femtech data – 3.1. Control by public entities – 3.2. Control by private bodies – 4. Controlling women by using femtech stereotypes – 4.1. The criticisms of femtech as a mechanism of oppression – 4.2. The criticism of the criticism – 5. The legal framework of femtech within European law – 6. What about the future?

1. Introduction: contextualization of femtech

The term femtech was coined by Ida Tin, back in 2016, to describe the set of products and services aimed to cope with women’s health issues, or other matters specifically concerning women.¹ Today, this kind of products are extremely popular² (for instance, they occupy a leading role in the app market)³ which might be a result of a basic premise of our times: women are the largest consumer group.

* Vera Lúcia Raposo, NOVA School of Law – NOVA University of Lisbon, Lisbon, Portugal, Centre for Research on Law and Society (CEDIS), FutureHealthlaw / WhatNext.Law. Mail: vera.lucia.raposo@novalaw.unl.pt; Sofia Palmieri, Ghent University, Metamedica, Faculty of Medicine and Health Sciences, (Department of Public Health and Primary Care). Mail: sofia.palmieri@ugent.be. The article was subject to a blind peer review process.

¹ B. KIEFER, *The Femtech Revolution*, Adweek, August 2022, 8.

² E.A. BROWN, *The Femtech Paradox: how workplace monitoring threatens women’s equity*, in *Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology*, 61, 3, 2021, 2.

³ M.D. MANHART, M.A. DUANE, *A comparison of app-defined fertile days from two fertility tracking apps using identical cycle data*, in *Contraception.*, 115, 2022, 12-16. There are, however, criticism, even from the perspec-

Femtech⁴ embraces a large spectrum of technologies, aiming to empower women about their health, and enhance their autonomy. Many femtech solutions are already available on the market. Examples of these solutions are bracelets to combat hot flashes associated with menopause, fertility-tracking mobile apps, apps for pre- and post-partum care, digital blood tests for pregnancy detection, apps for pregnancy and maternity educational purposes, and apps aimed at controlling anxiety (more common in women than on men).⁵ Issues related to pregnancy – or the avoidance of it – play a significant role in femtech⁶ (even though not all are based on scientific evidence).⁷ Fertility plays a major role in femtech. Femtech apps are employed to notify women that the menstrual cycle is overdue, that it is time to take their contraceptive pill or when it is the best period to have sexual intercourse considering a future pregnancy. As for their format, femtech comes in the form of stand-alone apps, wearable or even insertable technology that sends data to a paired smartphone app.

Because of the “innocent” and helpful function of these apps, users are willing to input personal information, which might range from simple facts, like name and age, to more complex and private matters, like occasions of intimacy.⁸ Besides data actively input by the app user, femtech apps are also fed with data collected from the woman’s body, by using, for instance, biosensors that measure body temperature, analyse saliva samples and/or measure the heartbeat.⁹

Femtech enthusiasts claim that these solutions can help both to destigmatise female-specific conversations and to nurture and improve knowledge of typically female conditions on which there is still little research.¹⁰ Furthermore, through the collection of health data, femtech empower women, supporting them in knowing and understating their bodies. Femtech also has the potential to improve healthcare accessibility: women living in remote and underserved areas may find a valuable first digital response to their health concerns in femtech solutions. Overall, these technologies can improve women’s wellbeing in general and their maternal experience through a personalized healthcare experience.

tive of women’s rights. An overview of the main remarks in T. HENDL, B. JANSKY, *Tales of self-empowerment through digital health technologies: a closer look at “Femtech”*, in *Review of Social Economy*, 80, 1, 2022, 30.

⁴ In general about FemTech from a legal standpoint see C. MCMILLAN, *Monitoring Female Fertility Through “Femtech”: The Need for a Whole-System Approach to Regulation*, in *Medical Law Review*, 30, 3, 2022, 410-433; E.A. BROWN, op. cit., 1; P. MISHRA, Y. SURESH, *Datafied body projects in India: Femtech and the rise of reproductive surveillance in the digital era*, in *Asian Journal of Women’s Studies*, 27, 4, 2021, 597-606.

⁵ R. VACH, “Femtech” Seeks A Movement Toward Holistic Women’s Health’, in *Chiropractic Economics*, 2021, 64-68.

⁶ M. DUANE, A. CONTRERAS, E.T. JENSEN, A. WHITE, *The performance of fertility awareness-based method apps marketed to avoid pregnancy*, in *J Am Board Fam Med*, 4, 2016, 508-11.

⁷ M.D. MANHART, M.A. DUANE, op. cit., 1.

⁸ See D. LUPTON, *Quantified Sex: A Critical Analysis of Sexual and Reproductive Self-Tracking Using Apps*, in *Cult Health Sex*, 17, 4, 2015, 440-53.

⁹ R.E. MADRID, F. ASHUR RAMALLO, D.E. BARRAZA, R.E CHAILE, *Smartphone-Based Biosensor Devices for Healthcare: Technologies, Trends, and Adoption by End-Users*, in *Bioengineering*, 9, 2022, 101; T. BEDUK, D. BEDUK, M.R. HASSAN, E. GULER CELIK, J. KOSEL, J. NARANG, K.N. SALAMA, S. TIMUR, *Smartphone-Based Multiplexed Biosensing Tools for Health Monitoring*, in *Biosensors*, 12, 2022, 583.

¹⁰<http://bit.ly/3EkrxWP> (last visited 8/02/2023); <http://bit.ly/3Kiszq6> (last visited 8/02/2023); <http://bit.ly/3KfBtEZ> (last visited 8/02/2023); <https://www.entrepreneur.com/en-in/technology/femtech-in-a-guest-for-better-female-health/442597> (last visited 8/02/2023).

However, alongside those who perceive femtech positively, many have a pessimistic or even nefarious vision of these technologies. These two perspectives are, in a sense, a mirror of what is happening with femtech: on one hand, it is a flourishing market, nourishing promises of increased knowledge and control over one's own body; on the other hand, a darker backdrop of the broader ever-present risk of control and stigmatisation of women's bodies within society.¹¹

This negative perception of femtech is further aggravated by recent events in the United States regarding the right to abortion, in the aftermath of the reversion of *Roe v. Wade*,¹² and policies which also in Europe are moving towards a reduction of women's autonomy about their reproductive choices.¹³

These events increase the perception of multi-layered, institutionalised attacks on autonomy that women have to face when it comes to their health and well-being. Examples of these are the politicisation and criminalization of women's bodies and reproductive decisions, the use of captivating layout to prompt "optimal" and subliminal decision-making during pregnancy,¹⁴ the parallel stigmas surrounding (in)fertility and menstruation,¹⁵ and the absence of women's issues from clinical trials.¹⁶ Furthermore, the leakage of women's health data from major femtech companies increases the fear that technologies such as femtech may fuel stigmatisation and ultimately jeopardize women's rights. The growing pessimism and dystopia around the above-mentioned events generate the need to clarify the European regulatory framework applicable to femtech and understand whether the fears are well-founded. Against this backdrop of potential promise and feared pitfalls, this paper describes some of the main concerns related to the misuse of femtech and its growing presence in the market. Secondly, the paper gives an insight into the regulations applicable to femtech within the European Union (EU).

2. From women's control to control over women

Thanks to femtech, women's issues and health-related questions are no longer spoken in a whisper to become objects of open conversation between femtech's CEOs. By bringing women's issues to the

¹¹ See L. GURRIERI, J. PREVITE, J. BRACE-GOVAN, *Women's Bodies as Sites of Control: Inadvertent Stigma and Exclusion in Social Marketing*, in *J Macromarketing*, 3, 2013, 128.

¹²We refer to the discussion raised after *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022). In this landmarking decision of the U.S. Supreme Court, the court held that the Constitution of the United States does not confer a right to abortion. The court's decision overruled both *Roe v. Wade* (1973) and *Planned Parenthood v. Casey* (1992), giving each state the full power to regulate any aspect of abortion not protected by federal law. See also, as a commentary, A. KOBAYASHI, M. THOMAS, *How will the reversal of Roe v. Wade affect American women?*, in *Economic Observatory*, 2022, <https://www.economicsobservatory.com/how-will-the-reversal-of-roe-v-wade-affect-american-women/>.

¹³ Thinking one for all, to the example of Poland. See, *inter alia*, <https://www.euractiv.com/section/politics/news/eu-parliament-to-look-into-polands-deadly-abortion-laws/>.

¹⁴ See WHO, *Global Alcohol Action Plan 2022-2030 to Strengthen Implementation of the Global Strategy to Reduce the Harmful Use of Alcohol* (WHO, June 2021).

¹⁵ M. SHILDRICK, *Leaky bodies and Boundaries: Feminism, Postmodernism and (Bio) Ethics*, 2015, Routledge.

¹⁶ I. MALHAME, R. D'SOUZA, M.P CHENG, *The Moral Imperative to Include Pregnant Women in Clinical Trials of Interventions for COVID-19*, in *Ann Intern Med*, 173, 2020, 836.

private area,¹⁷ femtech managed to put the spotlight on traditional taboos, such as menstruation, women's sexual appetite, menopause, and infertility. Reproduction and fertility used to be private issues restricted to the house and close family members. Femtech managed to bring it to the public sphere, opening the discussion and directing science and medicine toward topics always perceived as marginal.

With this jump into the spotlight, femtech also had the chance to bust women's autonomy. The idea behind fertility apps was to empower women and enhance their freedom to make conscious choices about their health (leading to its qualification as a "feminist issue").¹⁸ By knowing more about their bodies (basically, knowing the respective data),¹⁹ they would gain control over them and their reproductive function, ultimately deciding if and when to have kids.

"Empowerment is, thus, framed as a result of a woman acquiring data-driven knowledge about her body and its processes to step up in charge of her body and exercise individual autonomy and choice in her menstrual, sexual and reproductive health and life more broadly".²⁰ Ultimately, the aim was to grant women the control over their bodies they have been lacking for years. Though the 70's emancipation revolutions were a major step in that regard, the fact is that some of the acquired rights and liberties were not accompanied by technological advanced suited to materialize those rights and liberties. Tech companies have traditionally focused on men's issues and only recently has the aim to satisfy women's needs gained the spotlight.²¹ However, this empowerment could be overturned against women, as it has become a way for external entities to control women's bodies. In the following lines, we explore the darker side of the femtech industry that lurks in the shadows, calling in to question the beneficial nature of these devices.²²

3. Controlling women by using femtech data

3.1. Control by public entities

Privacy intrusion from public entities, namely law enforcement agencies, were fuelled by recent event surrounding abortion laws. In the US, some State governments tried (and managed) to seek access to data collected by femtech devices and other digital tools to initiate or advance legal proceedings against women,²³ regarding abortion, drug use, or prostitution.²⁴ The Iranian situation pro-

¹⁷ P. MISHRA, Y. SURESH, *op. cit.*, 1.

¹⁸ C. McMILLAN, *op. cit.*, 1.

¹⁹ P. MISHRA, Y. SURESH, *op. cit.*, 4.

²⁰ T. HENDL, B. JANSKY, *op. cit.*, 1.

²¹ L. WILSON, *Femtech Companies Closing the Gender Health Gap*, June 2022, <https://www.beaurost.com/blog/uk-femtech-startups/>.

²² C. CODINHA, *What Is Femtech, and Is It the New Pink Tax?*, in *Allure: wellness*, April 2019, <http://www.allure.com/story/what-is-femtech>.

²³ A woman's search history on the internet was used as evidence to show intention to carry out an abortion. Cf. A. GEOFFREY, *Fowler and Tatum Hunter, "For people seeking abortions, digital privacy is suddenly critical"*, in *The Washington Post*, Published May 4, 2022, Updated June 24, 2022, <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/05/04/abortion-digital-privacy/>.

vides another example of the use of femtech data by public entities. Following the criminalization of abortion and other practices hindering reproductive capacity, the government has imposed a “tracking” of Iranian women’s pregnancies (e.g., centralizing the results of every pregnancy test in a unique governmental system) to prevent abortive practices.²⁵

Not much imagination is required to speculate about a future in which some governments may use these technologies to reinforce discriminatory and borderline eugenic policies. An example could be tracking the menstrual cycles of migrant girls through fertility apps, with an agenda in line with a policy of birth control within these ethnic minority groups.²⁶

These dystopian scenarios seem far from coming true on this side of the Atlantic. In the majority of European countries, abortion laws remain more based on women’s self-determination and the use of femtech in abortion criminal proceedings is not a foreseeable issue. However, in some countries, such as the UK, data taken from devices (femtech included) are being used in other criminal proceedings. For instance, victims of rape, and sexual or domestic violence are being asked to deliver their devices to get data regarding their communications, web searches, and downloaded materials. The British Information Commissioner’s Office (the competent data protection authority in the UK) has already issued a report on this question, alerting police forces to the need to comply with the 2018 Data Protection Act (the UK’s implementation of the GDPR).²⁷

Besides police forces, femtech data can be of particular interest to other public authorities, for instance, to organize and manage health services. This option could also be a force for good, making the provision of health services more inclusive for women. Still, there are no guarantees as to the real implication of such data access, which in theory could make healthcare more women-tailored. On the contrary, what we have witnessed in terms of sharing these specific data on women’s health have been attempts to gain a new kind of control over women’s bodies.²⁸

3.2. Control by private bodies

Data intrusions might also come from private companies, eager to use the data generated by femtech for business-related purposes, making women’s bodies (again) a source of profit. This time, not because of services provided with their bodies, but because of the data collected from them. After all, behind the golden armour of an altruistic purpose femtech apps and products are created for profit in the same way as other consumer products.²⁹

The problem lies in the fact that, although most users know that femtech apps collect information in exchange for the service offered, they are not aware of the specificities of these business models or

²⁴ Cf. B. CORBIN, N. GWILT LAW, *The Shifting Data Privacy Landscape For Femtech & Beyond*, in *MedDevice online*, June 29, 2022, <https://www.meddeviceonline.com/doc/the-shifting-data-privacy-landscape-for-femtech-beyond-0001>.

²⁵ Iran death penalty threat for abortion unlawful: UN rights experts. United Nations (2021). <https://news.un.org/en/story/2021/11/1105922>.

²⁶ In a horrifying history of forced sterilizations, some fear the US is beginning a new chapter. <https://edition.cnn.com/2020/09/16/us/icehysterectomy-forced-sterilization-history/index.html>.

²⁷ R v Carl Bater-James and Sultan Mohammed [2020]EWCA Crim 790.

²⁸ B. CORBIN, op. cit., 5.

²⁹ C. McMILLAN, op. cit., 1.

the privacy policies that govern them. Companies tend to comply with the General Data Protection Regulation (GDPR)³⁰ obligations that require consent for data sharing (otherwise they will be sanctioned for a violation of the GDPR), however, users are not always completely aware of how their information is used (which might also equate to a GDPR violation).³¹

A 2020 study by the Norwegian Consumer Council examined some of the most popular femtech apps, including Clue³² and Flo,³³ and concluded that data collected by them were far and wide.³⁴ The study found that these apps collectively transferred personal data to at least 135 third-party companies, or “data brokers”, who collect, aggregate and combine personal information about the user from different sources to create a digital profile. The breadth of uses that can be made is as manifold as the information collected is vast and inclusive. Data ranging from a user’s location to information on his/her personal health and sexual orientation are sold to data brokers for various functions, such as marketing and targeted advertising campaign, ascertaining the price of health insurance premiums, developing novel women’s products, or even deepening scientific knowledge. Overall, data-sharing practices, frequently with money involved,³⁵ created a parallel business.

There are also other common “private purposes” which relate to the labour environment. Femtech apps are being used by employers to manage the workplace and control their personnel. Indeed, it is a growing and laudable trend for employers to pay attention to the general well-being of their employees. However, when that is done by having access to their personal health details – e.g., using wearable health apps, very often provided by the company itself – a legal problem arises. Moreover, this genuine interest towards employees often comes hand in hand with the interest to save money on employees’ health insurance or adopt targeted management policies. The expansion of this trend to more intimate details – such as fertility and menstrual cycle data – is inevitable and thus threats to privacy and data protection are on the rise.

For instance, the gaming company Activision Blizzard encourages its female workers to use the app Ovia³⁶ and subsequently transmit to the company the respective aggregated data, allegedly for the

³⁰ *EU General Data Protection Regulation (GDPR)*: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ 2016 L 119/1.

³¹ The GDPR applies to the treatment of personal data as defined by Article 4 and Recital 26. According to Article 2(1) of the GDPR, the situations here described involving the processing of health data through femtech app, fall in the material scope of the regulation.

³² Clue (<https://play.google.com/store/apps/details?id=com.clue.android&hl=en&gl=US>) is a very popular fertility tracking app that claims to merely use the data for scientific research: “When you track in Clue, you contribute to an unprecedented data set that is forwarding the understanding of female health” (Amanda Shea, Scientific research at Clue, Clue, June 20 2022, <https://helloclue.com/articles/about-clue/scientific-research-at-clue>).

³³ Likewise, Flo (<http://bit.ly/3Z00JDI>) is a very popular menstrual and period tracker, that some consider the number one female OB-GYN (<https://www.news-medical.net/news/20220322/Flo3b-Much-more-than-a-period-tracker.aspx>).

³⁴ See <https://bit.ly/3YHhQJj>.

³⁵ Data brokers (i.e., companies that sell personal data) are selling abortion related data for merely \$160 (B. CORBIN, op. cit., 5).

³⁶ Ovia is a fertility, pregnancy tracking, and parenting app; (<https://play.google.com/store/apps/details?id=com.ovuline.fertility&hl=en&gl=US>).

company to better manage their costs with health insurance plans.³⁷ However, it is fair to assume that some more business-related concerns were the base of such requests to access data, namely, to identify how many employees were planning to have children (and thus will be unavailable to work). Data retrieved from femtech solutions could also trigger strong discrimination by health insurers based on the “fertility status” or other health issues related to women. This may be the case, for example, if a private insurance company comes into possession of data symptomatic of an infertility condition or concerning the presence of breast cancer or other pathologies that would require specific medical treatment.³⁸ The breach of strictly private information such as this not only leads to privacy violations, as it also can carry detrimental consequences for the ones involved because once it gets into the hands of insurance companies, the latter might consider not covering that individual or doing it at much higher rates.³⁹

Femtech solutions could boost targeted – and perhaps politicized – advertising campaigns. Femtech apps frequently incorporate social media plugins and built-in features that link to forums focused on health issues. While users may view these forums as closed places, businesses and other parties frequently view this information as public.⁴⁰ The user may not always be aware of the group’s interests that are driving the apps. For instance, a 2019 Guardian investigation revealed that a period and fertility tracking app was backed by Catholic anti-abortion and anti-gay activists and that it was unclear how the app owners and these other entities were using the aggregated data sets.⁴¹ Furthermore, there is a strong chance that misinformation will continue to circulate through these forums, a phenomenon that has been well-researched in relation to other healthcare-related topics, such as anti-vaccination movements.⁴²

4. Controlling women by using femtech stereotypes

4.1. The criticisms of femtech as a mechanism of oppression

Besides the potential risks due to the misuse of these technologies by private and public actors, the marketing and use of femtech solutions might simultaneously enforce and impose various oppressive biases that have historically plagued women. It has been extensively argued that

³⁷ D. HARWELL, *Is your pregnancy app sharing your intimate data with your boss?*, in *The Washington Post*, April 2019, <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/04/10/tracking-your-pregnancy-an-app-may-be-more-public-than-you-think/?noredirect=on>.

³⁸ M. CROSSLEY, *Discrimination against the unhealthy in health insurance*, in *Kansas Law Review*, 54, 2005, 73.

³⁹ M. MEHRNEZHAD, L. SHIPP, T. ALMEIDA, E. TOREINI, *Vision: Too Little too Late? Do the Risks of FemTech already Outweigh the Benefits?* In Proceedings of the 2022 European Symposium on Usable Security (EuroUSEC '22). Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 145-150.

⁴⁰ L. SHIPP, J. BLASCO, *How private is your period?: A systematic analysis of menstrual app privacy policies*, in *Proc. Priv. Enhancing Technol.*, 4, 2020, 491-510.

⁴¹ J. GLENZA, *Revealed: women’s fertility app is funded by anti-abortion campaigners*, in *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/world/2019/may/30/revealed-womens-fertility-app-is-funded-by-anti-abortion-campaigners>.

⁴² G. PENNYCOOK ET AL., *Shifting attention to accuracy can reduce misinformation online*, in *Nature*, 592, 2021, 590-595.

femtech presumes compliance with the stereotypical role of the woman.⁴³ Through the use of predefined settings and design assumptions, such as choice of specific layouts and features,⁴⁴ it is said that femtech developers have created products that categorize women, imposing a range of values that are considered “normal”. In consequence, it arguably ostracizes women whose personal and unique biology is not within the range of artificial normal values,⁴⁵ requiring women to flatten to cultural standards. These perspectives argue that numerous subsets of women, including transgender women, are excluded, stigmatized and devalued in their most intimate experiences.

Some authors have envisaged even more obscure outcomes related to the oppression and the stereotyping of women. Elisabeth Brown gives the following example: suppose that the data collected from a menstruation tracking app reveal that women’s brains operate differently during the different stages of the fertility cycle. In the “wrong hands” this information might be used to exclude competent women from top leading positions, by synchronizing (or desynchronizing) their agenda in such a way that important tasks are scheduled for those less auspicious days, leading to women’s dismissal for poor performance.⁴⁶ At the same time, this information could be used as a scientific basis to relegate women to a role of semi-incapacity, once again subjecting them to male power. The outcome is particularly gloomy if we look into a futuristic scenario where instead of apps femtech embraces mandatory wearable devices or even mandatory implantable chips.⁴⁷ However, there is no sound ground for such an apocalyptic feminist scenario.

4.2. The criticism of the criticism

It is a fact that conception or fertility-related technologies may work with the presumption that users adhere to specific social, sexual, and physical standards.⁴⁸ It could not be in any other way. Data-driven products are developed based on given standards, which refer to the source of the data used and on a population-based statistical model. However, it should be recognised that in the specific case of femtech products the standard relates to gender-based norms and “gender-based reprisals” (prejudice, discrimination) that women often face. Digital products tend to tell women what their biological characteristics should be (e.g. a thirty-day cycle), what reproductive goals they should aim for (e.g. through the apposition of a smiley face on a menstruation monitoring app when a woman does not have her period, which means her goal should be pregnancy), and what their sexual activi-

⁴³ M.E. GILMAN, *Periods for Profit and the Rise of Menstrual Surveillance*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 41, 1, 2021, 100-13.

⁴⁴ Often presented in pastel colours and “feminine” motifs (e.g., hearts and flowers).

⁴⁵ J. MCGRATH, *With Period-Tracking Apps, the Fate of Your Fertility Is Far from Clear*, in *Digital trends*, September 2019, <http://www.digitaltrends.com/mobile/the-problems-and-promises-of-periodtracking-apps/>; M. MCHUGH, *Does Femtech Give Users Control of Their Health or Take It Away?*, in *Ringer Tech*, <http://bit.ly/3ICY3q0> (explaining that “many health apps try to shove users and their bodies into strict categories”).

⁴⁶ E.A. BROWN, *op. cit.*, 1.

⁴⁷ About mandatory wearable devices, see V.R. RAPOSO, *Big Brother Knows that you are infected: wearable devices to track potential COVID-19 infections*, in *Law, Innovation and Technology*, 13, 2, 2021, 422-438;

⁴⁸ D LUPTON, “Mastering Your Fertility” *The Digitised Reproductive Citizen*, in A. MCCOSKER, S. VIVIENNE, A. JOHNS (eds), *Negotiating Digital Citizenship: Control, Contest and Culture*, 2016, 81-87.

ties and preferences should be (with images on the apps strongly focusing on male genitalia).⁴⁹ The way in which fertility (and its importance) is socially and culturally constructed has a direct impact on the well-being of women and thus these arbitrary standards reinforce the notion of otherness for women who do not – and often cannot – conform.⁵⁰

However, against these criticisms, it seems appropriate to make two observations. Firstly, the generalised attack on femtech on several fronts would seem to lead to the unequivocal solution of giving up on this sector of medical innovation. A solution that is more drastic than sensible, renouncing innovation and the undeniable benefits of such applications, rather than building on them to improve femtech products. How is it better to fossilise innovation until the perfect balance of viewpoints is found, instead of advancing step by step towards a more comprehensive solution? Putting it even more simply, better no one than someone? Secondly, the criticism cannot be built in such a way that the desire of having kids, shared by many women, becomes the target. One thing is to argue that femtech apps shall be designed to embrace a more diversified range of users, especially considering transgenders and women who do not want/can have children; and that femtech could be featured less stereotypically, recognising that women, as well as women's tastes and desires, are not uniform. A different thing is to claim that femtech is a mechanism of female oppression and that we all will be shaped to think alike because of femtech. While the first observation is broadly agreeable, the second leads to the inevitable reversed discrimination against the "standardized women" represented in femtech. The claim that femtech and other technologies alike are oppressing women that do not want/can have kids might be reverted into an opposite criticism: would the ban of these technologies be an attack on women that do want to have kids?

5. The legal framework of femtech within European law

Within the EU, femtech manufacturers must untangle themselves in a waltz of old, renewed and desired regulations, which contribute in varying degrees to the regulation of these products. Regulation cannot solve all the problems raised by femtech. However, some of them, especially the ones related to safety and data, might benefit from a proper legal framework.

The first set of legal norms derives from the qualification of femtech as medical software. Some femtech apps and/or devices are considered medical devices in the EU under the Medical Devices Regulation (EU) 2017/745 (MDR)⁵¹, as software aimed for medical purposes. Medical devices in the EU should be certified following the demand requirements of the MDR and thus the manufacturer will have to satisfy growing safety requirements according to the risks related to the device.⁵²

⁴⁹ C. McMILLAN, *op. cit.*, 1.

⁵⁰ MCHUGH, *op. cit.*, 7; J. TODRES, *Law, Otherness, and Human Trafficking*, in *Santa Clara Law Review*, 49, 2009, 605.

⁵¹ Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC (Text with EEA relevance) (OJ L 117 05.05.2017, 1, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/745/oj>).

⁵² See the classification system explained in S. PALMIERI, T. GOFFIN, *A blanket that leaves the feet cold: exploring the AI Act safety framework for medical AI*, in *European Journal of Health Law*, 1, 2023.

Femtech software frequently works based on artificial intelligence (AI) in its various forms (AI *stricto sensu*, machine learning).⁵³ The fact that it is constantly developing based on the “self-learning” components raises complex issues, as the current legal frameworks in Europe (and around the world) is not yet prepared to support AI models and applications. Regulators are debating how to guarantee the security, efficacy, and performance of AI-enabled medical devices, applications, and other digital technologies used in healthcare. Designing and establishing proportional legislation that permits a safety risk-based strategy to oversee AI-powered systems is a crucial problem in this regard. In this vein, the EU has made numerous efforts in recent years to curb the risks arising from big data and new technologies through robust regulatory proposals.

One of such set of norms, still in the draft stage, is the so-called AI Act.⁵⁴ AI-based medical devices – as it is the case of many femtech apps and related femtech technologies – are considered high-risk AI systems under the AI Draft Act,⁵⁵ and as such they must comply with various requirements before getting the CE marking of conformity and being allowed to go into the market.⁵⁶ One of such requirements relates to cybersecurity safeguards, which, in turn, might be useful to prevent undue access to information gathered by the device.

The harm caused by femtech devices is another concern. The Product Liability Directive, currently under reformulation,⁵⁷ provides a regime of strict liability for defective products, and it will soon be complemented by the AI Liability Directive.⁵⁸ The Product Liability Directive is targeted at safety issues pertaining to the use of such devices, while the AI Liability Directive relates to other malfunctions. Undue access or undue use of data are not among the issues included in the Directives, even though the revised Product Liability Directive will cover “material losses due to the loss, destruction or corruption of data”,⁵⁹ as confirmed by Article 6(4)(c) of the draft, that lists the “loss or corruption of data that is not used exclusively for professional purposes” as one of the damages to be covered by this Directive.

⁵³ V. SUBBHURAAM, B.K. WIEDERHOLD, *Femtech: Digital Help for Women’s Health Care Across the Life Span*, in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 24, 11, 2021, 697-698; C. ROSAS, *The Future Is Femtech: Privacy and Data Security Issues Surrounding Femtech Applications*, in *Hastings Business Law Journal*, 15, 2, 2019, 319-341; L.M. BRAYBOY, A.M. QUAAS, *The DIY IVF cycle—harnessing the power of deeptech to bring ART to the masses*, in *J Assist Reprod Genet*, 2022.

⁵⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative acts, COM/2021/206 final, meanwhile already updated. The last version – and all the ones in between – in <https://artificialintelligenceact.eu/developments/>.

⁵⁵ S. PALMIERI, P. WALRAET, T. GOFFIN, *Inevitable Influences: AI-Based Medical Devices at the Intersection of Medical Devices Regulation and the Proposal for AI Regulation*, in *European Journal of Health Law*, 28, 4, 2021, 341-358.

⁵⁶ V.L. RAPOSO, *Ex machina: preliminary critical assessment of the European Draft Act on artificial intelligence*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 30, 1, 2022, 88-109;

⁵⁷ Proposal for a Directive of the European parliament and the Council on liability for defective products (https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/3193da9a-cecb-44ad-9a9c-7b6b23220bcd_en).

⁵⁸ Proposal for a Directive of the European parliament and the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496>).

⁵⁹ Proposal for a Directive of the European parliament and the Council on liability for defective products – Explanatory Memorandum, 30.

Moreover, compliance with the data regulations norms is required: the GDPR for a start, and eventually the future Data Act,⁶⁰ Data Governance Act,⁶¹ and European Health Data Space.⁶² Presently, the GDPR is the law that best protects data subjects from undue and illegitimate access.⁶³ According to it, any data processing requires a proper legal ground,⁶⁴ to be found in Article 6(1) of the GDPR and, in case sensitive data are involved (as it is the case of health and genetic data), an additional one in Article 9(2) GDPR. Violations of the GDPR can lead to severe administrative penalties and allow the data subject that suffered moral or material harm to file a compensation request (chapter 8 of the GDPR).⁶⁵

From all the potentially problematic issues raised by femtech, the possible discrimination and eventual oppression is the one we can most hardly trace back to a precise source of EU law, or, for what matters, in any law. Some of the norms of the Charter of Fundamental Rights⁶⁶ could be applicable, namely Articles 1 (Human dignity), 7 (Respect for private and family life), 8 (Protection of personal data), 10 (Freedom of thought, conscience and religion), 20 (Equality before the law), 21 (Non-discrimination), 22 (Cultural, religious and linguistic diversity) and 23 (Equality between women and men), 38 (Consumer protection), as well as others secondary regulations on non-discrimination.⁶⁷ However, the exact consequences of femtech in what regards women's oppression (or, at least, some women) is a matter open to debate and thus it is not evident how would these rights apply to a potential claim.⁶⁸

⁶⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), Brussels, 23.2.2022 COM(2022) 68 final 2022/0047 (COD), Strasbourg, 3.5.2022 COM(2022) 197 final 2022/0140 (COD).

⁶¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act) COM/2020/767 final.

⁶² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space.

⁶³ Compared to the protection offered to individual rights by other legal instruments dedicated to the protection of personal data, the GDPR adopts a more guarantee-based approach. See C.J. MCKINSTRY, *The HIPAA Privacy Rule: Flawed Privacy Exposed When Compared with the European Union's General Data Protection Regulation*, in *Journal of healthcare Finance*, 45, 1, 2018; see also the case Privacy Shield ECLI:EU:C:2020:559; More in general see: G. CHASSANG, *The impact of the EU general data protection regulation on scientific research*, in *Ecancermedalscience*, 3, 11, 709, 2017; <http://bit.ly/3SaMmKe>.

⁶⁴ Principle of lawfulness of processing (Article 5(1)(a) GDPR).

⁶⁵ More details in C.J. HOOFNAGLE, B. VAN DER SLOOT, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *The European Union general data protection regulation: what it is and what it means*, in *Information & Communications Technology Law*, 28, 1, 2019, 65-98.

⁶⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union, http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj.

⁶⁷ Directive 2000/43/EC against discrimination on grounds of race and ethnic origin; Directive 2000/78/EC against discrimination at work on grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation; Directive 2006/54/EC equal treatment for men and women in matters of employment and occupation; Directive 2004/113/EC equal treatment for men and women in the access to and supply of goods and services; Directive Proposal (COM(2008)462) against discrimination based on age, disability, sexual orientation and religion or belief beyond the workplace.

⁶⁸ More details on how the Charter protect women's rights in R. GUERRINA, *Gender, Mainstreaming and the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Policy and Society*, 22, 1, 2003, 97-115.

6. What about the future?

Femtech was born as a mechanism of women's liberation and self-determination, but with recent legal changes in some jurisdictions, it risks becoming a mechanism of women's external control. The diffusion of femtech can certainly allow accessible and supportive healthcare, offering a sense of community, but also, as the discussion explored, a network of false or manipulative information, data gathering, and profiteering. It seems that women's issues reached the wrong side of the public area: instead of becoming a tool for emancipation, they became a mechanism for persecution and external control from governments, employers, and potentially any other entity (insurance companies, doctors). Some go even further and claim that femtech became a mechanism of women's oppression, though the substance of such radical accusations remains controversial.

As discussed earlier in the paper, some of the most popular fertility apps turned out to be sharing very intimate data of their user to advertisement companies. Fearing that poor data privacy and security practices could result in the disclosure of their reproductive data to law enforcement agencies, who could use it to investigate and prosecute women who have had illegal abortions, many women gave up on their femtech apps or swap for more privacy compliant apps.⁶⁹ If governments cannot have access to the information collected by the apps, access to their bodies is likewise barred.

As smart as this strategy is, it takes with it an evident downside: femtech, especially AI-driven femtech, needs data to improve and develop a better version of itself. However, if women up their fertility apps – and many women are doing that to avoid having their bodies controlled by public powers – the amount of collected data will substantially decrease, thus jeopardizing the future of femtech.⁷⁰ With fewer data, the accuracy of femtech apps will decrease.⁷¹ Apps, especially AI-based apps, are only as good as the data they have been provided with. The lack of data and failures in their quality and quantity raise biases and lead to discriminatory and inexact results.⁷²

In order to prevent these outcomes, femtech companies shall develop more robust privacy and cybersecurity measures and adopt FAIR data quality standards.⁷³ Such events led some femtech companies to consider adjustments and changes that are already taking place. Not long ago, the femtech app Flo announced that considering how data collected by femtech apps are being used to persecute women for illegal abortion they would include an “anonymous mode” to prevent the user's identi-

⁶⁹ <https://bit.ly/4185Sep> (last visited 8/02/2023).

⁷⁰ B. CORBIN, *op. cit.*, 5.

⁷¹ C. McMILLAN, *op.cit.*, 1.

⁷² M. MEHRNEZHAD, T. ALEMIDA, *Caring for Intimate Data in Fertility Technologies*, CHI '21: Proceedings of the 2021 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, 409, 2021, 1-11.

⁷³ Research around the concept of data quality is a booming area. Today, there are numerous standards and systems for assessing data quality. Among many, by way of example and for assonance with the phrase referred to, we mention FAIR, which stands for findability, accessibility, interoperability, and reusability. See <https://www.go-fair.org/fair-principles/>. To date, there is no universally accepted data quality standard. However, there is a shared need, especially in the health sector, to find this standard to improve the quality of care, as expressed in the recent Porto Declaration (<https://www.i-hd.eu/health-data-forum-2022/ihd-porto-declaration-on-health-data-quality-2022/>).

caution.⁷⁴ These obvious cautions, however, will have little impact if the legal framework allows the state to gain access to such data for law enforcement purposes.

If femtech companies fail to protect their users, women will very likely abandon the use of these products, eventually converted into mechanisms of control. This outcome will jeopardize women's rights (reproductive rights, rights over the body, privacy rights) and sink what has been up until now a very profitable business.

Femtech should go back to what it was meant to be: a tool to empower women. Maybe for now it cannot satisfy all women, as we came in different "shapes and forms", but hopefully in the future femtech can develop to cover a wide range of the female public. If and when that happens femtech will become much more respectful of individual rights and liberties (and, by the way, much more profitable).

Special issue

⁷⁴ <https://www.femtechworld.co.uk/news/period-tracker-app-flo-introduces-anonymous-mode-after-roe-outcome/>.



Il difficile bilanciamento tra dignità del feto e autodeterminazione della donna: analisi normativa della sepoltura dei feti nelle realtà statunitense e italiana

Beatrice Perego*

THE DIFFICULT BALANCE BETWEEN THE DIGNITY OF THE FETUS AND THE SELF-DETERMINATION OF THE WOMAN: NORMATIVE ANALYSIS OF THE BURIAL OF FETUSES IN THE AMERICAN AND ITALIAN REALITIES
ABSTRACT: This paper, through the analysis of Italian legislation and U.S. jurisprudence on the subject of the burial of aborted fetuses, aims to highlight the effects of the imposition of legal obligations in this matter on women's constitutionally guaranteed rights to freedom of conscience, religion and choice. The experiences analyzed highlight how the disciplines introduced in order to protect the dignity of the conceived stand as an obstacle, as much to access to the abortion practice, as to the full self-determination of the woman.

KEYWORDS: Burial; aborted fetuses; mortuary regulations; special waste disposal; self-determination

ABSTRACT: Il presente contributo, attraverso l'analisi della normativa italiana e della giurisprudenza statunitense in tema di sepoltura dei feti abortiti, intende evidenziare gli effetti dell'imposizione di obblighi giuridici in tale materia sui diritti di libertà di coscienza, religione e scelta della donna, costituzionalmente garantiti. Le esperienze analizzate evidenziano come le discipline introdotte al fine di tutelare la dignità del concepito si pongono come ostacolo, tanto all'accesso alla pratica abortiva, quanto alla piena autodeterminazione della donna.

PAROLE CHIAVE: Sepoltura; feti abortiti; disciplina mortuaria; smaltimento di rifiuti speciali; autodeterminazione

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi – 2. Il caso dell'Indiana: la sentenza Doe v. Rakita – 3. Il quadro normativo italiano – 4. Considerazioni conclusive.

* Dottoranda di ricerca in Scienze Politiche, curriculum Governo e Istituzioni Università degli Studi Roma Tre. Mail: beatrice.perego@uniroma3.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Brevi cenni introduttivi

Con la celebre sentenza *Roe v. Wade*¹, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha sancito che le leggi statali di criminalizzazione dell'aborto violano la clausola del giusto processo del quattordicesimo emendamento, che protegge contro l'azione dello Stato il diritto alla privacy, all'interno del quale è riconducibile il diritto di una donna di interrompere la gravidanza. Allo stesso tempo, la Corte Suprema ha affermato che i singoli Stati hanno il potere di regolamentare i tempi e le circostanze in cui possono essere praticati gli aborti².

Ebbene, negli anni successivi all'adozione di questa sentenza³, i legislatori statunitensi hanno adottato un'ingente quantità di norme inerenti a tale pratica, limitando, di fatto, il diritto delle donne ad interrompere una gravidanza indesiderata – scoraggiandole dall'utilizzare i servizi abortivi ed ostacolando l'accesso all'aborto⁴ –, giustificando tali restrizioni con il pretesto del «protezionismo materno» e della «conservazione del feto»⁵. In particolare, il «destino» del feto rappresenta uno degli argomenti su cui maggiormente si accende il dibattito intorno all'aborto e ciò sin dal momento in cui si è paventata la possibilità del trattamento dei tessuti fetali per scopi medici, con conseguente destinazione degli stessi alla ricerca scientifica⁶. Così, nell'ambito delle misure che limitano l'accesso all'assistenza sanitaria riproduttiva, a partire dal 2016, nel panorama americano, si è assistito

¹U.S Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

²Sebbene lo Stato non possa ignorare tale diritto, vengono riconosciuti allo stesso interessi legittimi nel proteggere tanto la salute della donna incinta, quanto la potenzialità della vita umana. Si veda, *id.*, 163-165: «[A] State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health. [...] (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability the State, in promoting its interest in the potentiality of human life, may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother».

³In particolare, il precedente di *Roe v. Wade* è stato definitivamente superato con la recente pronuncia della U.S. Supreme Courts, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 2022, con la quale la Corte ha escluso che la Costituzione degli Stati Uniti preveda un diritto all'aborto, lasciando, quindi, alla discrezionalità dei singoli stati la regolazione in materia.

⁴S. EWALL-WICE, M. QUINN, *With Roe v. Wade overturned, which states would restrict or protect abortion rights?*, in *CBS News*, 2022.

⁵Guttmacher Institute, *An Overview of Abortion Laws*, 2022, <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/overview-abortion-laws> (03/01/2023); E. NASH, R.B. GOLD, L. MOHAMMED, Z. ANSARI-THOMAS, O. CAPPELLO, *Policy Trends in the States 2017*, in *Guttmacher Institute*, 2018, <https://www.guttmacher.org/article/2018/01/policy-trends-states-2017> (03/01/2023); Guttmacher Institute, *Last Five Years Account for More than One-Quarter of All Abortion Restrictions Enacted Since Roe*, 2016, <https://www.guttmacher.org/article/2016/01/last-five-years-account-more-one-quarter-all-abortion-restrictions-enacted-roe> (03/01/2023); Center for Reproductive Rights, *Roe v. Wade in the States*, 2007, <https://reproductiverights.org/wpcontent/uploads/2020/12/pubs fs Overview of Types of Abortion Restrictions in the States 2007.pdf> (03/01/2023).

⁶C.A. SEIFERT, *Fetal Tissue Research: State Regulation of the Donation of Aborted Fetuses without the Consent of the Mother*, in *J. Marshall Law Review*, 1997; J.F. CHILDRESS, *Deliberations of the Human Fetal Tissue Transplantation Research Panel*, in K.E. HANNA (a cura di), *Deliberations of the Human Fetal Tissue Transplantation Research Panel*, Washington, 1991.

all’emanazione di leggi volte a regolamentare lo smaltimento dei tessuti fetali⁷ e alla conseguente compressione del diritto di autodeterminazione della donna.

Tradizionalmente lo smaltimento dei resti fetali – in particolare con riguardo a quelli di meno di 20 settimane di gestazione – , assimilati a rifiuti medici, avviene tramite l’incenerimento o altri metodi determinati da regole non adottate all’interno degli organi appartenenti al circuito politico-rappresentativo⁸. Tuttavia, le normative statali finalizzate alla “disposizione dignitosa” del feto hanno imposto limitazioni rigorose all’utilizzo del tessuto fetale⁹, nonché previsto che i prodotti degli aborti (tanto quelli volontari, quanto spontanei) debbano essere inumati o cremati al fine di evitare sanzioni penali¹⁰: ad esempio, in Arkansas e Georgia sono in vigore leggi restrittive sullo smaltimento dei feti¹¹; l’Indiana, la Louisiana e il Texas hanno implementato l’obbligo di interrimento o cremazione¹²; con legge approvata nel dicembre 2020, anche in Ohio si impone alle donne di indicare la destinazione del feto in caso di aborto e, nel silenzio della stessa, la clinica dove lo stesso viene praticato ha l’obbligo di procedere con la cremazione o la tumulazione¹³.

Tali normative sono state da più parti – *in primis* dalle associazioni per la difesa dei diritti civili – fortemente criticate: l’imposizione di obblighi normativi in materia di destinazione del feto, in quanto prive di un legittimo interesse statale e di uno scopo medico, rappresentano un ostacolo sostanziale per le donne che cercano di abortire, potendo, inoltre, «indurre molti centri sanitari a limitare le pra-

⁷Da un lato, la Corte Suprema in *Roe v. Wade* ha riconosciuto agli Stati l’autorità di regolamentare l’aborto (v. sub. 2), dall’altro, rientra nella competenza degli stessi regolamentare lo smaltimento dei rifiuti medici. E.K. KEY, *The Forced Choice of Dignified Disposal: Government Mandate of Internment or Cremation of Fetal Remains*, in *U.C. Davis Law Review*, 2017, 312.

⁸A. COLETTE, *Concern or Calculation: an Examination of State Law Mandating the Burial or Cremation of a Fetus*, in *Wake Forest Law Review*, 2019.

⁹Così, in Alabama e nell’Idaho è vietato comprare, vendere, donare o sperimentare sui tessuti fetali (House Bill n. 45, 2016 Leg., Reg. Sess., Ala. 2016; Senate Bill n. 1404, 63rd Leg., 2d Reg. Sess., Idaho 2016); ugualmente, in Arizona e South Dakota è fatto divieto di utilizzare tali tessuti ai fini di ricerca (Senate Bill 1474, 52nd Leg., 2d Reg. Sess., Ariz. 2016; Senate Bill n. 24, 2016 Leg., 91st Sess., S.D. 2016); in Louisiana la vendita – come anche nello Stato del Tennessee ai sensi del S.B. 2568, 109th Gen. Assemb., Reg. Sess., Tenn. 2016 – , ricezione o il trasporto di tessuti fetali è illegale (Senate Bill n. 33, 2016 Leg., Reg. Sess., La. 2016).

¹⁰Si vedano, tra gli altri, E.K. KEY, *op. cit.*; A. ZAVIS, *The Latest Battlefield in the Abortion Wars: Some States Want to Require Burial or Cremation for Fetuses*, in *L.A. Times*, 2017; R. GRANT, *The Latest Anti-Abortion Trend? Mandatory Funerals for Fetuses*, in *The Nation*, 2016; L. STACK, *Texas Will Require Burial of Aborted Fetuses*, in *N.Y. Times*, 2016.

¹¹Cfr. Arkansas Code Annotated §20-17-801 e § 20-17-802; Georgia Code Annotated § 16-12-141.1.

¹²House Enrolled Act 1337, 119th Gen. Assemb., 2nd Reg. Sess. (Ind. 2016); House Bill 815, 2016 Leg., Reg. Sess. (La. 2016); Texas Register, 41, 7659, 7664, 2016.

¹³S.K. SIMON, *Can Ohio Require Burials for Embryos?*, in *University of Cincinnati Law Review*, <https://uclawreview.org/2021/03/17/can-ohio-require-burials-for-embryos/> (27/12/2022); A. ZAVIS, *The latest battlefield in the abortion wars: Some states want to require burial or cremation for fetuses*, in *Los Angeles Times*, 2017, <https://www.latimes.com/nation/la-na-aborted-fetus-burial-2017-story.html> (27/12/2022); C. BEUSMAN, *Fetus Funerals: The dystopian new turn in the fight against abortion rights*, in *Vice*, 2016, <https://www.vice.com/en/article/qvdpbp/fetus-funerals-the-dystopian-new-turn-in-the-fight-against-abortion-rights> (03/01/2022).

tiche abortive»¹⁴, risolvendosi, quindi, in un “*undue burden*” che viola il diritto di scelta e alla privacy delle donne, tutelato costituzionalmente ai sensi del quattordicesimo emendamento¹⁵.

Le criticità sin qui emerse, tuttavia, non sono relegate ai confini della realtà statunitense, bensì simili riflessioni sono oggetto di dibattito anche nel nostro Paese.

In particolare, la questione della sepoltura dei feti è stata resa nota a seguito della vicenda di una donna che, dopo essersi sottoposta ad un aborto terapeutico presso un ospedale romano, sebbene avesse escluso di voler procedere con il seppellimento del feto, mesi dopo l’interruzione della gravidanza scopre che lo stesso era stato sepolto nel Giardino degli angeli del cimitero Flaminio con indicazione dei suoi dati anagrafici sulla lapide.

Quello di Roma, lungi dal rappresentare un caso isolato, ha posto l’attenzione sulla prassi della sepoltura di feti all’insaputa delle donne che li hanno generati, molto diffusa in Italia¹⁶.

Detta pratica incide su diversi aspetti legati alla tutela dei diritti fondamentali: anzitutto, sulla privacy di quelle donne che hanno visto inciso su una tomba non loro il proprio nome¹⁷; in secondo luogo, la sepoltura, in quanto fortemente connotata da fattori religiosi, intacca la libertà di coscienza e di religione delle donne coinvolte, nonché il principio di laicità dello Stato posto che, tali prassi vengono favorite da amministrazioni pubbliche, tenute alla garanzia di neutralità ed imparzialità rispetto a questioni strettamente connesse a convinzioni etico-religiose e inerenti la sfera più personale dei soggetti interessati¹⁸; infine, l’aspetto più rilevante afferisce alle ripercussioni che simili pratiche hanno sul diritto della donna ad autodeterminarsi, risolvendosi in un ulteriore tentativo di ostacolare e stigmatizzare l’applicazione della legge n. 194, «una delle più rilevanti conquiste storiche per il mondo femminile, faticosamente raggiunta e ancor più faticosamente mantenuta in vita»¹⁹.

¹⁴G.M. RICCIO, *Sepoltura dei feti e protezione dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3. Si vedano anche U. S. Supreme Court, *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582, 2016; U. S. District Court Middle District of Louisiana, *June Medical Services v. Gee et. al.*, 2016; District Court for the Southern District of Indiana, Indianapolis Division, *Planned Parenthood of Indiana & Kentucky, Inc. v. Commissioner of the Indiana State Department of Health*, et. al, 2016.

¹⁵A. COLETTE, *op. cit.*; L.M. LITMAN, *Response: Potential Life in the Doctrine*, in *Texas Law Review*, 2017, <https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2018/01/Litman-Vol95-SeeAlso.pdf> (03/01/2023)

¹⁶Sul tema si vedano, in generale, i contributi raccolti nella sezione *Focus* della rivista *BioLaw Journal*, 2, 2021, 79-11.

¹⁷Cfr. G.M. RICCIO, *op. cit.*; A. IANNUZZI, *Il destino dei feti abortiti. Uno sguardo d’insieme su una questione complessa*, in *BioLaw Journal*, 2021. In generale, sul tema della privacy e del trattamento dei dati sanitari si vedano C. COLAPIETRO, F. LAVIOLA, *I trattamenti in ambito sanitario*, in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Il “nuovo codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*, Torino, 2019, 201 ss.; G. FARES, *I dati relativi alla salute e i trattamenti in ambito sanitario*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017.

¹⁸G. DI COSIMO, *Fattore religioso e sepoltura dei feti abortiti*, in *BioLaw Journal*, 2021.

¹⁹Così, ad esempio, In Piemonte è stata vietata la somministrazione della Ru486 nei consultori, ostacolata anche dalle politiche attuate nelle Marche e in Abruzzo; in Umbria, nel giugno 2020, attraverso l’abrogazione della DGR 1417 del 4 dicembre 2018, è stato ripristinato l’obbligo di ricovero anche per l’interruzione di gravidanza farmacologica, prima praticata in day hospital; Nell’area del bresciano sono stati stanziati dei fondi destinati a sostenere economicamente le donne al fine di dissuaderle dall’interrompere la gravidanza, al finanziamento di campagne antiabortiste e di associazioni “Pro-Life”. S. BALDASSARRE, *A come aborto: la “lettera scarlatta” del XXI secolo nel Giardino degli angeli*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, 21.

2. Il caso dell'Indiana: la sentenza Doe v. Rakita

Con sentenza dd. 28 settembre 2022²⁰, la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Settimo Circuito ha ripristinato l'obbligo di sepoltura o cremazione dei feti abortiti, annullando la decisione della Corte distrettuale dell'Indiana con la quale si statuiva che «the Tissue Disposition Laws²¹, Ind. Code §§ 16-21-11-1 to 16-21-11-6; 16-34-2-1.1(a)(2)(H)-(J); 16-34-2-1.1(a)(3)(A); 16-34-2-6(b)-(c); 16-34-3-1 to 16-34-3-6; 16-41-16-4(d); 16-41-16-5; 410 Ind Admin. Code 35-1-1 to 35-2-1 are unconstitutional²²». La causa è stata intentata nel 2020 dalla clinica abortiva *Women's Med Group* di Indianapolis, dal suo proprietario, da due infermiere che lavorano nella clinica e da tre donne, sostenendo che le disposizioni di cui all'*House Enrolled Act* (HEA) 1337 sulla disposizione dei tessuti impongono un onere indebito (*undue burden*) sull'accesso all'aborto e alle cure per l'aborto spontaneo; che le stesse trattano i pazienti e gli operatori sanitari che cercano di disporre di tessuti umani provenienti da procedure di aborto volontario o spontaneo in modo diverso rispetto a quanto avviene per i tessuti embrionali derivanti dalla fecondazione in vitro o per tessuti umani provenienti da qualsiasi altra procedura chirurgica; infine, le disposizioni contenute in detti atti normativi promuovono determinate convinzioni, obbligando alcuni operatori sanitari e pazienti a mettere in atto le convinzioni dello Stato circa la gravidanza, l'aborto, la morte e la dignità²³.

La Corte d'Appello, tuttavia, ha ritenuto che nel caso di specie non fosse rilevabile alcuna violazione costituzionale in quanto, in primo luogo, la Corte Suprema ha riconosciuto ai singoli Stati il diritto di porre fine alla pratica di smaltimento dei resti fetali quali "rifiuti medici". Considerando l'HEA 1337 come interamente invalido, la decisione della Corte distrettuale contrasterebbe, quindi, con quella della Corte Suprema, risolvendosi in una violazione del principio secondo cui «relief should be no greater than necessary to protect the rights of the prevailing litigants²⁴». In secondo luogo, il Giudice Easterbrook ha rilevato come l'obbligo di cremare o seppellire i resti fetali si applichi esclusivamente agli ospedali e alle cliniche che praticano l'aborto, non richiedendo, quindi, a nessuna donna di violare il proprio credo (religioso o laico che sia), potendo le stesse scegliere di prendere in custodia i resti

²⁰U. S. Court of Appeal (7th Circ.), Doe n.1, et al. v. Todd Rakita, Attorney General of Indiana, et. al., n. 22-2748, 2022

²¹House Enrolled Act (HEA) 1337, 2016.

²²U. S. District Court for the Southern District of Indiana Indianapolis Division, Jane Doe n. 1; Jane Doe n. 2; Jane Doe n. 3; William Mudd Martin, M.D.; Cassie Herr, N.P.; Kelly Mckinney, N.P.; and Women's Med Group Professional Corporation v. Attorney General of Indiana; Commissioner of the Indiana State Department of Health; Medical Licensing Board of Indiana; Indiana State Board of Nursing; and Marion Country Prosecutor, Case n. 1:20-CV-3247, 2020, § 212-c. In particolare, la Corte Distrettuale ha evidenziato che tali normative violano «the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution, [...] the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution, [...] the Free Speech Clause of the First Amendment to the U.S. Constitution, [...] the Establishment Clause of the First Amendment to the U.S. Constitution, [...] the Free Exercise Clause of the First Amendment to the U.S. Constitution» §§ 188,196,200, 207, 2011.

²³*Id.*, §185-211.

²⁴U. S. Court of Appeal, Doe v. Rakita, 2: «Before enactment of these statutes, it had been common for medical providers to place fetal remains in the garbage ("medical waste"). The Supreme Court concluded in *Box* that the state is entitled to end that practice. The district court's needlessly broad injunction treats the statute as invalid across the board (that is, on its face rather than as applied), which effectively countermands the Supreme Court's decision for the entire population of Indiana. This offends the principle that relief should be no greater than necessary to protect the rights of the prevailing litigants».

e disporne a loro piacimento²⁵. Ad avviso della Corte d'Appello, inoltre, non sarebbe condivisibile l'argomento dei querelanti secondo cui la cremazione o la sepoltura – pratiche riservate agli esseri umani – implicano “la personalità di un feto non ancora nato”, dal momento che «Dogs, cats, and other pets may be cremated or buried, sometimes as a result of legal requirements not to put animals' bodies in the garbage. [...] Indiana's statute about fetal remains therefore need not imply anything about the appropriate characterization of a fetus²⁶». Infine, nella sentenza in oggetto viene evidenziato che «If the statute reflects anyone's view about fetal personhood, it is the view of the State of Indiana²⁷», il quale ha diritto di esprimersi su argomenti controversi e agire secondo le proprie convinzioni senza che queste si traducano necessariamente in un'imposizione ideologica o in una violazione dei principi religiosi delle donne coinvolte, specie nei casi in cui «application of a law (that) leaves people free to put their own religious beliefs into practice²⁸».

Le argomentazioni riportate dalla Corte non convincono.

Anzitutto, sebbene la normativa sullo smaltimento dei rifiuti consenta alle singole pazienti di farsi carico dei resti fetali, ove non intendano optare per la sepoltura o cremazione degli stessi, dette leggi non consentono lo smaltimento attraverso gli strumenti tradizionali²⁹, esponendo le stesse a rischi di infezione e contaminazione. Invero, dal punto di vista della sicurezza e della salute pubblica, il tessuto umano derivante da aborto e da aborto spontaneo non è diverso dal tessuto umano derivante da qualsiasi altra procedura chirurgica, presentando lo stesso rischio di contaminazione di altre forme di rifiuti patologici³⁰. La comunità medico-scientifica, infatti, considera i resti fetali alla stregua di altre forme di rifiuti medici in termini di pericolo e trattamento: l'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce rifiuti patologici i tessuti, gli organi o i fluidi umani, le parti del corpo, i feti e gli emoderivati non utilizzati³¹; analogamente, il Comitato Internazionale della Croce Rossa annovera i feti tra i rifiuti

²⁵*Id.*, 3: «[T]here is no violation. Statutes that require people to disobey sincerely held religious beliefs can pose difficult analytical challenges». See, e.g., *Fulton v. Philadelphia*, 141 S. Ct. 1868 (2021); *LiAle Sisters of the Poor v. Pennsylvania*, 140 S. Ct. 2367 (2020). But Indiana does not require any woman who has obtained an abortion to violate any belief, religious or secular. The cremate-or-bury directive applies only to hospitals and clinics»; p. 1: «women may choose to take custody of the remains and dispose of them as they please. Ind. Code §16-34-3-2».

²⁶*Id.*, 3.

²⁷*Id.*, 4.

²⁸*Id.*, 4: «Whether or not the Supreme Court continues to adhere to *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), which holds that laws neutral with respect to religion may be enforced despite their effects on religious exercise, there is no problem with application of a law that leaves people free to put their own religious beliefs into practice. Nor does Indiana require any woman to speak or engage in expressive conduct».

²⁹Tra questi metodi si annoverano «incineration, cremation, interment, steam treatment technologies, chemical disinfection, alkaline digestion, aerobic composting, promession, and anaerobic digestion». International Committee of the Red Cross, *Medical Waste Management*, 2011, 59; World Health Organization, *Safe Management of Wastes from Health-Care Activities*, Y. CHARTIER *et. al.*, (a cura di), 2014, 106 ss. Inoltre, si rileva come le aziende che si occupano dello smaltimento dei rifiuti medici non stipulano contratti con i singoli pazienti, bensì con strutture e istituzioni sanitarie. E.K. KEY, *op. cit.*, 324-325.

³⁰Per tale ragione sono molti gli Stati che trattano i resti fetali come rifiuti patologici o infettivi e, in primo luogo, l'Indiana, prima dell'approvazione dell'HEA 1337, permetteva di incenerire i resti fetali insieme ai rifiuti medici infettivi ai sensi dell'Indiana Admin. Code, §35-1-3.

³¹World Health Organization, *Safe Management of Wastes from Health-Care Activities*, *cit.* 4.

patologici che comportano un rischio di infezione, insieme a tessuti, placenti, organi e arti asportati e animali da laboratorio³².

Ebbene, le disposizioni contenute nell'HEA 1337, prevedendo per la materia fetale un trattamento distinto da quello imposto per altri rifiuti patologici, appaiono del tutto irrazionali. Parimenti, consentendo alle pazienti che praticano l'aborto di assumersi la completa responsabilità dei propri resti fetali, senza imporre, al contempo, di smaltirli tramite sepoltura o cremazione³³, la legge dell'Indiana fallisce nel promuovere la salute pubblica, violando, al contempo la clausola del "Due Process" di cui al quattordicesimo emendamento³⁴.

In secondo luogo, dal momento che la distinzione tra tessuti umani derivanti dall'aborto volontario o spontaneo e quelli ricavati da altre procedure chirurgiche non ha alcun fondamento medico-scientifico, la stessa riflette, inevitabilmente, la visione dello Stato sulla gravidanza, aborto e sullo *status* dei tessuti embrionali e fetali³⁵, con la conseguenza che le disposizioni vigenti sortiscono l'effetto di spostare il confine della "personalità" al momento del concepimento, privilegiando, così, le convinzioni religiose e di coscienza di alcune persone rispetto ad altre: l'interramento e la cremazione di tessuti embrionali e fetali costituiscono, infatti, rituali simbolici associati alla morte di una persona³⁶. Il concetto di "personhood" ai sensi del quattordicesimo emendamento³⁷ – sul quale, tuttavia, non mi soffermerò nel presente scritto –, si rivela centrale al fine di comprendere appieno il significato delle leggi sulla disposizione dei resti fetali all'interno del più ampio dibattito sull'aborto. In particolare, si rilevano due distinte "correnti di pensiero", l'una (*Pro-Choice*) che mette in luce come, ove si classifichi il feto come persona, i diritti riconosciuti allo stesso verrebbero privilegiati ri-

³²International Committee of the Red Cross, *Medical Waste Management*, cit., 100.

³³I resti fetali presentano lo stesso rischio di infezione a prescindere dalla circostanza che siano in possesso di una singola donna o di una clinica. Pertanto, le indicazioni circa il trattamento di tali tessuti, volte alla salvaguardia e alla sicurezza della salute pubblica, non dovrebbero subire eccezioni in base al soggetto che si fa carico dello smaltimento.

³⁴E.K. KEY, *op. cit.*, 325.

³⁵In tal senso si è espressa la Corte Distrettuale dell'Indiana nella sentenza *Doe, et al, v. Attorney General of Indiana, et al.*, §§ 158-159 «Personhood is a spiritual concept, not a scientific concept. It is grounded in religious belief. Through the Tissue Disposition Laws, Indiana takes sides in a religious debate about whether personhood begins at fertilization».

³⁶Le Leggi sulla Disposizione dei Tessuti impongono tanto agli operatori sanitari, quanto (e soprattutto) alle pazienti che abortiscono di tenere delle condotte corrispondenti a punti di vista statali tra cui l'idea che un embrione o un feto sia moralmente equivalente a una persona; che l'aborto e l'aborto spontaneo comportino la morte di una persona; e che i metodi di disposizione diversi dalla sepoltura e dalla cremazione siano irrispettosi, aumentando, così lo stigma su coloro che praticano e si sottopongono alla pratica abortiva. E.K. KEY, *op. cit.*; A. COLETTE, *op. cit.*; R. GRANT, *op. cit.*; E. GREEN, *State-Mandate Mourning for Aborted Fetuses*, in *The Atlantic*, 2016, [State Laws Require Burial or Cremation for Aborted and Miscarried Fetuses – The Atlantic](#) (04/01/2023); S.E. SMITH, *The New Pro-Choice Battle of 2016*, in *Bustle*, 2016, <https://www.bustle.com/articles/136652-fetal-remains-laws-will-be-the-pro-choice-battle-of-2016> (04/01/2023).

³⁷E.K. KEY, *op. cit.*, 320 ss.; I. TUTTLE, *Pence Mockery Syndrome*, in *National Law Review*, 2016; M. OSBORNE, 'Humane' Fetus Disposal Laws: The New Attack On Abortion Rights, in *Breitbart Unmasked*, 2015; R. BORK, N. SCHLEUTER, *Constitutional Persons: An Exchange on Abortion*, in *First Things*, 2003; J. HOLLOWELL, *Defining a Person Under the Fourteenth Amendment: A Constitutionally and Scientifically Based Analysis*, in *Regent University Law Review*, 2002

spetto al diritto alla privacy e all'autodeterminazione della donna³⁸; l'altra (*Pro-Life*), sostiene l'idea che già gli zigoti e gli embrioni siano persone giuridiche soggette alla protezione e ai benefici della legge³⁹.

Ciò che, tuttavia, appare incontrovertibile è che simili leggi tutelano unicamente coloro le quali intendano disporre dei tessuti fetali nell'ottica della cremazione o sepoltura (scelta che non sarebbe in ogni caso preclusa), lasciando, al contrario, prive di tutela tutte quelle donne che non intendano seguire una simile opzione.

Infine, si rileva che, se è vero che lo Stato ha il diritto di imporre determinate decisioni a fronte di particolari necessità, allo stesso tempo, una legge che si pone come «substantial obstacle in the path of a woman's choice», anche se rispondente a un valido interesse statale, è da ritenersi incostituzionale⁴⁰.

Nello specifico, come si è cercato di evidenziare, la normativa sulla disposizione del materiale fetale è del tutto priva di uno scopo medico⁴¹ e, al contempo, risulta controversa l'esistenza di un legittimo interesse statale⁴². Inoltre, l'impossibilità di disporre dei tessuti embrionali e fetali attraverso le modalità mediche standard e, quindi, il conseguente obbligo di interrimento o cremazione, finisce per porsi come una sostanziale deterrenza all'interruzione di gravidanza in ragione, da un lato, dei maggiori oneri imposti alle strutture sanitarie o alle donne che intendano farsi carico personalmente dello smaltimento⁴³ e, dall'altro, in quanto non consentono una scelta dispositiva che non presupponga necessariamente il riconoscimento della personalità in capo al prodotto del concepimento.

³⁸Timore quanto mai concreto e attuale, specie alla luce della recente sentenza *Dobbs v. Jackson*. Si vedano ACLU, *What's Wrong with Fetal Rights*, 2017, <https://www.aclu.org/other/whats-wrong-fetal-rights> (4/01/2023); Centre of Reproductive Rights, *Whose Right to Life? Women's Rights and Prenatal Protections under Human Rights and Comparative Law*, 2014, [Whose Right to Life? Women's Rights and Prenatal Protections under Human Rights and Comparative Law | Center for Reproductive Rights](https://www.reproductive-rights.org/whose-right-to-life-womens-rights-and-prenatal-protections-under-human-rights-and-comparative-law) (04/01/2023).

³⁹J.F. KEY, *Why So-Called Personhood Laws are the Next Big Threat After 'Roe' Falls*, in *Rewire*, 2022, <https://rewirenewsgroup.com/2022/05/04/why-so-called-personhood-laws-are-the-next-big-threat-after-roe-falls/> (10/01/2023).

⁴⁰United States District Court for the Southern District of Indiana, *Planned Parenthood of Indiana & Kentucky, Carol Dellinger v. Commissioner, Indiana State Department of Health*, n. 1:16-cv-00763-TWP-DML, 2017, § 871; U. S. Court of Appeals (3 Circ.), *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et. Al. v. Casey, Governor of Pennsylvania et al.*, n. 91-744, 1992, § 877. Si veda anche L.M. LITMAN, *op. cit.*

⁴¹Ciò in ragione del fatto che le stesse non rispondono a un'esigenza di igiene pubblica, bensì sono legate alla concezione etico-religiosa che lo Stato ha del feto, quale "essere" da tutelare al pari della persona.

⁴²Inoltre, se l'interesse dello Stato è quello di dare "degnata sepoltura" al materiale fetale, non si spiega il vulnus normativo rispetto alle ipotesi di aborti spontanei avvenuti in casa, o ancora alla mancanza di indicazione circa le modalità di trattamento qualora se ne faccia carico personalmente la donna. E.K. KEY, *op. cit.*, p 332 e ss.

⁴³Per i fornitori di aborti, conformarsi alle leggi sulla disposizione dei tessuti risulta particolarmente onerosa in termini economici e di tempo, con il rischio che a fronte delle difficoltà connesse a tale adeguamento, venga ridotta la disponibilità delle cure dedicate all'interruzione di gravidanza. E.K. KEY, *op. cit.*, p 328 e ss; U. S. District Court for the Southern District of Indiana Indianapolis Division, *Doe, et al, v. Attorney General of Indiana, et al.*, §§ 74- 77.

3. Il quadro normativo italiano

In Italia la sepoltura dei tessuti fetali è disciplinata, in primo luogo, dal regolamento nazionale di polizia mortuaria, adottato con D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285⁴⁴. Il regolamento, ai sensi dell'art. 7, prevede una disciplina differente sulla base della durata della gestazione: per i bambini nati morti si rende necessario l'accertamento del decesso operato dal medico legale e il conseguente rilascio dell'autorizzazione alla sepoltura da parte dell'ufficiale dello stato civile⁴⁵; per i prodotti del concepimento di età gestazionale superiore a 20 settimane e inferiore alle 28 settimane e per i feti che abbiano compiuto ventotto settimane di età intrauterina, il permesso al trasporto e al seppellimento viene rilasciato dall'unità sanitaria locale⁴⁶; detta procedura può essere applicata anche ai prodotti del concepimento con età inferiore alle venti settimane di gestazione, ove ne facciano richiesta i genitori, ai sensi dell'art. 7 co.3; in ogni caso, ai fini della sepoltura dei prodotti dell'aborto, «i parenti o chi per essi» devono presentare la domanda all'Asl, corredata da certificato medico che attesti l'età e il peso del feto, entro 24 ore dall'espulsione od estrazione dello stesso⁴⁷.

Ciò che cattura immediatamente l'attenzione è l'infelice formulazione «parenti o chi per essi», la quale si è prestata ad interpretazioni estensive da parte delle amministrazioni, fino a giungere, come è stato denunciato, alla stipula di convenzioni con associazioni private – spesso di stampo religioso – che si occupano di ritirare i prodotti abortivi inferiori alle 20 settimane e non reclamati, al fine di seppellirli⁴⁸. Si è estesa, così, la possibilità di presentare domanda di seppellimento a chiunque, e quindi anche a soggetti privi di qualsiasi interesse⁴⁹, nonché in assenza del consenso dei “genitori” del prodotto dell'aborto. Conseguenza di un tanto è che se, a prescindere dal periodo gestazionale, a chiunque ne faccia richiesta è sempre garantito il diritto alla sepoltura, al contrario, chi (nello specifico, le donne) non desidera optare per una simile soluzione viene privato della libertà di scelta e autodeterminazione.

⁴⁴B. NERI, *Il seppellimento dei prodotti del concepimento nel silenzio della legge*, in *BiLaw Journal*, 2021.

⁴⁵D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, artt. 1-3.

⁴⁶Id., art. 7, co. 2.

⁴⁷Id., art. 7, co. 4.

⁴⁸Si vedano, tra gli altri, S. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 18 ss; A. IANNUZZI, *op. cit.*, 5; S. CACACE, *La sepoltura del bambino mai nato*, in *Fundamental rights*, 2021, 2.

⁴⁹In particolare, sono stati rilevati numerosi profili di illegittimità delle convenzioni stipulate con le associazioni religiose. In primo luogo, le Asl, in assenza di richieste in senso contrario, hanno il dovere di smaltire i resti fetali al di sotto delle 20 settimane, quali rifiuti ospedalieri, ai sensi del DPR 254/2003; in secondo luogo, ex art. 92, co. 4 del DPR n. 285/1990, viene fatto divieto di concedere «aree per sepolture private a persone o ad enti che mirino a farne oggetto di lucro o di speculazione». Nel caso in esame, detta speculazione attiene alla propaganda “Pro-Life” volta all'affermazione di uno specifico orientamento ideologico e cioè della «la cultura della vita, – i diritti del concepito, – l'atto di pietà del seppellimento dei bambini non nati» (come di legge nel sito dell'associazione Difendere la vita con Maria Onlus, www.advm.org/associazione/), a discapito di donne i cui prodotti abortivi vengono seppelliti senza consenso; infine, le amministrazioni pubbliche, nel favorire, in qualsiasi modo, la sepoltura dei prodotti del concepimento si pongono in contrasto con i principi neutralità e dell'imparzialità, nonché laicità dello Stato. Si vedano S. BALDASSARRE, *op.cit.*; G. DI COSIMO, *op. cit.*; P. RUVIGLIONI, *Così noi donne abbiamo bloccato il cimitero per feti: basta colpevolizzare chi abortisce*, in *L'Espresso*, 2020, [«Così noi donne abbiamo bloccato il cimitero per feti: basta colpevolizzare chi abortisce» – L'Espresso \(repubblica.it\)](https://www.espressonline.it/2020/10/01/2023) (10/01/2023).

L'impianto del regolamento nazionale è stato ricalcato dalle normative regionali dando luogo, tuttavia, a diverse soluzioni territoriali⁵⁰, alcune delle quali hanno "irrigidito" la disciplina – che ricorda molto quella statunitense analizzata nel primo capitolo – stabilendo un automatismo nella sepoltura dei prodotti del concepimento anche al di sotto delle 20 settimane di età gestazionale e ponendo a carico delle aziende sanitarie le relative spese. È questo il caso, ad esempio, della Regione Veneto dove il Consiglio regionale ha introdotto, con art. 40, co.2, della L.R. n. 45/2017, l'art. 25, c. 2-ter⁵¹ nella legge regionale del Veneto n. 18/2010 recante "Norme in materia funeraria", prevedendo che l'inumazione, tumulazione o la cremazione del prodotto del concepimento, debba avvenire a prescindere dall'età di gestazione e anche ove il genitore o i genitori non ne facciano richiesta (e dunque, anche senza il loro consenso). In quest'ultima ipotesi, infatti, dette pratiche sono disposte direttamente dall'Asl, che si fa carico anche delle spese necessarie.

Nel Lazio, invece, a seguito dello scandalo del cimitero Flaminio, il Regolamento di Polizia Cimiteriale del 30 ottobre 1979 in materia di "inumazioni di feti, nati morti e prodotti abortivi" è stato modificato – nello specifico, agli artt. 4 e 28 – nel senso di consentire alla donna (o agli eventuali aventi diritto) di scegliere tra l'inumazione o cremazione dei prodotti del concepimento di età superiore alle 20 settimane, mentre per quelli di età inferiore è previsto l'incenerimento d'ufficio⁵².

Quanto sin qui accennato consente di fare alcune riflessioni.

Anzitutto, si evidenzia come il cimitero assolvà una duplice funzione: una di tutela della salute – in particolare di igiene pubblica – , attraverso la disposizione dei cadaveri nelle forme di inumazione, tumulazione e cremazione; l'altra, "spirituale", di consentire il compianto e il ricordo dei propri cari⁵³. Ebbene, con specifico riferimento a tale seconda funzione, è certamente configurabile un diritto "secondario" al sepolcro⁵⁴ in capo a coloro che facciano richiesta di sepoltura del feto, in quanto desiderino poterne visitare la tomba e onorarla.

⁵⁰B. NERI, *op. cit.*, 7-8.

⁵¹Legge regionale 4 marzo 2010, n. 18, art. 25, c. 2-ter: «Ad ogni aborto, verificatosi in una struttura sanitaria accreditata, anche quando l'età presunta del concepito sia inferiore alle ventotto settimane, nel caso in cui il genitore o i genitori non provvedano o non lo richiedano, l'inumazione, la tumulazione o la cremazione è disposta, a spese dell'azienda ULSS, in una specifica area cimiteriale dedicata o nel campo di sepoltura dei bambini del territorio comunale in cui è ubicata la struttura sanitaria. A tali fini i prodotti abortivi o del concepimento sono riposti in una cassetta, che può contenere uno o più concepiti, secondo il criterio della data in cui è avvenuta la procedura di revisione strumentale/farmacologica della cavità uterina. Tale data è indicata sulla cassetta».

⁵²Regione Lazio, Sepoltura feti, ok dell'Assemblea Capitolina a modifica del regolamento di polizia cimiteriale, 2022, <https://www.comune.roma.it/web/it/notizia.page?contentId=NWS976462>. Ulteriori modifiche riguardano la tutela della privacy, e più nello specifico, l'anonimato della donna: sul cippo funerario viene indicato unicamente un codice alfanumerico relativo al protocollo della richiesta – l'accesso all'elenco dei protocolli è consentito esclusivamente alla donna o ai suoi aventi diritto – e, solo se espressamente richiesto, può essere apposto «un nome anche di fantasia, un vezzeggiativo, un simbolo o una data».

⁵³B. NERI, *op. cit.*, 3;

⁵⁴A. IANNUZZI, *op. cit.*, 9-10; M. PETRONE, *Sepolcro e sepoltura (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, 24 ss. Viene, inoltre, specificato come non sia, invece, possibile riconoscere un diritto ad essere seppellito in capo al feto che, sebbene titolare di taluni diritti (quali il diritto alla vita e alla salute ai sensi dell'artt. 31, co. 1 Cost e 1, co. 1 l. n. 194/1978, nonché di diritti legati al riconoscimento ex art. 254 c.c. e alla sfera successoria ex artt. 462 e 784 cc.) comunque sottoposti a condizione della nascita ai sensi dell'art. 1 c.c., è da considerarsi mero individuo.

Pertanto, ciò che bisogna definire è chi sia legittimato ad avanzare una simile richiesta. Sul punto si registrano due distinti orientamenti: fermo restando che tale facoltà debba essere riservata unicamente ai “genitori” del feto⁵⁵, parte della dottrina ha paventato la possibilità che l’uomo venga coinvolto (unicamente) nella scelta circa la sepoltura e che, in caso di contrasto tra uomo e donna con riferimento alla soluzione da adottare, venga fatta prevalere la volontà di chi intenda seppellire il feto⁵⁶; secondo altra parte della dottrina, invece, la scelta circa la sepoltura potrebbe essere accordata unicamente alla donna⁵⁷ in ragione del fatto che la stessa legge n. 194/1978 riconosce un ruolo al padre del concepito «solo ove la donna lo consenta⁵⁸». Ora, appare evidente che la prima posizione può essere condivisa solo laddove si ritenga conclusa la pratica abortiva al momento dell’espulsione del materiale fetale mentre, la seconda, può essere argomentata solo sostenendo che il processo di interruzione di gravidanza (volontaria o spontanea che sia) ricomprende anche il trattamento del prodotto del concepimento.

A parere di chi scrive, la “soluzione” non può che essere ricercata nella *ratio*, e quindi nelle finalità che il legislatore ha inteso perseguire attraverso l’introduzione della legge sull’aborto, ovvero il diritto all’autodeterminazione e alla salute psico-fisica delle donne⁵⁹. Pertanto, come messo in luce da parte della dottrina, dal momento che la legge riconosce la donna quale unico soggetto legittimato a prendere decisioni circa la prosecuzione e l’interruzione della gravidanza, allo stesso modo la donna dovrebbe essere la sola a poter disporre del prodotto dell’aborto in base al proprio sentire⁶⁰.

Da ultimo si rileva, come già evidenziato nel paragrafo precedente, che la scelta tra le uniche alternative “cremazione o sepoltura” dei resti fetali, implica necessariamente la condivisione di una determinata visione etica e morale dello “status” del prodotto abortivo.

In ragione di un tanto, sarebbe auspicabile l’introduzione di una legislazione statale in grado di tutelare adeguatamente i diritti costituzionali delle donne, primi fra tutti quello all’autodeterminazione e alla libertà di coscienza, senza rinunciare alla salvaguardia della dignità del concepito. Tale concetto, peraltro, non deve necessariamente essere inteso in senso religioso-spirituale, potendosi, invece, ricondurre la dignità, in ottica solidaristica, a una dimensione (altrettanto etica) riconducibile alla possibilità di destinare il materiale fetale ad un uso alternativo e, in particolare, alla ricerca scientifica⁶¹.

⁵⁵Come è stato efficacemente osservato, il “chi per essi” di cui all’art. 7, co. 4 del regolamento nazionale di polizia mortuaria, deve essere interpretato «nel senso di richiedere almeno un atto di delega da parte dei soggetti interessati, poiché la scelta circa la sepoltura deve essere circoscritta alla coppia». A. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶A. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷B. LIBERALI, *Problematice costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, p. 529

⁵⁸Legge n. 194/19785, art. 5, co. 1.

⁵⁹S. RODOTÀ, *Il corpo giuridificato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, pp. 51-76.

⁶⁰B. LIBERALI, *op. cit.*, 529; S. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 16; S. CACACE, *op. cit.*, p. 11.

⁶¹In tal senso A. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 6 e ss.; A. R. LUÑO, *Riflessioni etiche sui vaccini preparati a partire da cellule provenienti da feti umani abortiti*, in *Medicina e Morale*, 2005.

4. Considerazioni conclusive

La tematica in esame, in ragione della sua natura squisitamente biogiuridica, evidenzia la necessità e, al contempo, la difficoltà di operare un bilanciamento ed accordare adeguata tutela a tutte le posizioni giuridiche coinvolte, riferibili, nella specie, al prodotto abortivo e alla donna che abbia – volontariamente o spontaneamente – interrotto la gravidanza.

A fronte dell'intersezione tra diritti fondamentali costituzionalmente garantiti a soggetti diversi, alcuni ordinamenti adottano un approccio interventista – come nel caso degli USA – , mentre altri – tra i quali l'Italia⁶² – tendono generalmente ad astenersi dal disciplinare temi eticamente sensibili⁶³.

Ciò che, tuttavia, emerge dall'analisi del panorama, tanto statunitense, quanto da quello italiano, è la propensione a privilegiare la posizione del feto rispetto a quello della donna che lo ha generato⁶⁴: le leggi e i regolamenti sulla disposizione del materiale fetale, promosse con il pretesto di tutelare la dignità del feto, così come elaborate, impongono una determinata visione della vita e si risolvono in un'ingiustificata ingerenza da parte dell'autorità pubblica nella vita privata e familiare – dimensione tutelata dall'art. 8 CEDU e dall'art. 12 UDHR – , finendo per comprimere il diritto di una donna di scegliere e autodeterminarsi, nonché di accedere alla pratica abortiva.

Ebbene, posto che «nelle odierne società democratiche, liberali e pluraliste, manca a monte della decisione da adottare quella condivisione necessaria per esprimere e fondare la legittimazione delle regole giuridiche⁶⁵», è auspicabile che gli ordinamenti si muovano nel senso di adottare una legislazione che, lungi dall'imporre un unico «punto di vista⁶⁶», promuova la coesistenza e tuteli simultaneamente i diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti.

⁶²Ciò si è reso particolarmente evidente in ambito “fine-vita”. In particolare, ad oggi, il Parlamento non ha ancora dato seguito ai moniti della Corte costituzionale, di cui all' ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019, concernenti il caso Dj Fabo e Marco Cappato sulla punibilità dell'aiuto al suicidio.

⁶³C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006; M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015.

⁶⁴Così, ad esempio, il 13 ottobre 2022 il senatore di Forza Italia Maurizio Gasparri ha depositato (per la terza volta) un disegno di legge dal titolo “Modifica dell'articolo 1 del Codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito”. Il testo del DDL n. 165 è disponibile sul sito del Senato al seguente link: <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/55344.htm> .

⁶⁵C. CASONATO, *op. cit.*, 105 ss.

⁶⁶S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 58.

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

*Stefania Flore**

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

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

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

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

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

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

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

1. Introduzione

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

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

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

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

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

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

⁵ *Ibidem*, punto 111; 109 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2002, cit., alla quale sono seguite altre che si illustreranno nel prosieguo del lavoro.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. L'aborto nel diritto internazionale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Considerazioni conclusive

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁴ V. nota 25.

Abortion rights e spazio costituzionale europeo: gli orizzonti ristretti dell'ordinamento polacco

Marta Tomasi*

ABORTION RIGHTS AND EUROPEAN CONSTITUTIONAL SPACE: THE NARROW HORIZONS OF THE POLISH LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide a brief review of the social, political, normative, and jurisprudential developments that have led to the Polish legal system being one of the most restrictive on the subject of abortion rights in the European context. By critically analyzing these historical developments, we can determine whether we should accept a state of “global legal indeterminism” regarding voluntary interruption of pregnancy or if there are forces that can push national disciplines toward “minimum” standards shared on the European horizon and respect for a supra- and international concept of the rule of law.

KEYWORDS: Abortion rights; Poland; Rule of Law; European multilevel architecture; European constitutional space

ABSTRACT: L'articolo si propone di ripercorrere brevemente la storia sociale, politica, normativa e giurisprudenziale che ha portato l'ordinamento polacco a qualificarsi, oggi, come uno degli ordinamenti caratterizzati dalle più restrittive discipline in tema di interruzione di gravidanza nel contesto europeo. L'analisi critica di questa storia consente, in particolare, di verificare se, in tema di IVG, ci si debba arrendere ad una situazione di “global legal indeterminism” o se esistano forze di trazione in grado di ri-orientare le discipline nazionali verso standard “minimi” condivisi nell'orizzonte europeo e verso il rispetto di un concetto sovra e internazionale di *rule of law*.

PAROLE CHIAVE: Aborto; Polonia; Stato di diritto; Tutela multilivello dei diritti; Spazio costituzionale europeo

SOMMARIO: 1. La disciplina dell'interruzione di gravidanza e le forze di trazione nello spazio costituzionale europeo – 2. L'aborto in Polonia fra aggravati normativi e ostacoli di fatto – 3. Lo stato dell'arte della giurisprudenza della Corte EDU – 4. Le possibili linee di uno sviluppo giurisprudenziale ispirato alla permeabilità fra livelli di tutela – 5. Un'occasione per attivare o disinnescare i meccanismi di tutela multilivello dei diritti.

* Ricercatrice di diritto costituzionale, Università di Trento. Mail: marta.tomasi@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio.

1. La disciplina dell'interruzione di gravidanza e le forze di trazione nello spazio costituzionale europeo

Da tempo si discute, nel contesto europeo, dell'esistenza di movimenti centripeti e centrifughi in riferimento alla tutela dei diritti fondamentali. Da un lato, infatti, lo spazio europeo è stato pioniere nell'affermazione di un "legitimate international concern" nella tutela dei diritti, tradottosi nella costruzione del primo meccanismo internazionale regionale di tutela e protezione dei diritti (il sistema della CEDU). Dall'altro lato, però, si rilevano oggi una serie di sintomi ed indicatori che sembrano puntare verso trend di progressiva rinazionalizzazione nella definizione dei diritti delle persone¹.

I (più e meno) recenti accadimenti nell'ordinamento giuridico della Polonia in tema di interruzione volontaria di gravidanza (IVG) si inseriscono proprio all'interno di queste tensioni. Ad oggi, messa a paragone con il resto delle legislazioni europee, quella polacca si distingue come una delle più restrittive. Secondo alcune indagini, i più recenti aggiustamenti del quadro normativo hanno determinato un calo drastico delle interruzioni volontarie di gravidanza. I dati relativi al 2021, anno in cui si sono registrati 107 aborti legali², con una diminuzione del 90% degli interventi rispetto all'anno precedente, sono di certo i più eloquenti e hanno portato la Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa a rilevare l'esistenza di una preoccupante situazione di «long-standing disregard for women's sexual and reproductive health and rights in general»³.

Quella che ha portato a questa situazione critica è una storia sociale, politica, normativa e giurisprudenziale complessa e articolata, che bene mette in evidenza la crucialità della questione dell'IVG quale epitome moderna delle tensioni fra poteri e diritti all'interno di un ordinamento e delle difficoltà e dei limiti che si incontrano lungo il percorso di costruzione di una "European multilevel architecture" dei diritti fondamentali⁴.

Attraverso l'analisi critica di questa storia emblematica, il presente contributo mira a verificare se, in tema di IVG, ci si debba arrendere ad una situazione di «global legal indeterminism»⁵ o se esistano forze di trazione in grado di orientare le discipline nazionali verso standard "minimi" condivisi nell'orizzonte europeo.

¹ O.M. ARNARDÓTTIR, A. BUYSE, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection. Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, London, 2016.

² I dati sono reperibili al sito <https://www.statista.com/statistics/1111281/poland-legal-abortions-number-by-reason/>.

³ Commissario per i diritti umani, *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, ai sensi dell'art. 36, par. 3 della Convenzione EDU, CommDH(2021)31, 28 ottobre 2021, reperibile al link: <https://rm.coe.int/third-party-intervention-by-the-council-of-europe-commissioner-for-hum/1680a460ef> (p. 4).

⁴ Su questa idea, F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe*, Oxford, 2014.

⁵ Si veda il riferimento in M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 2022, 73-99.

2. L'aborto in Polonia fra aggravati normativi e ostacoli di fatto

La storia dell'evoluzione normativa polacca in tema di IVG è stata oggetto di numerose dettagliate ricostruzioni⁶; qui se ne ripercorreranno brevemente solo i passaggi principali, utili a inquadrare il tema e a comprenderne gli sviluppi più recenti.

In Polonia, fino al 1956, la normativa di riferimento era data dal Codice penale del 1932 che criminalizzava l'aborto volontario, prevedendo però alcune eccezioni per le interruzioni praticate per ragioni mediche o perché la gravidanza era l'esito di un fatto illecito (artt. 231, 232, 234). Nel 1956 fu approvata una normativa *ad hoc*, che restò in vigore fino al 1993, con la quale si aggiungeva la possibilità di interrompere la gravidanza per ragioni socioeconomiche⁷. Il progressivo indebolirsi del requisito relativo alla necessaria documentazione di tali motivi aveva sostanzialmente liberalizzato l'aborto su richiesta, rendendo la Polonia una meta attrattiva per le donne provenienti da Paesi occidentali, caratterizzati da legislazioni più restrittive. I decenni successivi furono dominati da una aperta contestazione da parte del mondo cattolico e pro-life e da una evidente politicizzazione del tema, inteso come punto nevralgico nella lotta per la conservazione dell'identità nazionale. La questione della disciplina dell'IVG ha poi rappresentato un terreno di scontro elettivo nell'intenso dibattito costituzionale degli anni '90, incentrato sulla questione della definizione del volto che sarebbe venuto ad assumere lo Stato polacco nell'epoca post-comunista, anche con riferimento al ruolo della componente religiosa.

Il 7 gennaio 1993 fu finalmente adottata la legge sull'IVG⁸, che è spesso descritta come un "compromesso" fra forze contrapposte, che pure non ha mai soddisfatto a pieno nessuno dei due "poli". La legge consentiva l'accesso all'aborto in particolari circostanze, senza criminalizzare il comportamento della donna che abortisse illegalmente. Come noto, le uniche ragioni che consentivano tale intervento erano tre: 1) il rischio per la vita o la salute della persona incinta; 2) la sussistenza di una elevata probabilità di grave e irreversibile malformazione fetale o incurabile malattia che costituisca una minaccia per la vita del feto; 3) il sospetto che la gravidanza sia il risultato di un atto illecito.

Fu solo nel 1996 che una delle due fazioni riuscì a esercitare una pressione sufficiente ad alterare i termini del "compromesso": il 4 gennaio 1997 entrò in vigore una modifica ampliativa, che restituiva rilevanza ad argomenti legati alle difficoltà socioeconomiche della gestante⁹. Il parziale ampliamento ebbe brevissima durata perché l'8 maggio 1997 esso venne dichiarato incostituzionale dal Tribunale

⁶ Per una ricostruzione approfondita dell'evoluzione storica della normativa in tema di IVG in Polonia si vedano M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon*, cit. e, nella dottrina italiana, E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia: una riflessione a margine della sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020*, in *GenIUS*, 2, 2020.

⁷ Art. 1, sez. 1, *Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 o warunkach przerywania ciąży - Legge sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza del 27 aprile 1956*, *Giornale delle leggi*, vol. 12, n. 61, 1956. I testi delle leggi sono consultabili in lingua originale sul sito <http://isap.sejm.gov.pl>.

⁸ *Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży - Legge del 7 gennaio 1993 sulla pianificazione familiare, la protezione dell'embrione umano e le condizioni di ammissibilità dell'aborto*, *Giornale delle leggi*, vol. 17, n. 78, 1993.

⁹ *Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw - Legge del 30 agosto 1996 che modifica la legge sulla pianificazione familiare, la protezione del feto umano e le condizioni di ammissibilità dell'interruzione di gravidanza e modifica alcuni altri atti*, *Giornale delle leggi*, vol. 139, n. 646, 1996.



costituzionale (Trybunał Konstytucyjny), appena prima dell'entrata in vigore della nuova Costituzione, nell'ottobre dello stesso anno¹⁰. Questa decisione ha probabilmente giocato un ruolo significativo, anche negli anni successivi, nello scoraggiare tentativi di modifica della disciplina in senso estensivo.

Va inoltre tenuto in considerazione che lo stretto spazio consentito dalla legge del 1993 era (e – si vedrà – sembra essere ancora) reso ancor più angusto dagli ostacoli pratici, sistematicamente applicati all'accesso all'IVG. Come si avrà modo di osservare, sono stati proprio questi impedimenti di natura fattuale a rappresentare il primario oggetto di interesse della giurisprudenza della Corte EDU.

Il coinvolgimento e il ruolo di protagonismo, descritto ormai da molti autori, del Tribunale costituzionale nel progressivo degrado del *rule of law* in Polonia¹¹ non poteva non finire per intersecare anche la già complessa traiettoria della disciplina dell'IVG. Se la strada legislativa era stata in qualche modo sbarrata da forti reazioni manifestate dalla società civile¹², sono stati proprio i giudici costituzionali, nell'ottobre del 2020, a cancellare il motivo che stava alla base della quasi totalità delle procedure abortive volontarie nel Paese, quello relativo alle malformazioni del feto¹³. La dichiarazione di incostituzionalità ha prodotto, al contempo, radicali reazioni contrarie nella società civile, e una sconfinata mole di critiche da parte di numerosi studiosi, incentrate sul processo di nomina dei giudici, sul loro coinvolgimento nella fase di preparazione della questione di legittimità, ma anche sull'opportunità di intervenire su una normativa che era già sottoposta a una fase di revisione, per di più determinando un sostanziale ampliamento di una fattispecie di reato¹⁴.

L'aspetto forse più significativo della decisione, se si considera che essa è stata adottata in un paese che è membro dell'Unione Europea e parte del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite, è la concezione di sistema giuridico dalla quale la Corte prende le mosse. Richiamando, peraltro, la giurisprudenza precedente, il sistema giuridico viene definito come un «prodotto culturale, radicato nell'esperienza storica della comunità e costruito sulla base di un sistema di valori comuni a una determinata cerchia di soggetti»¹⁵. Un circolo che, nella sentenza, pare estremamente ristretto, quasi esso si esaurisca nella dimensione nazionale. Nel testo della decisione, i pochi riferimenti a documenti come il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea sono funzionali all'unico scopo di corroborare la riferibilità della dignità umana al concepito e, di conseguenza, di fondare l'obbligo di protezione della vita umana nella fase prenatale. Sono, invece, del tutto assenti i richiami alla giurisprudenza internazionale. L'esito di questo atteggiamento miope e di chiusura rispetto all'esterno è che la decisione di incostituzionalità si incentra sulla considerazione di una sola posizione rilevante, quella del nascituro, senza che

¹⁰ Sentenza del Tribunale costituzionale del 28 maggio 1997, K 26/96, OTK 1997/2/19.

¹¹ Fra le moltissime anche recenti analisi dedicate alla questione, si vedano uno dei primi commenti, J. SAWICKI, *Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale: Polonia 2016*, in *Nomos*, 1, 2016 e, non solo per l'ampiezza dell'indagine, W. SADURSKI, *Poland's constitutional breakdown*, Oxford, 2019.

¹² Nel 2016, la presentazione di un disegno di legge volto alla generale criminalizzazione dell'aborto ha prodotto una forte reazione nella società (cd. Black Protest). C. DAVIES, *Poland's abortion ban proposal near collapse after mass protests*, in *The Guardian*, 5 ottobre 2016.

¹³ Sentenza del Tribunale costituzionale del 22 ottobre 2020, K 1/20, Dz.U.2021.175

¹⁴ Per un commento in italiano, si v. J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-16, ma anche E. CARUSO, M. FISICARO, *Aborto e declino democratico in Polonia*, cit.

¹⁵ Nel testo originale: «wytwór kulturowy, zakorzeniony w doświadczeniach historycznych wspólnoty i budowany w oparciu o wspólny dla danego kręgu podmiotów system wartości» (sent. K/20, cit., par 1.2).

essa sia posta in bilanciamento con la posizione della donna, la cui dignità, la cui vita e la cui salute sono, nondimeno, «indubbiamente valori coperti dalla protezione costituzionale» («niewątpliwie wartościami objętymi konstytucyjną ochroną»)¹⁶. Nella decisione, invece, un ruolo determinante è giocato dalla sfera politica interna che sembra diventare una chiave strumentale all'interpretazione del testo costituzionale con una problematica sovrapposizione fra le due dimensioni¹⁷.

Quella espressa dai giudici polacchi è una posizione marcata, che entra in frizione con i più diffusi standard di tutela delle posizioni coinvolte e che si colloca a fatica all'interno della architettura multilivello di tutela dei diritti in Europa. Questa, seppure lungi dal potersi definire unitaria, in riferimento alla disciplina dell'IVG, è stata ed è rappresentata da tendenze favorevoli a un ampliamento delle condizioni per poter legittimamente accedere a IVG. In questo senso, rileva non solo il processo che storicamente ha portato l'Europa a discostarsi dalla sua originaria inclinazione¹⁸, ma anche accadimenti più recenti, come le parziali aperture in Irlanda o nello stato di San Marino¹⁹.

In effetti, l'inclinazione della Corte polacca a intervenire, restringendo le condizioni per poter accedere alla IVG sulla base di argomenti principalmente derivati dal dibattito politico interno, ha scatenato le più vigorose proteste registrate nel paese da decenni a questa parte²⁰ e non poteva che produrre forte movimenti anche sul piano internazionale. Nell'estate del 2021, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha notificato al governo polacco di aver ricevuto numerosissimi ricorsi (più di 1000) relativi alla possibile contrarietà della normativa polacca di risulta ai diritti sanciti dalla Convenzione e ha chiesto di presentare le proprie osservazioni in relazione a 12 di essi²¹.

¹⁶ In questo senso si esprime nella sua opinione dissenziente il giudice Piotr Pszczółkowski, secondo il quale il Tribunale costituzionale avrebbe imposto alle donne «l'obbligo di un atteggiamento eroico, cioè l'obbligo di farsi carico in ogni circostanza – indipendentemente dalla natura e dal grado di patologia della sviluppo fetale o dalle possibili conseguenze per la loro vita e salute legate al proseguimento della gravidanza – sacrifici e difficoltà che superano di gran lunga la misura abituale delle restrizioni legate alla gravidanza, al parto e all'educazione di un bambino» (sent. K 1/20, cit., par. 483). Nel testo originale: «Trybunał Konstytucyjny nałożył na nie obowiązek postawy heroicznej, a więc obowiązek przyjęcia na siebie w każdych okolicznościach – niezależnie od natury i stopnia patologii rozwoju płodu ani ewentualnych konsekwencji dla ich życia i zdrowia wiążących się z kontynuowaniem ciąży – wyrzeczeń i trudów znacznie przekraczających zwykłą miarę ograniczeń związanych z ciążą, porodem i wychowaniem dziecka».

¹⁷ La radicalità dei risultati prodotti dalla decisione in commento è dimostrata anche dal fatto che alcuni giorni dopo la sentenza, come riportato nel comunicato della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. comunicato stampa ECHR 217 (2021), 8 luglio 2021), il 30 ottobre del 2020 il Presidente polacco ha presentato al *Sejm* una proposta di modifica della normativa del 1993, volta a consentire l'IVG nel caso di presenza di anomalie "letali" del feto.

¹⁸ F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe*, cit., cap. 5: *The Right to Abortion*, 195-247.

¹⁹ Su questi ordinamenti, si v., rispettivamente, T. PENNA, *Abortion rights in Irlanda: l'ardua affermazione del principio di autonomia tra diritto alla salute e morale religiosa* e L. CALIFANO, *La disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza nella Repubblica di San Marino*, in questo fascicolo.

²⁰ A. MAGDZIARZ, M. SANTORA, *Women Converge on Warsaw, Heightening Poland's Largest Protests in Decades*, in *The New York Times*, 30 October 2020; B. HALL, *Gendering Resistance to Right-Wing Populism: Black Protest and a New Wave of Feminist Activism in Poland?*, in *American Behavioral Scientist*, 63, 10, 2019.

²¹ I ricorsi sono stati suddivisi in gruppi: K.B. c. Polonia e altri 3 ricorsi (ric. n. 1819/21); K.C. c. Polonia e altri 3 ricorsi (ric. n. 3639/21); A.L.- B. c. Polonia e altri 3 ricorsi (ric. n. 3801/21) ai quali si è aggiunto M.B. c. Polonia e altri 4 ricorsi (ric. n. 5014/21).

Ogni possibile ragionamento circa eventuali future evoluzioni nella giurisprudenza della Corte EDU va evidentemente inquadrato all'interno della cornice della giurisprudenza di questa Corte, i cui punti di approdo meritano di essere qui sinteticamente ripresi.

3. Lo stato dell'arte della giurisprudenza della Corte EDU

I diritti riproduttivi non sono oggetto di attenzione esplicita da parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, peraltro, non contiene nemmeno un riferimento al diritto alla salute. La lettura della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo fa tuttavia emergere come questioni relative a tali interessi siano state ricondotte, in generale, all'ambito del rispetto della vita privata e familiare (articolo 8) e, a seconda dei casi specifici, al diritto alla vita (articolo 2), al divieto di tortura (articolo 3), al divieto di discriminazione (articolo 14) e ad altri diritti e libertà.

La giurisprudenza della Corte EDU, sin dalle sue primissime espressioni sul tema, ha chiarito alcuni punti fondamentali. In un certo senso – a testimonianza della natura profondamente delicata della questione e dei bilanciamenti che essa impone – sembrano essere esclusi *tout court* gli “estremi” della discussione: la Corte si esprime, infatti, in maniera tendenzialmente univoca nel sostenere che la questione relativa al momento dell'inizio della vita debba essere risolta a livello nazionale poiché «there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life»²². Nel quadro convenzionale, dunque, il potenziale e la capacità del feto di diventare una persona richiedono protezione «in the name of human dignity», senza che ad esso venga conferita natura di persona umana e, conseguentemente, senza che gli venga esplicitamente riconosciuto, nella prospettiva convenzionale dell'art. 2, un diritto alla vita²³. La Corte esclude, d'altro canto, che dal testo della Convenzione possa derivarsi un diritto all'aborto. Di per sé, il divieto di interruzione volontaria di gravidanza non risulta lesivo della Convenzione²⁴, ma gli Stati possono consentire tale pratica a tutela di diritti e interessi potenzialmente concorrenti, garantiti dalla Convenzione.

Da un lato, quindi, «[...] if the unborn do have a “right” to “life”, it is implicitly limited by the mother's rights and interests»²⁵. Dall'altro, l'art. 8 non può essere interpretato «as meaning that pregnancy and its termination pertain uniquely to the woman's private life as, whenever a woman is pregnant, her private life becomes closely connected with the developing foetus»²⁶.

Sono dunque i termini del bilanciamento ad aver interessato la Corte negli anni più recenti e l'aspetto che consente di ragionare in punto di possibile evoluzione della sua giurisprudenza.

Per quanto riguarda l'ordinamento polacco, al momento in cui si scrive e comunque prima della citata destabilizzante sentenza del Tribunale costituzionale, la Corte EDU è stata chiamata a pronunciarsi in

²² *Vo c. Francia*, ric. n. 53924/00, 8 luglio 2004, par. 82.

²³ *Ibidem*, par. 84.

²⁴ *Silva Monteiro Martins Ribeiro c. Portogallo*, ric. n. 16471/02, 26 ottobre 2004, ma si veda anche il caso delle prime due ricorrenti che hanno denunciato senza successo il divieto di aborto su richiesta nella causa *A, B and C c. Irlanda*, ric. n. 25579/05, 16 dicembre 2010.

²⁵ *Vo c. Francia*, ric. n. 53924/00, cit., par. 80.

²⁶ «Article 8 § 1 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother» (*Brüggemann e Scheuten c. Germania*, ric. n. 6959/75, 12 luglio 1977)

tre casi, nel 2007, nel 2011 e nel 2012²⁷ e, in tutte le occasioni, le violazioni della Convenzione sono state dichiarate in ragione dell'inefficace applicazione della legge esistente e dal generarsi di una situazione concreta che *de facto* impedisce l'accesso all'aborto legale.

Le tre decisioni rese dalla Corte, quindi, si sono concentrate principalmente su profili procedurali che limitavano, in concreto, l'effettività del diritto riconosciuto, richiamando, in particolare, le obbligazioni positive facenti capo allo Stato. Secondo la Corte, infatti, «it is not the Court's task [...] in the present case to examine whether the Convention guarantees a right to have an abortion», mentre rientra nel compito della stessa verificare se lo Stato abbia rispettato i propri obblighi positivi inerenti al rispetto della vita privata imposti dall'art. 8 della Convenzione²⁸. Una volta che lo stato abbia deciso di consentire, ad alcune condizioni, di accedere alle procedure abortive, infatti, esso dovrà anche strutturare il sistema in maniera tale da non introdurre ostacoli di fatto all'esercizio del diritto stesso. Nel caso specifico, pur essendo prevista una procedura relativamente semplice e veloce per prendere decisioni relative a un aborto terapeutico, su indicazione di un medico, non erano previste soluzioni pratiche per i casi di disaccordo fra medici, come quelli che avevano sostanzialmente impedito alla sig.ra Tysic di interrompere la gravidanza. La Corte, come anticipato, esclude esplicitamente l'esistenza di un diritto convenzionale all'IVG, ma – a fronte delle incertezze e contraddizioni prodotte dalla legislazione polacca (che possono ingenerare nelle donne un grave stato di angoscia) – ricorda che «the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective»²⁹.

Sul punto dell'effettività dei diritti è interessante volgere uno sguardo alle osservazioni inviate da parte del Centro per i diritti riproduttivi e dalla Federazione per le donne e la pianificazione familiare al Comitato dei Ministri nel corso delle procedure per la verifica dell'esecuzione delle sentenze di condanna contro la Polonia³⁰. In aperto contrasto con le risposte fornite dal governo polacco, le associazioni hanno segnalato una situazione caratterizzata i) dall'aumento del numero di medici riluttanti ad autorizzare o fornire un aborto legale, anche ove la situazione delle richiedenti rientri nei casi previsti dalla legge; ii) dal massivo ricorso alla obiezione di coscienza da parte dei medici che comprometterebbe l'accesso delle donne alla procedura; iii) dalla diminuzione delle cliniche e delle strutture disponibili a praticare interventi di IVG; iv) dalla difficoltà di reperire informazioni essenziali su come e dove accedere all'aborto legale v) dal permanere di gravi sanzioni per i medici che autorizzano e praticano interventi incompatibili con la legge e dall'assenza di sanzioni per il rifiuto di procedere a un aborto legale. La seconda considerazione che si può trarre da una lettura trasversale dei tre casi che hanno coinvolto la Polonia riguarda la dottrina del *consensus* fra gli Stati membri e la conseguente ampiezza del margine di apprezzamento da riconoscere in capo agli stessi. Da un lato, la Corte EDU ha ribadito che, nonostante l'esigenza di dare al testo della Convenzione un'interpretazione evolutiva, il fatto che la questione dell'inizio della vita non sia ancora stata risolta all'interno della maggior parte delle parti contraenti e che non esista un consenso europeo circa la definizione scientifica e giuridica dell'inizio della

²⁷ *Tysic c. Polonia* (ric. n. 5410/03), 20 marzo 2007; *R R c. Polonia* (ric. n. 27617/04), 26 maggio 2011; *P e S c. Polonia* (ric. n. 57375/08), 30 ottobre 2012.

²⁸ *Tysic c. Polonia*, cit., par. 110.

²⁹ *Ivi*, par. 113.

³⁰ Il report relativo allo stato di attuazione delle decisioni, del 17 agosto 2022, DH-DD(2022)902 è consultabile al link: <https://hudoc.exec.coe.int/ENG#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22004-20592%22%5D%7D>.

vita impongono che su questi profili – e di conseguenza sulla individuazione delle circostanze nelle quali sarà consentito procedere a IVG – si mantenga un ampio margine di apprezzamento nazionale. D’altro canto, però, la Corte evidenzia come esista un *consensus* «amongst a *substantial majority* of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion and that most Contracting Parties have in their legislation resolved the conflicting rights of the foetus and the mother in favour of greater access to abortion» (corsivo aggiunto)³¹.

In quella giurisprudenza, comunque, né l’uno né l’altro argomento ha necessitato di ulteriore elaborazione da parte della Corte che, come si è detto, ha potuto limitarsi ad affermare che la decisione di consentire l’IVG in certe condizioni impone che il sistema sia conseguentemente «shaped in a coherent manner»³². Al contrario proprio questi aspetti rappresentano una delle chiavi di lettura dei molti ricorsi presentati davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo in opposizione alla decisione del Tribunale costituzionale del 2020. Questi, infatti, chiedono all’organo della Convenzione di affrontare la più delicata questione delle condizioni che legittimano l’accesso all’IVG (e in particolare dell’esclusione della motivazione legata alle malformazioni del feto), di muoversi su un piano sostanziale e di declinare i propri ragionamenti in tema di *consensus* e margine di apprezzamento nell’ottica dell’eventuale esistenza di un *minimum standard* di tutela.

A integrazione delle indicazioni generali che si sono raccolte, per provare a riflettere su quali potranno essere gli atteggiamenti della Corte rispetto a queste nuove esigenze di tutela, legate a carenze sostanziali e non solo procedurali del sistema, è necessario prendere brevemente in considerazione l’unico caso nel quale la Corte si è espressa circa la compatibilità con la convenzione della proibizione di IVG sulla base di anomalie gravi del feto.

Si sottolinea probabilmente l’ovvio evidenziando come interventi limitativi che escludono questa condizione per poter interrompere la gravidanza producano conseguenze di significativa portata. Da un lato, infatti, stante la natura intrinsecamente relazionale delle posizioni in gioco, pare molto difficile poter scindere quella del feto da quella della madre, con la conseguenza che limitare la possibilità di interrompere la gravidanza per ragioni legate alla malformazione del feto corrisponde a una limitazione della possibilità di intervenire con IVG a tutela della salute (anche) psicologica della madre. È significativo, a tal proposito, il fatto che, nel corso dei dialoghi intercorsi con il Comitato di Ministri del Consiglio d’Europa nell’ambito delle procedura di verifica dell’implementazione della decisione del caso *Tysiāc*, il governo polacco abbia fatto riferimento a un comunicato del 7 novembre 2021, pubblicato sul sito web del Ministero della Salute, che chiarirebbe che il rischio per la salute della donna costituisce un motivo sufficiente per abortire legalmente, ricordando che i medici in queste situazioni non devono avere paura di prendere decisioni ovvie basate sulla loro esperienza e conoscenza³³. In secondo luogo, poi, va tenuto a mente il dato, già evidenziato, relativo alla assoluta prevalenza (se non quasi totalità) di IVG connesse a tale motivazione, che evidenzia come l’intervento apparentemente parziale corrisponda in realtà a un quasi azzeramento della possibilità di far valere un dato interesse, al quale gli Stati europei sembrano, come si è detto, aver riconosciuto crescente rilevanza.

³¹ *P. e S. c. Polonia*, cit., par. 97, riprendendo peraltro la precedente sentenza A.B.C. c. Irlanda.

³² *P. e S. c. Polonia*, cit., par. 99.

³³ Si v. il citato report relativo all’attuazione delle sentenze della Corte EDU: DH-DD(2022)902 (cfr. *supra*).

A tali questioni di sostanza si è rivolta la Corte EDU con la decisione adottata nel caso *A.B.C. v. Ireland*³⁴. In questo caso, applicando i suoi tradizionali processi argomentativi, la Corte ha anzitutto ribadito che «legislation regulating the interruption of pregnancy touches upon the sphere of the private life of women» (par. 213) e che «not every regulation of the termination of pregnancy constitutes an interference with the right to respect for the private life of the mother» (par. 216). In seguito, al fine di verificare se esista una giustificazione alla base dell'interferenza con il diritto alla vita privata, la Corte ha bilanciato tale diritto con «other competing rights and freedoms invoked including those of the unborn child» (nei quali non si è fatto tuttavia rientrare il diritto alla vita, per le ragioni sopra indicate, legate all'assenza di un *consensus* fra gli Stati; par. 213). Lo scopo legittimo della limitazione legislativamente prevista è stato individuato in quello della «protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn is an aspect» (par. 222). Quindi non una tutela diretta del diritto alla vita del concepito, ma una tutela mediata di tale diritto, inteso come componente cruciale della morale pubblica, che all'epoca trovava espressa protezione nel testo della Convenzione. Il richiamo qui è al precedente *Open door v., Ireland*, nel quale la Corte aveva riscontrato come in Irlanda il riconoscimento del diritto alla vita del nascituro fosse basato su profondi valori morali relativi alla vita, una posizione testimoniata dall'esito del referendum costituzionale del 1983³⁵, che – secondo la Corte – non si sarebbe mai significativamente modificata (par. 226).

In secondo luogo, un altro elemento chiave della decisione è il meccanismo del margine di apprezzamento. La Corte ne fonda l'ampiezza tramite un richiamo alla natura delle scelte in tema di IVG che si legano a «sensitive moral or ethical issues» (par. 232). Un margine ampio, ma non illimitato, che non esclude il sindacato della Corte e che, anzi, impone la considerazione di due fattori. Il primo è quello dell'importanza del diritto o della libertà coinvolti («Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake»), con la conseguenza che, nel valutare l'ampiezza del margine all'interno del quale lo stato può compiere le proprie scelte, è necessario prendere in considerazione la gravità o l'intensità del pericolo al quale è esposta la vita privata della donna. Il secondo elemento che condiziona l'ampiezza del margine di apprezzamento è quello, già richiamato, dell'esistenza di un *consensus* fra gli Stati parte della Convenzione. Nell'anno di *A.B.C.*, il 2010, l'analisi comparata riportata nella sentenza evidenziava come, seppure a determinate condizioni, 30 dei 47 stati membri consentissero l'IVG «su richiesta», 40 per ragioni legate alla salute e 35 per ragioni di benessere. Solo 3 paesi proibivano in assoluto le pratiche abortive, mentre alcuni stati erano recentemente intervenuti per ampliare l'accesso ai servizi abortivi (Monaco, Montenegro, Portogallo e Spagna; par. 112). Già all'epoca, dunque, si poteva riscontrare un consenso fra una «substantial majority» degli Stati membri e una tendenza verso l'ampliamento dell'accesso alle pratiche di IVG. Questa circostanza, tuttavia e

³⁴ Per alcuni approfondimenti dottrinali si v. L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2011, 445-454; S. MCGUINNESS, *A, B, and C to D (for delegation!)*, in *Medical Law Review*, 19, 2011, 476-491; E. WICKS, *A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 11, 3, 2011, 556-566.

³⁵ L'ovvio riferimento è al referendum con il quale, nel 1983, è stato approvato l'*Eighth Amendment of the Constitution Act*, che ha introdotto in Costituzione l'art. 40.3.3°, secondo il quale «[t]he State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right».

piuttosto sorprendentemente³⁶, non era stata considerata sufficiente dalla Corte a imporsi sulla «acute sensitivity of the moral and ethical issues raised by the question of abortion» (233) e sulle «profound moral views» (241) del popolo irlandese. Il margine di apprezzamento, quindi, restava ampio, seppure non assoluto. La Corte ha concluso che la scelta attuata dall'ordinamento irlandese fosse da considerarsi proporzionata perché i) rifletteva un «lengthy, complex, and sensitive debate» e ii) consentiva, comunque, di recarsi all'estero per interrompere la gravidanza (par. 239)³⁷.

4. Le possibili linee di uno sviluppo giurisprudenziale ispirato alla permeabilità fra livelli di tutela

Tornando, per concludere, ai possibili sviluppi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, nei ricorsi presentati contro la Polonia, si possono formulare alcune osservazioni, nell'ottica della "permeabilità" fra livelli di tutela e degli argomenti di "chiusura" che la Corte EDU aveva. Come detto, in A.B.C., la Corte di Strasburgo ha fatto leva sulle «profound moral views» del popolo irlandese e sul «lengthy, complex, and sensitive debate» che aveva condotto all'approvazione della legge per affermare l'ampiezza del margine di apprezzamento in capo allo Stato e dichiarare proporzionata la scelta effettuata dal legislatore nazionale. Calate nell'ordinamento polacco, però, queste ragioni sembrano perdere forza e consistenza. Infatti, il Family Planning Act del 1993, che – come detto – rappresentava un compromesso fra i due poli opposti, pro-life e pro-choice, è rimasto in vigore per 27 anni. Tale considerazione rende difficile leggere la dichiarazione di incostituzionalità, intervenuta *ex abrupto* nel 2020, (e le proteste che essa ha scatenato) come riflesso di visioni morali che permeano profondamente la società polacca³⁸. È anche interessante ricordare come la Corte EDU, nel definire la

³⁶ A tal riguardo i giudici dissenzienti ricordano che «According to the Convention case-law, in situations where the Court finds that a consensus exists among European States on a matter touching upon a human right, it usually concludes that that consensus decisively narrows the margin of appreciation which might otherwise exist if no such consensus were demonstrated» ed evidenziano che «this will be one of the rare times in the Court's case-law that Strasbourg considers that such consensus does not narrow the broad margin of appreciation of the State concerned». La Corte verrebbe così meno al ruolo "harmonising" della giurisprudenza convenzionale (Opinione congiunta e parzialmente dissenziente dei giudici Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni e Poalelungi, par. 5 e 6).

³⁷ Queste argomentazioni, come noto, riguardano le pretese delle prime due ricorrenti (A e B) che invocavano una violazione degli articoli 3, 8, 13 e 14 della Convenzione, con riferimento alle restrizioni all'aborto nei casi di pregiudizio per la salute e il benessere della donna. Diverso invece l'esito in riferimento alla posizione di C, quale fondava le proprie pretese non solo sulla violazione degli articoli richiamati dalle altre ricorrenti, ma anche sulla violazione dell'art. 2, poiché la mancata attuazione in sede legislativa del citato art. 40.3.3° della Costituzione irlandese non le aveva permesso di abortire legalmente nel Paese, nonostante nel suo caso la gravidanza costituisse un rischio per la sua stessa vita. La Corte qui allinea il ragionamento a quello svolto nelle decisioni contro la Polonia, affermando che «[w]hile a broad margin of appreciation is accorded to the State as to the decision about the circumstances in which an abortion will be permitted in a State, once that decision is taken the legal framework devised for this purpose should be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention». Una sintesi del caso è reperibile in www.biodiritto.org.

³⁸ Da una serie di sondaggi effettuata fra il 1992 e il 2016 è emerso che il *favor* per l'aborto è crollato negli anni, passando dal 27 al 14% nel caso di IVG volontaria su richiesta, ed è sceso, dal 71% al 53%, in riferimento all'IVG volontaria, determinata da forme di disabilità mentale del feto. Diversamente, le opinioni a favore dell'IVG per

morale pubblica, sia spesso incline a richiamare il ruolo delle autorità statali che sarebbero «in principio» in una posizione migliore rispetto a quella ricoperta dal giudice internazionale, per dare una valutazione la situazione nazionale. Resta da chiedersi se questo ruolo possa essere correttamente interpretato da un organo – il Tribunale costituzionale – la cui legittimazione è stata fortemente messa in discussione a livello internazionale³⁹.

Forse, poi, più in generale, all'interno delle società contemporanee complesse, che la Corte stessa incoraggia a valorizzare il pluralismo⁴⁰, quello del pubblico interesse alla protezione di una morale rischia di trasformarsi in un appiglio scivoloso, che non rappresenta oggi il migliore degli strumenti argomentativi⁴¹.

Alla luce di queste considerazioni sarà poi interessante verificare quale uso la Corte deciderà di fare della dottrina del *consensus*, considerato che esso, rispetto al 2010, sembra essere andato rafforzandosi in maniera significativa (compresa la Repubblica d'Irlanda).

Infine, la Corte EDU potrà decidere quale uso fare delle recenti evoluzioni negli standard del diritto internazionale, con i quali la realtà normativa e fattuale polacca pare entrare in tensione. La tendenza – che evidentemente non ha mai fatto presa a livello globale – è tracciata dal Commento generale n. 36 del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite sul diritto alla vita, il quale impone alle parti contraenti del Patto internazionale sui diritti civili e politici l'obbligo di «provide safe, legal and effective access to abortion where the life and health of the pregnant woman or girl is at risk, or where carrying a pregnancy to term would cause the pregnant woman or girl substantial pain or suffering, most notably where the pregnancy is the result of rape or incest or where the pregnancy is not viable» e vieta alle stesse di regolare la gravidanza e l'IVG «in a manner that runs contrary to their duty to ensure that women and girls do not have to resort to unsafe abortions» (Sec. 8)⁴². Forse più pregnanti sono le decisioni dello UN Human Rights Committee nei casi *Amanda Jane Mellet v. Ireland*⁴³ e *Siobhán*

far fronte a un rischio per la vita della madre non sono mai scese sotto il 77%. Va inoltre tenuto in considerazione il più recente impatto della Black protest che sembra aver rafforzato notevolmente il supporto per una liberalizzazione della pratica e determinato una netta polarizzazione delle posizioni. Secondo un sondaggio svolto a dicembre del 2020 il 63% dei polacchi dichiarava il proprio supporto verso la protesta scaturita dalla decisione del Tribunale costituzionale, anche se solo l'8% aveva attivamente partecipato. I dati sono riportati in M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland*, cit., 84.

³⁹ Fra le molte critiche sollevate, sia qui sufficiente richiamare la Risoluzione del Parlamento europeo, del 21 ottobre 2021, secondo il quale «the illegitimate “Constitutional Tribunal” not only lacks legal validity and independence (21), but is also unqualified to interpret the Constitution in Poland» (Resolution The Rule of law crisis in Poland and the primacy of EU law, reperibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0439&from=EN>).

⁴⁰ In più occasioni la Corte EDU ha richiamato i valori di «pluralism, tolerance and broadmindedness», senza i quali «there is no “democratic society”» (fra le molte, *Handyside c. UK*, ric. 5493/72 del 7 dicembre 1976, par. 49).

⁴¹ Sviluppa questo ragionamento J. KAPELAŃSKA-PRĘGOWSKA, *The Scales of the European Court of Human Rights: Abortion Restriction in Poland, the European Consensus, and the State's Margin of Appreciation*, in *Health and Human Rights Journal*, 23, 2, 2021, in particolare 217.

⁴² United Nations Human Rights Committee, *General comment no. 36, Article 6 (Right to Life)*, CCPR/C/GC/35, 2019.

⁴³ *Mellet v. Ireland*, Human Rights Committee, Communication No. 2324/2013, U.N. Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013 (2016).

*Whelan v. Ireland*⁴⁴. Entrambi i casi riguardavano anomalie estremamente gravi del feto, che ne avrebbero determinato la morte in utero o immediatamente dopo la nascita. Secondo il Comitato, la normativa irlandese che prevedeva all'epoca un divieto assoluto di IVG, con la sola eccezione dei casi nei quali fosse a rischio la vita della gestante, essendo particolarmente intrusiva e producendo nella donna uno stato di angoscia mentale, comportava una interferenza con il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti.

Sarà possibile per la Corte EDU – come ha fatto sino ad ora – prescindere dall'analisi di questi materiali senza che si producano strappi significativi all'interno del tessuto che dovrebbe costituire la base dello spazio costituzionale europeo (e globale)? Considerato il processo evolutivo lento, ma incrementale, del quale si è parlato, il rischio sotteso a una risposta positiva a questa domanda è quello di una stagnazione e di un uso distorto del margine di apprezzamento, che non dovrebbe rappresentare uno strumento di isolazionismo, ma un meccanismo funzionale a proteggere il cuore pluralistico degli ordinamenti democratici⁴⁵.

5. Un'occasione per attivare o disinnescare i meccanismi di tutela multilivello dei diritti

Seppur all'interno di un quadro connotato da un certo grado di deferenza rispetto agli argomenti della morale e delle tradizioni etiche dei singoli Stati membri, è innegabile che negli ultimi decenni la Corte europea dei diritti dell'uomo – e la Corte di giustizia dell'Unione europea – abbiano, con una certa frequenza, sottoposto le leggi statali sull'aborto a un esame di compatibilità con standard di protezione dei diritti fondamentali inter- e sovranazionali, generando tensioni nei sistemi giuridici nazionali caratterizzati da normative particolarmente restrittive⁴⁶.

Si è trattato di un processo cauto, seppure progressivo, i cui limiti sono tuttavia bene rappresentati dall'esperienza dell'ordinamento polacco (che ha messo in luce, in particolare, quelli di una tutela inevitabilmente concentrata sull'effettività – più che sul riconoscimento – di determinati diritti insieme a quelli della insoddisfacente implementazione delle decisioni assunte⁴⁷).

La stagione attuale potrebbe rappresentare un'occasione per verificare quale sia la capacità di forze di trazione operanti all'interno dello "spazio costituzionale europeo".

In questo senso, sono significative le ferme e ripetute prese di posizione del Parlamento europeo che, dopo il decesso di una giovane donna polacca, determinato da uno shock settico verificatosi a causa del rifiuto dei medici di eseguire un'IVG, ha adottato una risoluzione *ad hoc* nel novembre 2021⁴⁸. Dal testo emergono due aspetti importanti. Il primo è che la disciplina dei diritti riproduttivi rappresenta

⁴⁴ *Whelan v. Ireland*, Human Rights Committee, Communication No. 2425/2014, U.N. Doc. CCPR/C/119/D/2425/2014 (2017).

⁴⁵ M. VARJU, *European human rights law as a multi-layered human rights regime. Preserving diversity and promoting human rights*, in J.E. WETZEL (ed.), *The EU as a "Global Player" in Human Rights*, London/New York, 2011, 55.

⁴⁶ F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe*, cit.

⁴⁷ In generale, sui problemi dell'implementazione si v. R. GROTE, M. MORALES ANTONIAZZI, D. PARIS (eds.), *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Cheltenham-Nothampton, 2021.

⁴⁸ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2021 nel primo anniversario del divieto di aborto de facto in Polonia, (2021/2925(RSP)).

un'importante cartina di tornasole, che consente di verificare la qualità democratica di un ordinamento e il suo grado di rispetto della *rule of law*⁴⁹. Il secondo riguarda invece la constatazione dell'insufficienza della prospettiva nazionale e della chiara esigenza di collocare i diritti riproduttivi all'interno di uno schema di tutela articolato e multilivello⁵⁰.

Ancora più recentemente, seppure in altri documenti privi di vincolatività, il Parlamento ha esplicitamente affermato che «i diritti riproduttivi, compreso l'aborto sicuro e legale, costituiscono un diritto fondamentale»⁵¹ e ha proposto di introdurre una previsione dedicata al diritto all'IVG nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁵².

Pur trattandosi di posizioni istituzionali isolate, espresse in documenti privi di vincolatività giuridica, queste rappresentano comunque un segnale interessante, da leggere congiuntamente ai tentativi europei di tutela del *rule of law* e degli «European fundamentals» attraverso i meccanismi della condizionalità finanziaria⁵³.

Il terreno di gioco è oggi attraversato da tutte le forze di trazione, le spinte e i movimenti a livello sovrano e internazionale che si sono descritti e che impediscono di relegare la questione della tutela dei diritti riproduttivi nella sfera interna di un dato ordinamento.

In tema di interruzione volontaria di gravidanza, in conclusione, pur nel permanere di una chiara difficoltà di riconoscere l'esistenza di un diritto fondamentale, è necessario continuare a interrogarsi circa l'esistenza di uno standard europeo di tutela. Questo, se non impone un contenuto definito, pare non poter rinunciare quantomeno a uno standard minimo di attenzione, fatto del rispetto di determinate procedure deliberative, che comprendono un grado di condivisione ampia delle scelte effettuate, della garanzia di effettività delle posizioni riconosciute come rilevanti e della necessaria, imprescindibile considerazione della dimensione del bilanciamento, che rifugge semplificazioni e radicalismi e che pare invece non trovare più patria nell'ordinamento polacco.

⁴⁹ Si legge fra i considerando: «whereas the erosion of the rule of law in Poland has led to violations of human rights, including SRHR; whereas the de facto abortion ban in Poland is a clear attack on the rule of law and fundamental rights, and restricts the realisation of SRHR in Poland, following the many attacks against the rule of law in recent years». Propone una analisi della disciplina dei diritti riproduttivi come strumento utile a valutare il grado di democraticità delle società di transizione A. KRAJEWSKA, *Connecting Reproductive Rights, Democracy, and the Rule of Law: Lessons from Poland in Times of COVID-19*, in *German Law Journal*, 22, 2021, 1072-1109.

⁵⁰ Sempre fra i considerando: «whereas according to the Charter, the ECHR and the case law of the ECtHR, and the jurisprudence of the UN treaty bodies, sexual and reproductive health and rights (SRHR) are related to multiple human rights, such as the right to life, the right to access healthcare, freedom from inhuman or degrading treatment, and respect for bodily integrity, privacy and personal autonomy; whereas these human rights are also enshrined in the Polish Constitution; whereas the Member States are legally obliged to uphold and protect human rights in accordance with their constitutions, the EU Treaties and the Charter, as well as international law».

⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022, cit.

⁵² *Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all'aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all'aborto e la salute delle donne nell'UE*, con la quale si propone di aggiungere un articolo 7 bis, rubricato "Diritto all'aborto", che reciterebbe: «Ogni persona ha diritto all'aborto sicuro e legale».

⁵³ A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 23, 2, 2023.

L'interruzione volontaria di gravidanza in Francia. Verso la definitiva costituzionalizzazione del diritto all'aborto?

Marta Fasan*

ABORTION RIGHTS IN FRANCE. TOWARDS A FINAL CONSTITUTIONALISATION OF THE RIGHT TO ABORTION?

ABSTRACT: In the last years, abortion has been one of the most discussed topics within the political, social and constitutional debate. The recent legal actions realized in this field, most notably the *Dobbs v. Jackson* judgment, show how women's right to self-determine on their reproductive choices is still vulnerable and needs to be properly protected. The present paper aims at analyzing the French regulatory model on abortion rights and examining how the last legislative acts in this field are strengthening the right to abortion and its protection from a constitutional perspective.

KEYWORDS: Abortion rights; constitutionalism; self-determination; France; *Dobbs v. Jackson*

ABSTRACT: Il tema dell'aborto si è trovato al centro del dibattito politico, sociale e costituzionalistico negli ultimi anni. Le novità normative introdotte in questa materia, tra cui spicca quanto accaduto con la sentenza *Dobbs v. Jackson*, dimostrano quanto il diritto della donna di autodeterminarsi liberamente nelle scelte procreative sia ancora fragile e necessiti di essere tutelato in modo più efficace. Il presente contributo si propone di analizzare il modello di disciplina francese in tema di IVG e di esaminare come le recenti modifiche normative vadano nella direzione di rafforzare il diritto all'aborto e la sua tutela dal punto di vista costituzionale.

PAROLE CHIAVE: Interruzione volontaria di gravidanza; costituzionalismo; autodeterminazione; Francia; *Dobbs v. Jackson*

SOMMARIO: 1. La disciplina del diritto all'aborto alla luce delle tendenze normative contemporanee – 2. La disciplina dell'aborto in Francia. La *loi Veil* e la depenalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza – 3. La disciplina dell'aborto in Francia. L'evoluzione della *loi Veil* e la garanzia di un più ampio accesso all'interruzione volontaria di gravidanza – 4. La disciplina dell'aborto in Francia. La *loi n° 2022-295* per una maggiore effettività del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza – 5. Il ruolo del costituzionalismo contemporaneo nella tutela del diritto all'aborto. Spunti di riflessione alla luce della *proposition de loi constitutionnelle n° 293* e della sentenza *Dobbs v. Jackson*.

* *Assegnista di ricerca, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: marta.fasan@unitn.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

1. La disciplina del diritto all'aborto alla luce delle tendenze normative contemporanee

Negli ultimi anni la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza (d'ora in poi anche IVG) è stata più che mai al centro del dibattito costituzionalistico di numerosi ordinamenti giuridici. Gli interventi normativi realizzati nel periodo più recente hanno evidenziato come in diversi Stati si stiano verificando cambiamenti rivoluzionari nel contesto dell'IVG, rimarcando come il diritto della donna di autodeterminarsi nelle scelte di natura riproduttiva, seppur sempre in una dinamica di bilanciamento tra gli interessi in gioco¹, rappresenti ancora oggi terreno fertile per battaglie ideologiche mai completamente sopite². In particolare, secondo una lettura in chiave comparata, se da un lato si sta assistendo alla legalizzazione dell'aborto in ordinamenti che da sempre avevano scelto di privilegiare un approccio restrittivo nel riconoscere il diritto della donna ad inter-

¹ Nel contesto della *Western Legal Tradition* la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza rappresenta l'espressione dell'applicazione delle tecniche di bilanciamento dei diritti, sia da parte del potere legislativo che da parte della giustizia costituzionale, dei soggetti coinvolti. Così, ad esempio, in Italia, con la sentenza 27/1975 prima e con la legge 194/1978 poi, si garantisce non solo la tutela del diritto alla salute, fisica e psichica, della donna in riferimento al proseguimento della gravidanza, ma anche la protezione della vita prenatale, prevedendo limiti più stringenti alla possibilità di abortire con l'avanzare della gravidanza. Allo stesso modo negli Stati Uniti, nel quadro giuridico delineato dalle sentenze *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*, il diritto della donna ad autodeterminarsi dal punto di vista riproduttivo può essere limitato dal potere statale nell'interesse a tutelare la vita prenatale, soprattutto con l'avvicinarsi della condizione di *viability* del feto. Quelli descritti non sono, però, gli unici interessi meritevoli di bilanciamento all'interno della disciplina dell'IVG. Gli ordinamenti menzionati a titolo paradigmatico, e così anche molti altri all'interno della *Western Legal Tradition*, prevedono per i professionisti sanitari la possibilità di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza qualora la realizzazione dell'IVG vada contro i loro convincimenti personali e morali. In questo modo, nel meccanismo di bilanciamento dei diritti entra in gioco la necessità di tutelare adeguatamente il diritto dei professionisti sanitari ad esercitare la propria libertà di astenersi dalla realizzazione di azioni contrarie al proprio credo religioso o ai propri principi di coscienza, tutelando la libertà di manifestazione del pensiero e di religione di queste persone. In generale su questi aspetti cfr. M. D'AMICO, *Una parità disambigua*, Milano, 2020, 149 ss. Come si avrà modo di osservare e approfondire nei prossimi paragrafi, anche l'ordinamento francese nel disciplinare l'interruzione volontaria di gravidanza ha realizzato un bilanciamento tra questi tre interessi in gioco, seppure con le ultime riforme realizzate in materia si sia cercato di dare nuovo equilibrio al rapporto tra gli stessi.

² Questo tema è trattato, *ex multis*, in M. D'AMICO, *op. cit.*, 149 ss.; L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016, 151 ss.; M. ZIEGLER, *After Roe. The Lost History of the Abortion Debate*, Cambridge (MA) – Londra, 2015, xiii ss.; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 1 ss. In questo contributo l'autrice evidenzia come dagli anni '70 il tema dell'aborto e del riconoscimento di un relativo diritto individuale abbia rappresentato, negli Stati Uniti e in Europa, uno dei temi cardine del femminismo di seconda ondata, in quanto espressione della nota locuzione "il personale è politico" e dimostrazione dell'esistenza di un imprescindibile nesso tra autodeterminazione individuale e azione e partecipazione politica delle donne. Anche in L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE online*, 3, 2020, 4453 ss., l'autrice ribadisce come, soprattutto in riferimento alla realtà statunitense, il tema dell'interruzione volontaria di gravidanza rappresenti uno dei paradigmi dei conflitti di opinioni e di valori che caratterizzano la società statunitense. Il ruolo polarizzante dell'aborto all'interno della società e, soprattutto, della politica statunitense è sottolineato anche in S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, 259 ss.

rompere la gravidanza³, dall'altro lato si osservano tendenze del tutto opposte in realtà giuridiche in cui la libertà di abortire legittimamente e in modo sicuro poteva considerarsi pienamente tutelata nella dimensione costituzionale. Questo è quanto accaduto negli Stati Uniti con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, con cui la Corte Suprema, nel realizzare l'*overruling* delle precedenti decisioni *Roe* e *Casey*, ha negato il fondamento costituzionale del diritto all'aborto, lasciando le donne statunitensi prive della tutela precedentemente riconosciuta a livello federale e rimettendo la disciplina in materia di interruzione volontaria di gravidanza alla discrezionalità dei singoli Stati federati⁴. L'intervento normativo statunitense, che senza dubbio risulta essere il più significativo degli ultimi anni in materia di aborto per la portata dell'inversione di tendenza realizzata, non costituisce però un esempio isolato. Sempre all'interno di un approccio giuridico volto a limitare l'accesso e la

³ All'interno di questa dimensione, in cui viene adottata una nuova tendenza normativa più permissiva in materia di aborto, si collocano, a titolo esemplificativo, i casi dell'Irlanda, San Marino, Messico, Colombia e Argentina. In Irlanda, con il referendum costituzionale del 25 maggio 2018 è stato abrogato l'VIII emendamento della Costituzione irlandese che tutelava il diritto alla vita del feto e che per molti anni aveva reso l'Irlanda uno degli ordinamenti giuridici europei più restrittivi nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza. In seguito a ciò, il Parlamento irlandese ha adottato l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Bill 2018*, modificando la previgente disciplina dell'aborto e fissando le condizioni per l'accesso a tale pratica. Similmente al caso irlandese, anche nello Stato di San Marino la scelta di legalizzare l'interruzione volontaria di gravidanza è arrivata a seguito della consultazione referendaria del 26 settembre 2021, in cui la depenalizzazione dell'aborto è stata approvata con il 77% dei voti favorevoli e che, un anno più tardi, ha portato all'adozione della prima legge in materia di IVG. Diversamente da questi primi due esempi, in Messico la legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza è avvenuta grazie all'intervento della Corte costituzionale che, nel settembre 2021, ha dichiarato l'incostituzionalità di tutte le norme che, sia a livello federale che statale, criminalizzano l'aborto. Anche in Colombia, nel febbraio 2022, la Corte costituzionale ha riqualificato il reato di aborto volontario, stabilendo che l'interruzione volontaria di gravidanza non costituisce un reato quando viene realizzata entro la ventiquattresima settimana, o senza limiti di tempo nei casi che erano già previsti dalla legge. In Argentina, invece, la depenalizzazione dell'aborto si è realizzata ad opera del Legislatore, che con la legge n. 2610 del 2020 ha reso legittimo l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza fino alla quattordicesima settimana e anche al di fuori dei casi di pericolo per la vita della donna e di violenza sessuale. Per un commento agli interventi normativi qui descritti cfr. L. BUSATTA, C.M. REALE, *The Celtic Tiger al referendum: l'Irlanda verso una nuova stagione di tutela costituzionale dei diritti?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2018, 1223-1242; A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-17; L. POLI, *Il diritto internazionale come "motore" del biodiritto e l'emersione di un "biodiritto internazionale"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, 291 ss.; M. BARLETTA, *La scelta della Corte costituzionale colombiana di depenalizzare l'aborto entro la ventiquattresima settimana e la sua rilevanza rispetto ai diritti sessuali e riproduttivi delle donne*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 437-448; A. BRIGO, M. SOUZA, *Legalizzazione e depenalizzazione sociale dell'aborto in America Latina: un'analisi comparata tra Brasile e Argentina*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-21.

⁴ Per un commento al contenuto e alle conseguenze di questa sentenza, oltre alla lettura dei contributi ad essa dedicati all'interno di questa Special Issue, si rimanda, *ex multis*, a S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, 1609-1617; E. GRANDE, *Dobbs e le allarmanti preoccupazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15, 2022, 73-87; A. DI MARTINO, *op. cit.*, 17 ss.; L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2022, 5-66; G. SORRENTI, *Corte Suprema, Dobbs v. Jackson: fra tradizionalismo ed evoluzione dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, 610-614; J.L. GROSSMAN, *The End of Roe v. Wade*, in *VERDICT*, 29 giugno 2022, in <https://verdict.justia.com/2022/06/29/the-end-of-roe-v-wade> (ultima consultazione 09/01/2023).

realizzazione delle pratiche abortive si inseriscono, infatti, anche la Polonia e l'Ungheria. Nel primo caso, la sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 22 ottobre 2020, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 4a (1)(2) della legge 7 gennaio del 1993 sulla pianificazione familiare, sulla tutela del feto umano e sulle condizioni di ammissibilità dell'interruzione volontaria di gravidanza⁵, ha reso legittimo l'aborto solo nei casi in cui la gravidanza comporti un pericolo per la vita o per la salute della donna o qualora ci sia il sospetto che la gravidanza sia il risultato di un atto criminoso, rendendo così ancora più restrittiva una legge che già limitava fortemente la possibilità di accedere all'IVG⁶. Nel secondo caso, invece, la realizzazione dell'aborto, già messo fortemente in discussione dalla modifica della Legge fondamentale ungherese del 2011, è stata resa più complessa dall'adozione del decreto ministeriale del 12 settembre 2022, il quale stabilisce per la donna l'obbligo di ascoltare il battito fetale prima di poter procedere all'interruzione della gravidanza, con l'obiettivo di dissuadere le donne dalla scelta di abortire⁷.

In questo contesto giuridico, in cui la garanzia di un effettivo esercizio del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza appare più che mai fragile e mutevole di fronte alle istanze promosse da alcune espressioni del potere politico, la posizione assunta dall'ordinamento francese in tema di aborto risulta di particolare interesse. Nell'ultimo anno la Francia ha adottato e promosso due interventi normativi volti a rafforzare l'effettività e la tutela del diritto delle donne all'interruzione volontaria di gravidanza, ampliando la portata garantista di una disciplina che già assicurava un adeguato livello di protezione, anche al fine di scongiurare quanto accaduto soprattutto negli Stati Uniti.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare i recenti interventi normativi realizzati in Francia in tema di aborto, andando ad analizzare il loro ruolo nella definizione e nell'evoluzione del mo-

⁵ Nello specifico, la disposizione dichiarata incostituzionale consentiva alle donne polacche di accedere all'IVG anche nel caso in cui gli esami prenatali o altre condizioni di natura medica indicassero l'alta probabilità della presenza di una grave e irreversibile malformazione fetale o di una malattia incurabile tali da minacciare la vita stessa del feto. Secondo il Tribunale costituzionale, una decisione in tal senso risulta giustificata dalla necessità di garantire un'adeguata tutela alla dignità umana e alla vita del feto rispetto a considerazioni e a decisioni di natura eugenetica. Il testo in inglese della massima della sentenza è disponibile al sito <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11300-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerywania-ciazy> (ultima consultazione 09/01/2023).

⁶ Per un commento alla disciplina dell'aborto in Polonia cfr. J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-16; M. KLOPOCKA-JASINSKA, *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 199-202; L. LEO, *Fuori dallo scacchiere europeo: l'adesione polacca al modello statunitense in materia di aborto*, in *Ambientediritto.it*, 3, 2022, 252-272; P. DE PASQUALE, *Il diritto di aborto... o l'aborto di un diritto?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, VII ss.; M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 1, 2022, 73-99.

⁷ In riferimento alla riforma ungherese in materia di IVG si veda P. DE PASQUALE, *op. cit.*, VII ss.; O. DYER, *Hungary requires doctors to present women with fetal vital signs before abortion*, in *BMJ*, 20 settembre 2022. L'introduzione di limiti e di condizionamenti nell'accesso all'aborto legati alla presenza del battito fetale ha rappresentato un elemento caratteristico dei più recenti interventi legislativi realizzati a livello statale all'interno degli Stati Uniti. Su questo aspetto, e in particolare sul *Texas Heartbeat Act* del 2021 e sulla decisione della Corte Suprema che lo ha interessato si veda M.C. ERRIGO, *The most dangerous branch? La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act*, in *Consulta Online*, 3, 2021, 1046; L. FABIANO, *op. cit.*, 30 ss.; R. BIZZARI, *La Corte Suprema torna sul tema dell'aborto. Riflessioni a margine di Whole Woman's Health v. Jackson*, in *federalismi.it*, 12, 2022, 1-13. Sempre in riferimento a questo tema, si permetta un rinvio a M. FASAN, *Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense*, in *DPCE online*, 4, 2021, 4465-4478.

dello di disciplina adottato in questa materia. L'attenzione, poi, sarà posta sul ruolo del diritto costituzionale nella tutela del diritto all'aborto, elaborando alcune prime riflessioni dal confronto tra l'esperienza francese e quella statunitense alla luce della *proposition de loi constitutionnelle n° 293* e della sentenza *Dobbs v. Jackson*.

2. La disciplina dell'aborto in Francia. La *loi Veil* e la depenalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza

La legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza in Francia risale al 1975 quando, con l'adozione della *loi n° 75-17 du 17 janvier 1975* (detta anche *loi Veil*, in onore della Ministra proponente), fu per la prima volta depenalizzato il reato di aborto previsto dal *Code pénal* dell'epoca⁸. Nonostante sia ricordata per la natura fortemente istituzionale⁹, l'adozione della *loi Veil* fu senza dubbio agevolata dalle proteste e dalle istanze dei movimenti femministi che, nel rivendicare la libertà sessuale e l'autodeterminazione procreativa delle donne, misero in luce la concreta inapplicabilità del reato d'aborto¹⁰, spingendo il Governo francese ad intervenire a riguardo¹¹. Di fronte alle necessità di accogliere le istanze femministe, di assicurare l'ordine sociale e la sicurezza sanitaria e di assecondare anche le richieste dei partiti più conservativi, fu elaborata e approvata una legge di compromes-

⁸ Nello specifico, l'art. 317 del *Code pénal* prevedeva la pena della reclusione e dell'ammenda per chiunque si sottoponesse, praticasse o contribuisse alla realizzazione di un aborto, fissando la pena aggiuntiva dell'interdizione dall'esercizio della professione per i medici responsabili delle condotte indicate.

⁹ Questa visione è fortemente criticata in E. DESMOULINS, *L'anniversaire de la loi Veil, ou la commémoration d'une histoire sans lutte*, in *Nouvelles Questions Féministes*, 2, 2015, 116-118. In questo contributo, l'autrice evidenzia come nell'esaminare e nel ricordare la storia della nascita di questa legge spesso non venga fatta menzione dell'importante ruolo svolto dai movimenti sociali nel portare all'interno del dibattito pubblico i temi dell'aborto, della contraccezione e della sessualità, portando le istituzioni a riflettere sulla necessità di intervenire dal punto di vista normativo in materia di IVG.

¹⁰ Tra i numerosi fatti che segnarono la necessità a livello sociale di legalizzare e regolare l'aborto, due risultarono particolarmente significativi. Il primo fu la realizzazione del "*Manifeste des 343*" e del "*Manifeste des 331*", due petizioni in cui 343 donne e 331 medici dichiararono, rispettivamente, di aver abortito e di aver praticato interruzioni volontarie di gravidanza nel corso degli anni, rendendo così pubbliche le loro condotte ed esponendosi alle relative conseguenze penali. Il secondo fatto rilevante fu, invece, il processo di Bobigny, durante il quale fu evidente che in Francia il reato d'aborto non era più concretamente applicabile. Nello specifico, il processo vedeva imputate una ragazza di sedici anni, la madre e tre sue colleghe, la prima responsabile di aver abortito a seguito di una violenza sessuale e le altre di averla aiutata in tale azione. Nella sentenza finale, la giovane sedicenne fu assolta mentre alle altre donne coinvolte fu concessa la sospensione della pena. In riferimento a questi eventi e, in generale, sul ruolo che le istanze dei movimenti sociali ebbero nell'introduzione della *loi Veil* cfr. E. DESMOULINS, *op. cit.*, 116-118; L. MARGUET, *Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompe-l'œil?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 5, 2014, 3 ss. Ulteriori informazioni sul percorso storico, sociale e giuridico che ha portato all'adozione di questa legge si veda ASSEMBLÉE NATIONALE, *40ème anniversaire de la loi sur l'IVG*, in <http://bit.ly/3lorLxt> (ultima consultazione 10/01/2023).

¹¹ Questo aspetto è sottolineato in M. MATHIEU, *L'avortement en France: du droit formel aux limites concrètes à l'autonomie des femmes*, in *Droit et Société*, 111, 2022, 337-355. In particolare, l'autrice evidenzia come il Governo francese decise di intervenire e depenalizzare il reato di aborto alla luce della necessità di ristabilire l'ordine sociale sugli aspetti relativi all'IVG, evitare un'eccessiva radicalizzazione dei movimenti femministi e riuscire a garantire la realizzazione dell'IVG in condizioni di sicurezza per la salute delle donne.



so¹², in cui l'interruzione volontaria di gravidanza diventava legittima, inquadrandone la realizzazione all'interno dell'ambito medico¹³, a condizione che restasse un atto di natura eccezionale e non di tipo contraccettivo¹⁴. La legge, infatti, sospendeva l'applicazione delle norme penali rilevanti solo nei casi in cui l'aborto fosse stato realizzato nel rispetto di specifiche condizioni. Nello specifico, l'IVG¹⁵ doveva essere praticata obbligatoriamente da un medico, entro il termine di dieci settimane dall'inizio della gravidanza, all'interno di una struttura sanitaria convenzionata e solo nei casi in cui la donna dichiarasse uno stato di necessità per procedere in tal senso. Il medico, quindi, aveva il dovere di informare la donna di tutti i rischi connessi all'interruzione volontaria di gravidanza e di fornirle un dossier contenente tutte le informazioni rilevanti per prendere una decisione. La donna, dopo questo iniziale incontro informativo, poteva accedere all'aborto solo dopo aver prestato il proprio consenso scritto, il quale, però, poteva essere rilasciato solo dopo la realizzazione di due consulti specialistici, uno di natura medica e uno di tipo psico-sociale, e che doveva essere riconfermato dopo un periodo di riflessione pari ad una settimana¹⁶. Inoltre, la *loi Veil* attribuiva ai medici un *droit de réserve*, cioè una specifica clausola di coscienza per l'IVG in base alla quale il personale sanitario poteva legittimamente rifiutarsi di svolgere le pratiche abortive¹⁷.

¹² La natura compromissoria della *loi Veil* si sostanzia, ad esempio, nella scelta di riconoscere la necessità di tutelare l'essere umano fin dal momento dell'inizio della vita, nella decisione di medicalizzare tutte le procedure legate all'IVG, nella previsione di una specifica clausola di coscienza per l'interruzione volontaria di gravidanza e nella fissazione di specifici requisiti e procedure per consentire la realizzazione dell'aborto. Sul punto cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 337-355.

¹³ La scelta di medicalizzare le procedure di IVG fu aspramente criticata da alcuni movimenti femministi dell'epoca. Ad esempio, le appartenenti al movimento MLAC (*Mouvement pour la liberté de l'avortement et de la contraception*) continuarono la realizzazione di aborti clandestini, nonostante fosse già entrata in vigore la *loi Veil*. Tale decisione fu determinata dalla volontà di rifiutare di usufruire di un servizio interamente medicalizzato, considerato uno strumento di controllo sociale da esercitare sulle donne, e dalla necessità di sopperire alle numerose carenze ancora presenti malgrado la legalizzazione dell'IVG. Su questi aspetti si veda L. RUAULT, *La circulation transnationale du self-help féministe: acte 2 des luttes pour l'avortement libre?*, in *Critique internationale*, 1, 2016, 37-54.

¹⁴ Questo aspetto è chiaramente evidenziato nel testo stesso della *loi Veil*, laddove all'art. 1 si prevede «*La loi garantit le respect de tout être humain dès la commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi*». Il testo originale della *loi Veil* è disponibile al sito <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00000700230> (ultima consultazione 16/01/2023). L'eccezionalità dell'aborto e la sua estraneità alla categoria dei metodi contraccettivi era stato ribadito anche dalla stessa Simone Veil nel discorso con cui presentò la legge all'*Assemblée nationale* il 26 novembre 1974. Il testo del discorso è disponibile al sito <http://bit.ly/3lr21An> (ultima consultazione 16/01/2023). Sul punto si veda anche S. DIVAY, *L'IVG: un droit concédé encore à conquérir*, in *Travail, genre et sociétés*, 1, 2003, 197-222.

¹⁵ È opportuno sottolineare che la *loi Veil* prevede anche la possibilità che venga realizzato l'aborto terapeutico. Secondo la *Section II* della legge, l'IVG per motivi terapeutici può essere realizzata in qualsiasi momento qualora due medici attestino che il proseguimento della gravidanza comporti un grave rischio per la salute della donna o che esista una forte probabilità che il feto sia affetto da una patologia molto grave e considerata incurabile al momento della diagnosi.

¹⁶ Per una ricostruzione della disciplina prevista dalla *loi Veil* e dei suoi contenuti cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 337-355; L. MARGUET, *op. cit.*, 3 ss.

¹⁷ Questa specifica clausola di coscienza prevista per l'IVG si aggiunge alla clausola di coscienza generale per qualsiasi atto di natura medica prevista all'art. R4127-47 del *Code de la santé publique*. L'articolo, infatti, prevede che, al di fuori dei casi di urgenza o qualora si venisse meno al dovere di umanità, il medico ha il diritto di

La tipologia di requisiti previsti e l'impostazione generale adottata dal Legislatore francese nella legalizzazione dell'aborto delineavano, dunque, un modello di disciplina fondato su un approccio normativo lontano dal riconoscere in capo alle donne la libertà di potersi pienamente autodeterminare dal punto di vista procreativo, pur nel pieno rispetto della tutela degli altri interessi in gioco. Infatti, nonostante la depenalizzazione e la regolamentazione di tali pratiche rappresentassero passi fondamentali per il processo di emancipazione femminile soprattutto in questa dimensione, nell'assetto originale della *loi Veil* l'aborto veniva ancora concepito come un atto dal forte disvalore sociale, in cui le donne dovevano essere guidate e possibilmente dissuase nel compimento di tale decisione¹⁸ e la cui realizzazione trovava giustificazione solo nella necessità di tutelare la salute delle donne¹⁹. In questo senso, la disciplina delineata collocava la donna in una posizione di vulnerabilità nelle proprie decisioni procreative, subordinandone la libertà di scegliere se interrompere o meno la gravidanza ad altri interessi anche esterni alla dinamica di bilanciamento che contraddistingue questa materia. Questo aspetto era reso evidente da un ulteriore elemento caratterizzante l'approccio normativo della *loi Veil*. Essa, infatti, venne adottata come una legge sperimentale, destinata a restare in vigore solo per cinque anni e al termine dei quali sarebbe stato analizzato l'impatto demografico della sua applicazione²⁰, dimostrando, ancora una volta, l'importanza di ricondurre la donna alla sua funzione procreativa anche nella prospettiva di tutelare l'interesse della nazione²¹.

rifiutare di fornire assistenza medica per motivi di natura professionale o personale, senza dare specifiche motivazioni, con il solo obbligo di avvisare il paziente e di trasmettere le informazioni necessarie al medico che proseguirà lo svolgimento del trattamento terapeutico.

¹⁸ Nello specifico, tale approccio è testimoniato da alcuni requisiti fissati dalla *loi Veil* per l'accesso all'aborto, come la sussistenza di uno stato di necessità in capo alla donna per giustificare la richiesta di IVG, lo svolgimento di un colloquio psicosociale con il solo fine di dissuadere la donna dal proprio intento e illustrarle gli strumenti previsti per consentirle di portare a termine la gravidanza e la previsione di una pausa di riflessione di una settimana per poter acconsentire allo svolgimento delle pratiche abortive. Questi elementi, infatti, contribuiscono a portare avanti un approccio normativo che interpreta l'aborto come un dramma, un'azione moralmente discutibile e che vede la donna come un soggetto debole e infantilizzato da guidare nelle sue scelte, anche quelle di natura strettamente personale. Sul punto M. MATHIEU, *op. cit.*, 343 ss.; A.M. DEVREUX, *De la dissuasion à la normalisation. Le rôle des conseillères dans l'entretien pré-IVG*, in *La Revue française de sociologie*, 3, 1982, 455-471; L. MARGUET, *op. cit.*, 8 ss.; S. DIVAY, *L'avortement: une déviance légale*, in *Déviance et société*, 2, 2004, 195-209.

¹⁹ La centralità della tutela della salute nella disciplina dettata dalla *loi Veil* è stata ribadita anche dal *Conseil constitutionnel* nella *décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975*. Il *Conseil*, nel dichiarare conforme a Costituzione la *loi Veil*, sottolineò come la necessità di tutelare la salute della donna consentiva una «*dérogation légale*» al principio previsto all'art.1 della *loi Veil* sulla tutela dell'essere umano dall'inizio della sua vita. Nonostante, come si è già avuto modo di evidenziare, la medicalizzazione dell'aborto fu un aspetto aspramente criticato dai movimenti femministi più radicali, la legalizzazione dell'IVG sulla base della tutela del diritto alla salute non rappresenta un *unicum* francese. Anche in Italia, ad esempio, prima nella sentenza 27/1975 della Corte costituzionale e poi nella legge 194/1978, la disciplina dell'aborto trova fondamento nella necessità di tutelare la salute della donna, seppure con un'ampia accezione, tale da ricomprendervi una pluralità di motivi che consentono alle donne italiane di abortire legalmente. Sul ruolo svolto dal diritto all'autodeterminazione e dal diritto alla salute nel determinare la disciplina in materia di IVG si veda C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2022, 51 ss.

²⁰ La *loi Veil*, infatti, stabiliva che ogni aborto realizzato dovesse essere registrato con la redazione di un modulo medico e di un modulo attestante lo stato civile, da inviare rispettivamente all'*Institut national de la santé et de la recherche médicale* e all'*Institut national d'études démographiques* per esaminare le conseguenze sanitarie

3. La disciplina dell'aborto in Francia. L'evoluzione della *loi Veil* e la garanzia di un più ampio accesso all'interruzione volontaria di gravidanza

Tuttavia, la disciplina francese dell'interruzione volontaria di gravidanza non rimase a lungo ancorata all'approccio normativo fino a qui descritto. Dopo essere stata confermata nel 1979 e definitivamente entrata a far parte del *Code de la santé publique*²², la *loi Veil* ha subito numerose modifiche nel corso degli anni, tali da cambiare il modello di disciplina originariamente adottato dall'ordinamento francese.

Se già nel 1982, con la *loi Roudy*, venne realizzato un primo importante intervento sulla disciplina dell'IVG, prevedendo la rimborsabilità delle spese mediche sostenute per la realizzazione dell'aborto²³, le modifiche più importanti furono però realizzate nel 2001. La *loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001* ha portato numerose novità all'interno della disciplina francese dell'IVG, andando a mitigare alcuni tra gli elementi più restrittivi previsti dalla *loi Veil*. Innanzitutto, la legge del 2001 ha ampliato il termine per la realizzazione dell'aborto, passando da dieci a dodici settimane, e ha reso facoltativo lo svolgimento del colloquio psico-sociale prodromico al rilascio del consenso all'interruzione volontaria di gravidanza. Poi, la *loi n° 2001-588* ha stabilito che l'accesso all'aborto debba essere garantito, in modo gratuito e anonimo, anche alle donne straniere, che per le minori sia prevista una deroga alla regola del consenso degli esercenti la potestà genitoriale qualora lo stesso possa considerarsi controproducente²⁴ e che l'aborto possa essere realizzato anche in studi medici e cliniche convenzionate diverse dalle strutture ospedaliere²⁵. Oltre a ciò, la legge in esame è intervenuta su due ulteriori

legate allo svolgimento delle interruzioni volontarie di gravidanza e per valutare l'impatto demografico della legge. Sul punto cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 344-345.

²¹ Questo aspetto è sottolineato in L. MARGUET, *op. cit.*, 8. In questo modo, l'interesse della nazione alla procreazione diventava necessariamente uno degli interessi in gioco nel bilanciamento realizzato dalla *loi Veil*, evidenziando nell'assetto normativo adottato una prospettiva di tutela diversa da quella della protezione della vita prenatale.

²² Nello specifico, il definitivo ingresso della disciplina dell'aborto all'interno del *Code de la santé publique* avvenne con la *Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979*, detta anche *loi Pelletier*.

²³ Infatti, prima della *loi Roudy* l'interruzione volontaria di gravidanza non rientrava tra le prestazioni sanitarie rimborsabili all'interno del sistema di previdenza sociale francese, a differenza di quanto previsto per i contraccettivi. Tuttavia, è opportuno ricordare che la copertura economica totale delle procedure abortive arrivò solo nel 2013 con l'adozione della *loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012*. Sul punto cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 345 ss.

²⁴ Per quanto riguarda la disciplina dell'aborto per le donne straniere e per le minorenni, pare corretto ricordare che la *loi Veil* adottava un approccio più restrittivo anche in riferimento a queste specifiche situazioni. La legge del 1975 consentiva l'accesso all'IVG alle donne straniere solo nel caso in cui queste fossero state in grado di dimostrare di essere regolarmente residenti in Francia da tre mesi, mentre le minorenni potevano abortire legalmente solo previo consenso degli esercenti la potestà genitoriale o del tutore legale. Per quanto riguarda la disciplina dell'accesso all'IVG per le minorenni e i problemi che ancora si pongono in termini prevenzione e contraccezione cfr. M. MOISY, *Les IVG chez les mineures: une prise en charge satisfaisante mais une prévention insuffisante*, in *Revue française des affaires sociales*, 1, 2011, 162-198.

²⁵ In generale, per una ricostruzione delle novità normative introdotte dalla *loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001* si veda L. MARGUET, *op. cit.*, 13 ss. È interessante osservare come in questo contributo l'autrice ribadisca l'importanza della legge del 2001 nel determinare un vero e proprio mutamento di paradigma nella disciplina dell'aborto in Francia. Per quanto riguarda poi il ruolo svolto da centri medici e cliniche private nel colmare le carenze nell'accesso all'IVG nel contesto del servizio pubblico nazionale francese cfr. M. COLLET, *Un panorama*

aspetti, volti a migliorare la consapevolezza delle persone in materia di aborto e di autodeterminazione riproduttiva. In primo luogo, ha previsto l'obbligo di realizzare specifici percorsi di educazione sessuale all'interno delle scuole, così da garantire un'adeguata informazione in tema di contraccezione e di interruzione volontaria di gravidanza tra la popolazione²⁶. In secondo luogo, la legge del 2001 ha rafforzato un peculiare strumento di tutela per le donne che decidano di interrompere la gravidanza, introdotto nell'ordinamento francese già dal 1993: il reato di ostacolo all'aborto²⁷. In particolare, la *loi n° 2001-588* ha definito con più precisione e ampliato le condotte ascrivibili alla fattispecie di reato, ricomprendendovi sia le attività volte ad impedire alle donne l'accesso alle strutture cliniche, sia le pressioni morali e psicologiche, le minacce o gli atti intimidatori rivolti alle donne che vogliono sottoporsi ad un'interruzione volontaria di gravidanza, ai loro cari e ai medici e ai professionisti sanitari impiegati nella realizzazione dell'IVG²⁸. Questa fattispecie di reato, poi, è stata ulteriormente ampliata negli anni, facendovi rientrare anche le condotte orientate a ostacolare l'informazione anche online sull'aborto e cercando così di contrastare la pervasiva disinformazione diffusa soprattutto in internet su questo tema²⁹.

Dopo le importanti riforme del 2001, il Legislatore francese ha continuato ad intervenire in tema di IVG, allontanandone la disciplina dal modello di stampo paternalista che aveva creato l'entrata in vigore della *loi Veil*. Così, nel 2010 è stato introdotto per i medici e per i professionisti sanitari obiettori l'obbligo di comunicare subito alle donne la propria scelta di coscienza e di indicare il nome di un o

de l'offre en matière de prise en charge des IVG: caractéristiques, évolutions et apport de la médecine de ville, in *Revue française des affaires sociales*, 1, 2011, 86-115.

²⁶ In C. AUBIN, *Vue de l'IGAS... une mise en perspective au regard des politiques publiques*, in *Revue française des affaires sociales*, 1, 2011, 199-212, l'autrice sottolinea come la norma sull'introduzione di percorsi di educazione sessuale all'interno delle scuole francesi sia sempre rimasta inattuata, privando, quindi, le giovani donne di strumenti adeguati ad evitare una gravidanza non voluta.

²⁷ Infatti, il *délit d'entrave à l'IVG* era già stato introdotto dalla *loi n° 93-121 du 27 janvier 1993*, con cui lo Stato francese assumeva per la prima volta una posizione garantista in riferimento al diritto all'aborto, introducendo una sanzione di tipo penale per coloro che avessero cercato di ostacolare la libera scelta della donna. A questo proposito si veda L. MARGUET, *op. cit.*, 10 ss.

²⁸ Questo quanto previsto dall'art. 17 della *loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001*.

²⁹ Nello specifico, in HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES (HCE), *Rapport relatif à l'accès à l'IVG. Volet 1: Information sur l'avortement sur Internet*, 2013, in https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce-rapport_ivg_et_internet_20130912_version_adoptee-3.pdf (ultima consultazione 18/01/2023), l'organo interpellato aveva evidenziato la presenza online di un crescente numero di siti anti-abortisti, tutti impegnati nella diffusione di informazioni false e errate in materia di IVG. Questo fenomeno sempre più diffuso ha, quindi, spinto il Legislatore francese a adottare, prima, la *loi n° 2014-873 du 4 août 2014* e, poi, la *loi n° 2017-347 du mars 2017*, ampliando definitivamente la fattispecie di *délit d'entrave à l'IVG* e ricomprendendovi anche le condotte di dissuasione e disinformazione online. A questo proposito cfr. M. MATHIEU, *op. cit.*, 34-347. In riferimento all'ampliamento delle condotte rientranti all'interno della fattispecie di reato descritta, il *Conseil constitutionnel* nella *decision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017* ha espresso una riserva sull'interpretazione della nuova fattispecie di *délit d'entrave à l'IVG* online, stabilendo che questo reato possa ritenersi configurato solo quando sussistano due condizioni: che online vengano richieste informazioni e non semplici opinioni; che le informazioni riguardino le condizioni di realizzazione dell'IVG o le sue conseguenze e che le stesse siano fornite da una persona che ha o sostiene di avere competenze in tema di IVG (pt. 15). Altrimenti, tale disposizione potrebbe considerarsi confliggente con la libertà di manifestazione del pensiero.

una collega che possa realizzare l'interruzione di gravidanza richiesta³⁰. Nel 2014 è stato eliminato il requisito dello stato di necessità per accedere all'aborto, sottolineando come non siano necessarie ulteriori condizioni rispetto alla volontà espressa dalla per giustificare l'accesso all'IVG e facendo venire meno uno dei requisiti più paternalisti nell'approccio normativo implementato dalla *loi Veil*³¹. Infine, nel 2016 la *loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016* ha eliminato dalla disciplina francese il periodo di riflessione di una settimana tra la domanda di IVG e il relativo consenso scritto, prevedendo una pausa di riflessione di solo 48 ore³².

Gli interventi normativi realizzati hanno, quindi, contribuito significativamente a modificare l'approccio normativo originariamente adottato dalla *loi Veil* in materia di aborto. In particolare, le aperture realizzate verso una più attenta tutela degli interessi delle donne che vogliano interrompere la gravidanza sono elementi che allontanano il modello di disciplina francese da un approccio tendenzialmente paternalista, spingendo, invece, verso un orientamento normativo volto ad ampliare e ad agevolare l'accesso all'IVG. In questo modo, l'evoluzione normativa realizzata contribuisce a delineare per le donne, seppur nel rispetto del bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi in gioco, maggiori margini di autonomia e autodeterminazione nella disciplina dell'IVG. Tuttavia, anche in questo nuovo assetto normativo, che rappresenta un chiaro miglioramento rispetto all'impostazione originaria della *loi Veil*, permangono alcune criticità nel garantire una piena effettività del diritto all'aborto, le quali rischiano di indebolire la portata dei provvedimenti legislativi realizzati e a cui il Legislatore francese ha cercato di porre rimedio intervenendo nuovamente in questa materia.

4. La disciplina dell'aborto in Francia. L'introduzione della *loi n° 2022-295* per una maggiore effettività del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza

Come già anticipato, nonostante le modifiche legislative compiute e l'adozione di un nuovo approccio normativo volto ad ampliare e a semplificare l'accesso all'IVG, l'esercizio effettivo del diritto delle donne ad autodeterminarsi liberamente in merito alla scelta di interrompere la gravidanza presenta ancora alcune difficoltà all'interno dell'ordinamento francese.

Questo dato, che non rappresenta di certo un *unicum* ma che, al contrario, si pone pienamente in linea con quanto registrato anche in altri ordinamenti³³, si concretizza soprattutto in riferimento a due

³⁰ Tale obbligo è stato previsto dall'*Ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010*. Tuttavia, come si avrà modo di analizzare nel prossimo paragrafo, l'introduzione della disposizione non è stata sufficiente negli anni a garantire un pieno accesso all'IVG a fronte dell'esercizio della clausola di coscienza da parte dei professionisti sanitari.

³¹ Così stabilito dalla già menzionata *loi n° 2014-873 du 4 août 2014*.

³² A questo proposito è opportuno ricordare che da quando, nel 2001, lo svolgimento del colloquio psicosociale è stato reso semplicemente facoltativo anche questo intervallo di riflessione deve ritenersi tale, essendo consequenziale allo svolgimento del colloquio già menzionato. Per una ricostruzione degli ulteriori interventi normativi in materia di aborto realizzati dopo il 2001, si veda M. MATHIEU, *op. cit.*, 348 ss.

³³ Tra gli ordinamenti che da anni registrano un significativo problema nel garantire l'effettività del diritto all'aborto rientra senza dubbio l'Italia. Nella recente Relazione del Ministro della Salute sull'attuazione della legge 194/1978, trasmessa al Parlamento nel giugno 2022, emerge come la percentuale di ginecologi obiettori su tutto il territorio italiano si attesti, mediamente, tra il 58,2% e il 76,9%, rendendo di fatto impossibile per molte donne il concreto esercizio del loro diritto all'IVG, se non a condizione di spostarsi dal proprio luogo di residenza. La criticità della situazione descritta era già stata evidenziata dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali,

specifici aspetti relativi all'interruzione volontaria di gravidanza: i termini previsti dalla legge per l'accesso all'aborto e l'esistenza di una doppia clausola di coscienza esercitabile da parte dei professionisti sanitari.

Per quanto riguarda il primo elemento, il *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et le femmes sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse*, elaborato dall'Assemblée Nationale nel settembre 2020³⁴, evidenzia come ogni anno tra le 3.000 e le 4.000 donne francesi non riescono ad avere accesso all'aborto entro il termine di dodici settimane previsto dalla legge. In conseguenza di ciò, coloro che vogliono interrompere la gravidanza, non potendo ricorrere all'aborto terapeutico, hanno due opzioni: o sottoporsi ad un'IVG clandestina oppure recarsi all'estero in ordinamenti, come Spagna e Paesi Bassi, in cui il termine per interrompere la gravidanza risulta più lungo³⁵. Come evidenziato dal rapporto parlamentare, una simile situazione comporta rischi e diseguglianze inaccettabili dal momento che solo le donne in grado di sostenere l'intera spesa dal punto di vista economico possono pensare di recarsi all'estero per abortire, lasciando invece a tutte le altre la sola opzione di interrompere la gravidanza in assenza delle condizioni di sicurezza sanitaria normalmente richieste³⁶.

Questa circostanza è resa ancora più problematica dal secondo elemento che contribuisce a ostacolare l'effettività del diritto all'IVG. Sempre secondo il *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et le femmes sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse*, l'esistenza di una doppia clausola di coscienza contribuisce a perpetrare l'idea che l'interruzione volontaria di gravidanza sia un atto medico diverso dagli altri,

che nella decisione *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy* rilevò una violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea da parte dell'Italia in ragione della mancata garanzia dell'accesso all'IVG. Per un commento alla questione e alla decisione menzionata cfr. F. GALLO, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza. Riflessioni ad un anno dalla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa contro l'Italia*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Milano, 2016, 185-206. Su questi aspetti, si veda, in generale, M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezioni di coscienza e battaglie ideologiche*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 91-110; E. ROSSI, *Obiettare è boicottare? L'ambiguità dell'obiezione di coscienza e i fini dell'ordinamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, 125-142; I. PELLIZZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionali a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 111-122.

³⁴ A questo proposito si veda M.N. BATTISTEL, C. MUSCHOTTI, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et le femmes sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse*, 16 settembre 2020, in <http://bit.ly/3m1llre> (ultima consultazione 20/01/2023).

³⁵ Per quanto riguarda gli spostamenti transfrontalieri verso ordinamenti in cui i termini per l'accesso all'IVG sono più ampi rispetto a quanto stabilito dalla disciplina francese cfr. M. MATHIEU, *Avortements transfrontaliers. Des inégalités sociales face au travail procréatif*, Communication dans le cadre des Journées d'études du CSU, Session «Genre et travail», Monampteuil, 9 settembre 2021.

³⁶ In questo senso M.N. BATTISTEL, C. MUSCHOTTI, *op. cit.*, 60 ss. Alla luce dei profili evidenziati, il *Rapport d'information* raccomanda di allungare di due settimane i termini legali per la realizzazione dell'IVG in Francia, in modo tale da evitare che le donne si trovino costrette ad abortire clandestinamente o a recarsi all'estero per interrompere la gravidanza. A tal proposito, è poi opportuno sottolineare che anche l'OMS ha più volte ribadito la necessità che i limiti previsti dai diversi ordinamenti giuridici per la realizzazione dell'IVG non diventino tali da impedire la realizzazione di aborti in condizioni di sicurezza per le donne. Sul punto cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Abortion care guideline*, 2022, in <https://bit.ly/3xO3ufw> (ultima consultazione 21/01/2023).



semplicemente tollerato all'interno del sistema sanitario e non considerato quale logica conseguenza dell'attribuzione di un diritto in capo alla donna³⁷. In questa prospettiva, la sussistenza di una doppia clausola di coscienza in tema di IVG, da un lato, sta portando i capi reparto contrari all'aborto a stanziare un quantitativo minimo di risorse per lo svolgimento di questa pratica medica e, dall'altro lato, sta incentivando i medici ad azionare la suddetta clausola solo dopo un certo numero di settimane, rifiutando di realizzare l'interruzione volontaria di gravidanza una volta che sia stato superato un determinato numero di settimane³⁸. E ciò con la conseguenza di rendere più difficile, se non addirittura di impedire, l'esercizio del diritto all'IVG da parte delle donne francesi.

Oltre a questi due elementi, il rapporto parlamentare ne evidenzia un altro che incide sull'effettività dell'esercizio diritto all'IVG. I dati raccolti, infatti, dimostrano come il numero di professionisti sanitari disposti a realizzare aborti stia diminuendo nel corso degli anni, e ciò nonostante dal 2016 l'IVG possa essere realizzata anche dalle ostetriche, a causa della scarsa valorizzazione professionale e economica riconosciuta a tale pratica³⁹.

Le criticità evidenziate e la necessità di porvi rimedio hanno, quindi, spinto il Legislatore francese ad intervenire nuovamente in materia di IVG. Così, il 2 marzo 2022 è stata adottata la *loi n° 2022-295*, la quale si pone l'obiettivo di rafforzare la tutela e l'esercizio del diritto all'aborto all'interno dell'ordinamento francese. Nello specifico, questo atto legislativo interviene proprio sugli aspetti che

³⁷ Così evidenziato in M.N. BATTISTEL, C. MUSCHOTTI, *op. cit.*, 55 ss. L'importanza di evitare che sia realizzata questa distinzione tra l'IVG e gli altri atti di natura medica viene ribadita anche in L. MARGUET, *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement: un renforcement en demi-teinte*, in *La Revue des droits de l'homme*, 19 aprile 2022, 1-8. Come si è già avuto modo di osservare in relazione all'ordinamento italiano, l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza da parte dei professionisti sanitari costituisce uno degli elementi che maggiormente incide sull'effettività del diritto all'aborto, laddove le alte percentuali di obiettori di coscienza siano tali da impedire alle donne di accedere a tale pratica. In generale sul tema dell'obiezione di coscienza in riferimento all'IVG e alle problematiche poste dall'esercizio di questo diritto in prospettiva comparata e sovranazionale cfr. C. PICIOCCHI, *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 115-130; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 19-31; D. PARIS, *Il diritto all'obiezione di coscienza all'aborto nel Regno Unito. Nota a Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 199-207; B. LIBERALI, *Obiezione di coscienza nell'interruzione volontaria di gravidanza ancora a giudizio? Punti fermi e prospettive future*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2020, 347-357.

³⁸ Tali modalità di uso improprio della clausola di coscienza sono descritte in C. AUBIN, D. JOURDAIN MENNINGER, L. CHAMBAUD (INSPECTION GÉNÉRALE DES AFFAIRES SOCIALES IGAS), *Evaluation des politiques de prévention des grossesses non désirées et de prise en charge des interruptions volontaires des grossesse suite à la loi du 4 juillet 2001*, ottobre 2009, in <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/104000047.pdf> (ultima consultazione 21/01/2023).

³⁹ Questo ulteriore aspetto problematico è sottolineato in M.N. BATTISTEL, C. MUSCHOTTI, *op. cit.*, 43 ss. In questo senso il *Rapport d'information* raccomanda di intervenire sulla criticità evidenziata aumentando, in primo luogo, le risorse economiche da dedicare alla realizzazione delle pratiche abortive, così da assicurare una corretta remunerazione ai professionisti sanitari che svolgano tale attività medica. In secondo luogo, il rapporto parlamentare raccomanda di ampliare il numero di soggetti abilitati allo svolgimento dell'interruzione volontaria di gravidanza, proponendo di includere le ostetriche tra il personale autorizzato a realizzare anche l'IVG chirurgica.

rendono più problematica l'effettività del diritto all'IVG⁴⁰. In tal senso, il Legislatore allunga il termine per l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, rendendo legittima la realizzazione dell'aborto fino alla quattordicesima settimana⁴¹; conferma la possibilità di ricorrere all'IVG terapeutica entro il termine di sette settimane⁴²; abilita le ostetriche a realizzare aborti strumentali fino alla dodicesima settimana⁴³ e rimuove il periodo di riflessione di due giorni previsto tra lo svolgimento del colloquio psico-sociale facoltativo e la realizzazione dell'IVG⁴⁴. Oltre a ciò, la *loi n°2022-295* prevede una sanzione per i farmacisti che si rifiutino di vendere i prodotti di contraccezione di emergenza⁴⁵, stabilisce la realizzazione di report indirizzati al Parlamento sull'efficacia dei nuovi strumenti introdotti⁴⁶ e impone alle aziende sanitarie regionali l'obbligo di pubblicare una lista dei professionisti e delle strutture che acconsentano alla realizzazione dell'IVG, al fine di agevolare le donne nella ricerca rapida di realtà disposte a realizzare l'atto medico richiesto⁴⁷. In riferimento a questa ultima modifica legislativa e all'obiettivo preposto, pare opportuno sottolineare che nel testo originale della proposta di legge presentata era stata inserita anche l'abolizione della clausola di coscienza specifica per l'IVG prevista dalla disciplina francese⁴⁸. Tuttavia, in assenza del sostegno governativo e a fronte della richiesta di parere al *Comité Consultatif National d'Éthique* (CCNE)⁴⁹, la modifica proposta non ha trovato accoglimento in sede di dibattito parlamentare, anche in ragione dell'opinione contraria espressa dal CCNE⁵⁰. In questo modo, l'ultimo compromesso realizzato con la *loi Veil* è rimasto in vigore, con il ri-

⁴⁰ Per un commento ai contenuti della legge analizzata L. MARGUET, *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement: un renforcement en demi-teinte*, cit., 1 ss.

⁴¹ Art. 1, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*. Sulla modifica dei termini descritta, bisogna ricordare come di fatto già prima dell'entrata in vigore della legge fosse stato previsto questo allungamento di due settimane per garantire l'accesso all'IVG anche durante il periodo di emergenza pandemica dovuta al Covid-19. Tale aspetto è evidenziato in M. MATHIEU, *L'avortement en France: du droit formel aux limites concrètes à l'autonomie des femmes*, cit., 351.

⁴² Art. 2, comma 2, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴³ Art. 2, comma 1, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁴ Art. 3, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁵ Art. 5, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁶ Art. 7, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁷ Art. 4, *loi n° 2022-295 du 2 mars 2022*.

⁴⁸ Questo era quanto previsto all'art. 2 della *Proposition de loi visant à renforcer le droit à l'avortement*, del 25 agosto 2020. Dell'introduzione alla proposta di legge, i deputati proponenti evidenziano come la presenza della doppia clausola di coscienza continui a limitare l'effettività del diritto all'aborto, ponendo le donne francesi in situazioni pericolose per la loro salute e sicurezza. Il testo della proposta di legge è disponibile al sito https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3292_proposition-loi.pdf (ultima consultazione 21/01/2023).

⁴⁹ Per un'analisi critica di questi due elementi cfr. L. MARGUET, *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement: un renforcement en demi-teinte*, cit., 2 ss.

⁵⁰ In COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE (CCNE), *Opinion du CCNE sur l'allongement du délai d'accès à l'IVG de 12 à 14 semaines de grossesse*, 8 dicembre 2020, in <https://www.ccne-ethique.fr/node/386> (ultima consultazione 21/01/2023), il CCNE si è opposto alla proposta di abolire la clausola di coscienza specifica in materia di IVG, ritenendo che l'aborto debba ancora considerarsi un atto medico diverso dagli altri, in cui è necessario trovare una soluzione di compromesso tra gli interessi della donna, del feto e dei professionisti sanitari chiamati a compiere questo atto. Oltre a ciò, il CCNE sottolinea come la natura regolamentare della clausola di coscienza generale renda questo strumento idoneo a garantire la tutela degli interessi indicati nel contesto dell'IVG, in quanto la clausola potrebbe essere abolita azionando un processo di revisione più semplice di quel-

schio che la presenza della doppia clausola di coscienza possa continuare ad essere uno strumento limitativo dell'effettivo esercizio del diritto all'aborto da parte delle donne francesi⁵¹.

Nonostante la mancanza di questo ulteriore passo verso la definizione di un pieno riconoscimento e di una completa valorizzazione del diritto all'aborto, non sussiste alcun dubbio che questo nuovo intervento legislativo vada nella direzione di affermare definitivamente il passaggio della Francia ad un approccio normativo in tema di aborto orientato a sostenere e a potenziare la tutela e l'esercizio del diritto delle donne all'interruzione volontaria di gravidanza. Le ultime modifiche realizzate dimostrano, infatti, il chiaro intento legislativo, dopo un'attenta valutazione della loro tenuta dal punto di vista scientifico, etico o giuridico⁵², di rimuovere e di mitigare tutti gli elementi che di fatto negli anni hanno ostacolato le donne nell'autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte procreative, mettendone anche a rischio la salute. E questo aspetto assume particolare importanza se si considera che tale scelta del Legislatore francese si contrappone alla recente tendenza normativa che vede, anche negli ordinamenti più aperti e garantisti in tema di IVG, un significativo aumento nel numero di adempimenti richiesti per poter legittimamente abortire. Tuttavia, occorre chiedersi se tale approccio normativo sia destinato a rimanere tale, aprendo, magari, la strada a nuovi strumenti per garantire effettività nell'esercizio del diritto all'aborto, o se invece anche all'interno di una disciplina come quella descritta ci sia il rischio che forti spinte restrittive tornino a prevalere, soprattutto in assenza di adeguate garanzie costituzionali volte a blindare l'esistenza di questo diritto.

5. Il ruolo del costituzionalismo contemporaneo nella tutela del diritto all'aborto. Spunti di riflessione alla luce della *proposition de loi constitutionnelle n° 293* e della sentenza *Dobbs v. Jackson*

Gli interrogativi sulla necessità di tutelare in modo più stringente ed efficace dal punto di vista costituzionale un diritto come quello all'aborto hanno assunto ancora più importanza alla luce di quanto

lo legislativo. Infine, il Comitato sostiene che l'assenza della suddetta clausola può comportare un ulteriore riduzione nel numero di professionisti intenzionati a lavorare in ambito ostetrico e ginecologico.

⁵¹ La natura compromissoria della clausola di coscienza specifica in materia di aborto, oltre ad essere stata evidenziata nel parere del CCNE del 2020, era già stata riconosciuta dal *Conseil constitutionnel* nella *décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001*, laddove il *Conseil* aveva ribadito la conformità a Costituzione della disposizione in quanto espressione del bilanciamento tra la necessità di tutelare la salute della donna e il bisogno di assicurare protezione anche alla libertà di coscienza dei professionisti sanitari (pt. 13). In riferimento alla scelta di non abolire la doppia clausola di coscienza e alle possibili conseguenze di tale decisione cfr. L. MARGUET, *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement: un renforcement en demi-teinte*, cit., 5-6. A questo proposito è opportuno ricordare che l'eliminazione della clausola di coscienza specifica in materia di IVG non avrebbe lasciato privi di tutela i professionisti sanitari nell'esercizio della loro libertà di coscienza, dal momento che sarebbe rimasta in vigore la clausola di coscienza generale azionabile da tutti i professionisti sanitari.

⁵² In questo senso, appare significativo ricordare che nel parere espresso dal CCNE il Comitato ha affermato che non sussistono motivi di natura etica o scientifica tali da impedire un allungamento dei termini legali per realizzare l'IVG, consentendo così al Parlamento di procedere in tal senso. Infatti, pur rendendosi necessaria una diversa tecnica abortiva, ritardare di due settimane i termini previsti non comporta alcun rischio sanitario per la salute della donna. In COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE (CCNE), *op. cit.*, in <https://www.ccne-ethique.fr/node/386> (ultima consultazione 21/01/2023).

accaduto negli Stati Uniti nel giugno 2022. Nonostante l'*overruling* di *Roe v. Wade* fosse un evento atteso alla luce sia del contenuto delle più recenti decisioni della Corte Suprema in materia di aborto, sia della nuova composizione della stessa⁵³, la sentenza *Dobbs v. Jackson* ha avuto un fortissimo impatto nel contesto giuridico, politico e sociale non solo statunitense, ma anche internazionale, mostrando in modo significativo la fragilità del diritto all'aborto nel contesto del costituzionalismo contemporaneo. Questo fatto ha, quindi, riaperto l'attenzione di numerosi ordinamenti sulla necessità di presidiare e di garantire adeguatamente la protezione di un diritto, che rappresenta non solo lo strumento per consentire alle donne di autodeterminarsi dal punto di vista riproduttivo, ma anche il mezzo per assicurare una piena e uguale partecipazione delle donne alla vita politica, economica e sociale dello Stato⁵⁴.

In questo contesto, la soluzione adottata dall'ordinamento francese per evitare il ritorno di istanze proibizioniste in riferimento all'IVG risulta particolarmente interessante per la sua unicità. Il 7 ottobre 2022 un gruppo di deputati ha depositato la *Proposition de loi constitutionnelle n° 293 visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, volta a modificare il contenuto della Costituzione francese. La proposta di legge costituzionale, già approvata in prima lettura dall'*Assemblée Nationale* e dal Senato con significative modifiche e una proposta di emendamento⁵⁵, si propone di modificare il titolo VIII della Costituzione, introducendo il diritto fondamentale all'interruzione volontaria di gravidanza⁵⁶. L'obiettivo perseguito da tale propo-

⁵³ Per quanto concerne questi due elementi e il loro ruolo nel percorso che ha portato alla sentenza *Dobbs v. Jackson* cfr. in L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, cit., 4453 ss.; E. GRANDE, *op. cit.*, 73-87; S. MANCINI, *False science and misogyny: Trump's assault on reproductive rights*, in *DPCE online*, 1, 2021, 1087-1104; L. FABIANO, *op. cit.*, 5-66.

⁵⁴ Questa era stata una delle ragioni che nel *leading case Planned Parenthood v. Casey* aveva spinto la Corte Suprema ad affermare che l'*overruling* di *Roe v. Wade* avrebbe inciso negativamente sulla tutela dei diritti delle donne. In *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 855-856.

⁵⁵ Nel testo della proposta di legge costituzionale, approvato dall'*Assemblée Nationale* il 24 novembre 2022, è stato espunto il diritto alla contraccezione, come invece previsto nella versione originale della proposta di riforma costituzionale. A tal proposito, appare opportuno sottolineare come nei mesi precedenti fossero state presentate altre proposte di legge costituzionale su questo tema, le quali, però, erano state tutte rigettate anche per le previsioni legate alla contraccezione. Il 1 febbraio 2023, dopo una lunga discussione sul testo approvato dall'*Assemblée Nationale*, il Senato ha approvato la proposta di emendamento alla proposta di legge costituzionale in materia di IVG, consentendo un passo in avanti nel processo di approvazione e di entrata in vigore della legge costituzionale in esame. Sul punto cfr. *Proposition de loi constitutionnelle visant à protéger et à garantir le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse*, 2 febbraio 2023, in <https://www.vie-publique.fr/loi/287299-proposition-de-loi-droit-ivg-dans-la-constitution> (ultima consultazione 17/02/2023).

⁵⁶ La proposta di legge costituzionale nella sua versione originaria prevedeva di introdurre nel titolo VIII della Costituzione francese l'art. 66-2, il quale dovrebbe stabilire: «*Nul ne peut porter atteinte au droit à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. La Loi garantit à toute personne qui en fait demande l'accès libre et effectif à ces droits*». In seguito all'approvazione da parte dell'*Assemblée Nationale*, il testo del nuovo art. 66-2 della Costituzione è stato modificato, prevedendo «*La loi garantit l'effectivité et l'égal accès au droit à l'interruption de grossesse*». E dopo l'ulteriore fase di lettura e approvazione della proposta di legge costituzionale da parte del Senato, i senatori e le senatrici francesi hanno proposto di modificare il nuovo art. 66-2 della Costituzione come segue: «*La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse*». I documenti relativi all'iter di approvazione parlamentare della presente proposta di legge costituzionali sono disponibili al sito <https://bit.ly/3XWjAhs> (ultima consultazione 17/02/2023).

sta di modifica della Costituzione si sostanzia, dunque, nella volontà di ricondurre formalmente nell'alveo della tutela costituzionale il diritto all'aborto, garantendone l'esistenza di fronte alla possibilità che anche in Francia possa realizzarsi una situazione simile a quella statunitense e di altri ordinamenti europei⁵⁷.

In attesa di vedere se la proposta di riforma costituzionale descritta riuscirà a diventare realtà, appare opportuno svolgere alcune riflessioni iniziali sul ruolo attribuito al costituzionalismo contemporaneo dalla soluzione francese, soprattutto alla luce di quanto invece espresso all'interno della sentenza *Dobbs v. Jackson*.

Indubbiamente la proposta francese di modifica della Costituzione per introdurre formalmente un diritto costituzionale all'aborto rappresenta un *unicum* del panorama costituzionale contemporaneo, in quanto non esistono Costituzioni al cui interno sia esplicitamente previsto il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza. Tuttavia, la scelta di intervenire in tal senso, in un contesto politico e giuridico in cui il diritto all'aborto non sembrerebbe sottoposto a pressioni e a minacce insostenibili⁵⁸, non pare possa giustificarsi solo in riferimento alla volontà di evitare quanto accaduto negli Stati Uniti. La sentenza *Dobbs v. Jackson* nasce, infatti, da un contesto giuridico e politico diverso da quello francese, in cui, nella lettura data dalla Corte Suprema, il ruolo del costituzionalismo in questo tema deve rivolgersi alla tutela di altri interessi. Esso, secondo l'opinione di maggioranza della Corte, deve intervenire al fine riportare al decisore politico il potere di disciplinare l'esistenza o meno di un diritto all'aborto, ponendo così fine al *judicial activism* costituzionale che per anni aveva privato il potere legislativo della discrezionalità di regolare la materia secondo la volontà dei propri rappresentati⁵⁹.

Ora, una simile condizione non sembra configurarsi in Francia, dove la disciplina dell'IVG e dei diritti ad essa riconducibili ha sempre rappresentato il frutto del dibattito parlamentare, garantendo la rappresentatività della volontà dei cittadini francesi nella regolamentazione giuridica di questa materia. Tuttavia, la scelta di procedere ad un riconoscimento formale del diritto all'aborto all'interno della Costituzione può avere un altro significato, soprattutto per quanto riguarda il ruolo del costituzionalismo contemporaneo in questa dimensione. Pur riconoscendo come una simile modifica della Costituzione metterebbe al riparo da qualsiasi critica futura sul fondamento costituzionale del diritto all'aborto⁶⁰, l'inserimento di questo diritto all'interno della Costituzione francese potrebbe rappre-

⁵⁷ Questo quanto ribadito nel testo introduttivo alla proposta di legge costituzionale presentata dai deputati e dalle deputate francesi. Il testo della proposta di legge e della sua introduzione sono disponibili al sito https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b0293_proposition-loi (ultima consultazione 22/01/2023).

⁵⁸ Tale aspetto è ribadito in S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, S. SALMA, *Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement*, in *La Revue des droits de l'homme*, 7 luglio 2022, 1 ss. In questo contributo, gli autori sottolineano come la scelta di proporre una modifica della Costituzione francese al fine di iscriverci il diritto all'aborto sia stata criticata dalla dottrina costituzionalistica francese, in quanto ritenuto un intervento inutile in assenza di un dibattito tale da mettere a rischio tale diritto delle donne.

⁵⁹ Per un commento alle motivazioni espresse dalla Corte Suprema nella sua decisione si veda, *ex multis*, S. PENASA, *op. cit.*, 1609-1617; E. GRANDE, *op. cit.*, 73-87; A. DI MARTINO, *op. cit.*, 17 ss.; L. FABIANO, *op. cit.*, 5-66; G. SORRENTI, *op. cit.*, 610-614

⁶⁰ Tra le motivazioni utilizzate dalla Corte Suprema nel dichiarare l'inesistenza di una tutela del diritto all'aborto all'interno della Costituzione statunitense rientrano proprio l'assenza della previsione di un tale diritto, e di un diritto alla privacy inteso in tal senso, all'interno del testo della stessa Costituzione e la mancanza di una tradizione giuridica volta a tutelare questo diritto ai temi dell'entrata in vigore della Legge suprema degli USA. Sul

sentare il perfetto e definitivo coronamento della scelta di adottare un approccio normativo promozionale in tema di IVG. Tale intervento normativo, oltre all'importante valore simbolico, avrebbe il potere di assicurare il massimo livello di tutela costituzionale al diritto all'aborto, dal momento che la garanzia di un accesso libero ed effettivo allo stesso diventerebbe il parametro attraverso cui valutare la legittimità costituzionale degli interventi costituzionali in materia, offrendo così alle donne francesi la possibilità di esercitare pienamente il proprio diritto ad autodeterminarsi liberamente nelle proprie decisioni procreative.

Sulla scia della consapevolezza che «*ces droits ne sont jamais définitivement acquis*»⁶¹, la *proposition de loi constitutionnelle n° 293* ha, quindi, il merito di richiamare il costituzionalismo contemporaneo al suo ruolo tradizionale, garantendo una corretta limitazione dei poteri al fine di tutelare il diritto fondamentale della donna ad esercitare pienamente la propria volontà in tema di aborto⁶², in un'epoca in cui l'attenzione verso i diritti delle donne in questo contesto non sembrano più così scontati, e con la speranza che una simile azione possa ricordare l'importanza di realizzare una piena parità tra uomini e donne nel godimento dei diritti e delle libertà tutelate dallo Stato costituzionale⁶³.

punto cfr. S. PENASA, *op. cit.*, 1610 ss. Per quanto concerne, invece, la teoria della concezione originalista della Costituzione USA si veda, *ex multis*, L.P. VANNONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2021, 499-508; G. ROMEO, *The Supreme Court's debate on constitutional interpretation under Trump presidency*, in *DPCE online*, 1, 2021, 973-988.

⁶¹ La citazione utilizzata è tratta da S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe*, Parigi, 1949.

⁶² In generale, sulla funzione del costituzionalismo contemporaneo si veda, *ex multis*, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari – Roma, 2009.

⁶³ L'importanza della riforma costituzionale proposta per il raggiungimento di tale obiettivo è evidenziata in S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, S. SALMA, *op. cit.*, 1 ss.

El vigente régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo en España

Gonzalo Arruego*

THE CURRENT REGULATION OF ABORTION IN SPAIN

ABSTRACT: The present study examines the current regulation of abortion in Spain. It pays special attention to its recent reform (2023) explaining its causes and the differences existing between the original regulation of abortion (2010) and the new one.

KEYWORDS: Abortion; Spanish Constitution; Organic Law 2/2010 on Sexual and Reproductive Health and Abortion

RESUMEN: 1. Introducción – 2. La actual regulación del aborto – 2.1. Cuestiones comunes – 2.2. Interrupción «libre» del embarazo – 2.3. Interrupción del embarazo por «causas médicas» – 3. Algunas (recurrentes) consideraciones finales.

1. Introducción

Desde la aprobación de la Constitución en 1978, y en el seno del mismo marco constitucional de valores, principios y derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico español ha transitado en materia de aborto por distintas situaciones cuyos puntos de partida y llegada son radicalmente opuestos: prohibición y punición penal absolutas, legitimidad y descriminalización parciales de acuerdo a un esquema de «indicaciones» y aborto «libre» dentro de un periodo de tiempo, tras cuyo transcurso la interrupción voluntaria del embarazo solo es posible bajo ciertas circunstancias «clínicas» referidas tanto a la futura madre como al no nacido.

El primer cambio acaeció en el año 1985 con la despenalización del aborto en tres supuestos cuya constitucionalidad fue avalada, es cierto que con matices, por el Tribunal Constitucional en su polémica STC 53/1985¹. Concretamente, el aborto dejó de ser delito en España en caso de «grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada», si el embarazo fuera producto de un «delito de violación» y cuando se presumiese que el feto nacería «con graves taras físicas o psíquicas»².

* *Doctor en Derecho (Universidad de Zaragoza); Máster en Derecho internacional, comparado y europeo (Instituto Universitario Europeo, Florencia); Miembro de AGUDEMA; Departamento de Derecho Público de la Universidad de Zaragoza. Mail: garruego@unizar.es. El presente estudio forma parte del proyecto nacional de investigación DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación-Agencia Estatal de Investigación. Siempre que sea posible, la jurisprudencia constitucional se cita indicando STC o Sentencia número de la sentencia/año de la sentencia/fundamento jurídico de la sentencia. Contribución invitada.*

¹ Como se sabe, la sentencia conoció nada menos que seis votos particulares, algunos de ellos especialmente duros y muy críticos tanto con la argumentación desarrollada por el TC como por el rol que asumió en el fallo.

² Concretamente, el antiguo artículo 417 bis del Código Penal rezaba: «1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a

Pero el gran cambio de paradigma se produjo quince años más tarde, en el año 2010, con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Desde ese momento, en España la interrupción voluntaria del embarazo deja de ser un delito y se transforma en una decisión legítima de la mujer embarazada cuya cobertura es asumida por el Estado, pues se incluye en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud³. Y todo ello, además, vehiculado con un instrumento normativo radicalmente diferente al de 1985: de la reforma puntual del Código penal, a una norma de horizonte (cada vez) más amplia relativa a la salud sexual y reproductiva que incorpora la interrupción voluntaria del embarazo. Pero que lo hace, por lo tanto, en un contexto donde los embarazos no deseados, y por ende los abortos, son un resultado a prevenir en el marco de una adecuada educación sexual y reproductiva⁴. Obviamente, también modificó el tratamiento penal del aborto. La ley, al igual que sucedió con la reforma del Código penal de 1985, fue inmediatamente impugnada ante el Tribunal Constitucional por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados⁵.

Transcurridos casi trece años desde su aprobación, en los últimos meses la regulación del aborto en España ha experimentado importantes e intensos avatares en todos los frentes: normativo, político y jurisdiccional.

En primer lugar, y en el preciso momento en el que se escriben estas líneas, el Congreso de los Diputados ha aprobado definitivamente la primera, y polémica, reforma de calado de la Ley Orgánica

Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2.^a Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3.^a Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. 2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos».

³ Y accesible, además, a todas las mujeres independientemente de su situación regular o irregular en España (artículo 18.2), de ahí que se contemplen medidas para, por ejemplo, paliar las dificultades motivadas por la situación de extranjería. También otras relativas a la implementación de una norma sobre materia tan delicada en un contexto de progresiva pluralidad cultural

⁴ Como afirmaba en su Preámbulo el legislador orgánico de 2010, «La Ley parte de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación, cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos». De ahí que, por ejemplo, uno de los objetivos de la educación sexual y reproductiva sea «La prevención de embarazos no deseados» (artículo 9.1.e). También de las políticas sanitarias, educativas y de formación (artículo 5.1 g)

⁵ Recurso de inconstitucionalidad n. 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

2/2010. Una modificación que afecta a aspectos especialmente relevantes como, por ejemplo, la capacidad para decidir someterse a una interrupción voluntaria del embarazo, qué información y cómo debe facilitarse a la mujer embarazada que decide abortar, la objeción de conciencia del personal sanitario o la garantía de que la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en el sistema público de salud.

En segundo lugar, la, por decirlo de algún modo, polémica generada por el anuncio de alguna autoridad autonómica de su intención de instaurar determinados protocolos en materia de interrupción voluntaria del embarazo con la indisimulada finalidad de condicionar, si no coartar, la voluntad de la mujer que legítimamente decide abortar. Y ello con la excusa de que lo pretendido es, sencillamente, informarle⁶.

Y, finalmente, y tras casi trece años, el anuncio de que el Tribunal Constitucional abordaría la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010 en su Pleno de 7 de febrero de 2023, no por casualidad, tan solo unas semanas después de su problemática renovación. Tal y como ha trascendido, el juez de la Constitución ha decidido avalar íntegramente la constitucionalidad de la ley por 7 votos a favor y 4 en contra. Aún no conocemos el texto de la sentencia, que se espera a lo largo de las próximas semanas, pero sí debe llamarse la atención acerca de que la decisión lo es respecto de la versión de la ley aprobada en el año 2010, aunque, al parecer, sin perder de vista el que será su nuevo texto⁷.

En este dinámico contexto, las páginas siguientes no pueden sino limitarse a exponer el régimen jurídico en España de la interrupción voluntaria del embarazo, dejando necesariamente para un estudio posterior las trascendentales cuestiones relativas a cuál es el marco de derechos, principios y valores constitucionales en que se desenvuelve y su relación con las opciones regulativas elegidas por el legislador español. Obviamente, se examina el nuevo contenido de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva, pero poniéndolo siempre en relación con su versión anterior. Así, y tras el análisis de una serie de cuestiones que son comunes a toda interrupción voluntaria del embarazo, el estudio deslinda entre los supuestos de aborto por libre decisión de la mujer y por razones médicas,

⁶ El origen de la polémica fue el anuncio del Vicepresidente de la Junta de Castilla y León, perteneciente al partido político VOX, que gobierna en coalición con el Partido Popular, de que en la Comunidad Autónoma los médicos estarían obligados a ofrecer a la mujer embarazada que manifieste su intención de abortar la posibilidad de escuchar el latido del feto, realizarle una ecografía 4D y medidas de apoyo psicológico (<https://elpais.com/sociedad/2023-01-12/castilla-y-leon-implantara-medidas-para-evitar-abortos-escucha-del-latido-del-feto-y-ecografias-4d.html>). El revuelo originado por el anuncio desembocó en un contradictorio, y confuso, cruce de declaraciones entre las autoridades de ambas formaciones políticas, incluido el propio presidente de la Junta de Castilla y León, del partido popular, y el líder nacional de esa formación política. El resultado de la polémica no ha sido, obviamente, la implementación de protocolo alguno, pero sí la inclusión de una enmienda en el Senado a la reforma de la ley con la intención de «blindarla» frente a este tipo de medidas. Así, el nuevo artículo 24.2 de la norma dispone que «Las administraciones públicas competentes garantizarán el libre ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo en los términos de esta ley y, especialmente, velarán por evitar que la solicitante sea destinataria de prácticas que pretendan alterar, ya sea para afianzar, revocar o para demorar, la formación de su voluntad sobre la interrupción o no de su embarazo, la comunicación de su decisión y la puesta en práctica de la misma, con la excepción de la información clínica imprescindible y pertinente. Las intervenciones diagnósticas y terapéuticas asociadas con la decisión y la práctica de la interrupción del embarazo deberán basarse, en todo caso, en la evidencia científica».

⁷ <https://elpais.com/espana/2023-02-09/el-constitucional-rechaza-el-recurso-del-pp-y-avala-en-su-totalidad-la-ley-de-plazos-del-aborto.html>; <https://bit.ly/3kWcMmE>.

sean referidas a la embarazada o al no nacido, para, finalmente, concluir con unas consideraciones en torno a cómo afronta la nueva redacción de la ley dos problemas recurrentes sobre los que necesariamente habrá de volverse en el mencionado estudio posterior: la objeción de conciencia del personal sanitario y la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en el sistema público de salud.

2. La actual regulación del aborto en España

2.1. Cuestiones comunes

El vigente marco normativo distingue tres situaciones distintas de interrupción voluntaria del embarazo. Una primera de aborto «libre» hasta la semana 14 de gestación y dos supuestos de aborto por razones «clínicas», uno hasta la semana 22 y otro más allá de ella. O, desde otro punto de vista, la ley insta un doble sistema de plazos a los que se añade una situación clínica (excepcional) no sujeta a límite temporal. En todos los casos, las circunstancias («condiciones») en las que se permite la interrupción voluntaria del embarazo deben interpretarse siempre «en el modo más favorable para la protección y eficacia» del conjunto de valores, principios y derechos constitucionales que amparan a la mujer embarazada, tales como libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), vida e integridad personal (artículo 15 CE), intimidad (artículo 18 CE), libertad ideológica (artículo 16 CE) o no discriminación (artículo 14 CE) (art. 12).

La interrupción voluntaria del embarazo queda configurada en España como una prestación a cargo del Sistema Nacional de Salud accesible a cualquier mujer con independencia de la regularidad o irregularidad de su *status* en el país y que se realiza por un médico especialista, preferiblemente en obstetricia y ginecología, o bajo su dirección, en centros sanitarios públicos o privados acreditados. Y, por supuesto, siempre con el consentimiento informado expreso y por escrito de la embarazada o de su representante legal de acuerdo con la normativa reguladora de los derechos del paciente⁸. En este contexto, la ley redundante en la necesidad de informar a la embarazada con arreglo a lo estipulado en los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, así como de otras cuestiones atinentes a la propia interrupción del embarazo (trámites, condiciones, centros públicos y acreditados o cobertura) (artículo 17.4)⁹.

⁸ Consentimiento que es posible excepcionar en el supuesto descrito por el artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002, que permite a los facultativos «llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento», cuando «existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él»; para la interpretación del alcance de esta previsión véase G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 82, 2008.

⁹ Antes de la reforma de 2023, la norma recogía de manera expresa el deber de informar específicamente «sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo», obligación que, en línea con los principios que han impulsado la reforma, ahora desaparece para limitarse a lo estrictamente clínico: «la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias». El legislador subraya además la claridad, objetividad, comprensibilidad y accesibilidad con las que debe proporcionarse la información, que podrá serlo también verbal si así se desea.

Uno de los aspectos más polémicos en la última reforma de la ley tiene que ver, precisamente, con la capacidad para consentir la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. En este sentido, la Ley vuelve a alinearse, a diferencia de lo que sucedía desde 2015¹⁰, con el régimen general de capacidad para consentir establecido en la Ley 41/2002. Así, las mujeres pueden consentir interrumpir su embarazo desde los 16 años «sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales» (Art. 13 bis 1), estándose en el caso de las menores de 16 años a lo dispuesto en el artículo 9.3.c de la Ley 41/2002; es decir, «paciente menor de edad [que] no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención», en cuyo caso el consentimiento «lo dará el representante legal del menor»¹¹.

2.2. Interrupción «libre» del embarazo

El primer supuesto de aborto que contempla la ley es la interrupción voluntaria del embarazo por decisión de la mujer sin más limitación que la temporal: toda embarazada puede decidir libremente poner fin a su embarazo dentro de las 14 primeras semanas de gestación.

Es aquí donde, sin duda y junto con la edad para consentir, más profundamente cambia la ley con la reforma de 2023 y es también uno de los aspectos que más polémica ha generado desde el punto de vista de la ponderación de los bienes constitucionales en juego, al menos desde la óptica de la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo en 1985 acerca de la protección constitucional de la vida humana en formación como bien autónomo al amparo de la proclamación del derecho fundamental a la vida (artículo 15 CE)¹².

Antes de la reforma, había dos condiciones procedimentales a la libre interrupción del embarazo que el legislador vinculó directamente a su ponderación de los distintos intereses en juego en la interrupción voluntaria del embarazo. Ambas, además, pueden seguir rastreándose, aunque desde un prisma

¹⁰ La 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*, dio nueva redacción al artículo 9.5 de la Ley 41/2002 exigiendo que, en el caso de la «interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad», era preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

¹¹ En el hipotético caso de conflicto entre la voluntad de la menor embarazada y quien ostenta su representación, la decisión correspondería a la autoridad judicial a través de un procedimiento urgente en el que se nombra a la menor un defensor judicial y en el que interviene el Ministerio Fiscal (artículo 16 bis.2 in fine).

¹² De hecho, la ponencia encargada inicialmente en el seno del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la Ley 2/2010, elaborada por el Magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla, solo cuestionaba la legitimidad de la norma en un aspecto: cómo se informaba, mediante un sobre cerrado, a la mujer embarazada que decide poner fin a su embarazo. Su ponencia, como ya hicieron el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica de 2010, de 9 de septiembre de 2009, y la propia Ley de 2010, asumía que la información a la gestante es el instrumento principal de protección de la vida humana en formación dentro del periodo de tiempo en el que la interrupción del embarazo depende única y exclusivamente de la voluntad de aquella. Pero, en su opinión, el sistema articulado «no garantiza que [...] sea informada previamente a la prestación del consentimiento para la interrupción del embarazo, en términos claros, objetivos y comprensibles, acerca de los extremos indicados en el art. 17.1 de dicha ley, así como sobre la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias (art. 4.1 de la Ley 41/2002) y de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de su interrupción (art. 17.4 de la Ley Orgánica 2/2010). No puede entenderse, en consecuencia, que el legislador haya llevado a cabo en este punto una ponderación adecuada de los derechos y bienes dignos de protección constitucional en conflicto precisamente», <https://bit.ly/3ZxAox7>.

distinto, en el régimen jurídico de la muerte asistida (Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*)¹³.

Así, y en primer lugar, la embarazada que manifestaba su deseo de abortar debía recibir información sobre cuestiones que eran ajenas a la interrupción voluntaria del embarazo como intervención puramente clínica y que se referían, sobre todo, al conjunto de derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad¹⁴. Una información que se entregaba en un sobre cerrado y a la que, por lo tanto, la embarazada solo accedía si así lo deseaba¹⁵. A ello se añadía un periodo de reflexión de al menos 3 días desde la recepción de la información y la práctica de la interrupción del embarazo (antiguo artículo 14 a y b de la ley)¹⁶. La finalidad de ambas exigencias era clara. En primer lugar, garantizar la absoluta libertad y responsabilidad de la decisión de la mujer embarazada, además en un aspecto tan íntimo y trascendente, sobre todo en el caso de que el aborto estuviera motivado por (legítimas) razones de índole exclusivamente socioeconómica. En segundo lugar, con la protección gradual constitucionalmente debida al no nacido a la luz de la vigente doctrina del Tribunal Constitucional¹⁷.

Ambos requisitos han desaparecido ahora, aunque con distinto alcance. La razón de ello ha sido, probablemente, interpretarlos como una posible fuente de presión a la voluntad de la mujer que libremente decide poner fin a su embarazo¹⁸. Si el periodo de tres días sencillamente se elimina, no

¹³ Un examen de la norma y de sus porqués en G. ARRUEGO, *Las coordenadas de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 2021 y C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, 2021.

¹⁴ Concretamente, acerca de «las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento». También sobre centros para informarse de anti-concepción y sexo seguro y para asesorarse voluntariamente antes y después del aborto.

¹⁵ La información, cuya elaboración, contenido y formato era responsabilidad del Gobierno por vía reglamentaria, debía entregarse en cualquier centro sanitario público o privado acreditado junto con un documento acreditativo de la fecha de entrega (artículo 17.2 de la antigua ley).

¹⁶ Interrumpir un embarazo en los supuestos permitidos por la ley, pero sin observar alguna de estas dos condiciones, acarrearía sanción penal. Así, el artículo 145 bis del Código Penal castigaba con «multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación; [...]».

¹⁷ En palabras del legislador de 2010, «La experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer».

¹⁸ Supresión que significa modificar el artículo 145 bis del Código Penal, que ahora reza: «Artículo 145 bis. 1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda

sucede lo mismo con la información: aunque su entrega ya no constituye un requisito para la práctica del aborto, es cierto que está disponible para toda mujer que quiera solicitarla y con el alcance que ella decida¹⁹. Repárese, sin embargo, en que, a pesar de tan trascendente cambio en su naturaleza, acceder a la información y con qué alcance siempre dependió, como no podía ser de otro modo, de la voluntad y responsabilidad de la embarazada, pues estaba contenida en un sobre cerrado. Es decir, el requisito sencillamente consistía en verificar que había sido puesta a su disposición. Nada más, pero tampoco nada menos²⁰.

2.3. Interrupción del embarazo «por causas médicas»

Más allá de la semana 14 de gestación y hasta la semana 22, la ley permite la interrupción del embarazo exclusivamente en dos situaciones: «grave riesgo para la vida o salud de la embarazada» y «riesgo de graves anomalías en el feto». Como se trata de dos supuestos de hecho «clínicos», su concurrencia debe quedar debidamente acreditada, respectivamente, por uno o dos médicos especialistas distintos de quien practique o dirija el aborto²¹.

Si la decisión de abortar está motivada por la detección de anomalías en el feto, la ley añadía antes de la reforma de 2023 otra medida informativa de nuevo vinculada tanto a excluir razones socioeconómicas que la embarazada pudiera considerar «superables» a través del sistema público de ayudas, como de protección de la vida humana en formación en un momento gestacional más avanzado. Así, había que facilitarle información «por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas». Sin embargo, y en línea con lo que acaba de

índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; b) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado [...].

¹⁹ La norma establece en su artículo 17.2 que «En los casos en que las mujeres así lo requieran, y nunca como requisito para acceder a la prestación del servicio, podrán recibir información sobre una o varias de las siguientes cuestiones: a) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro. b) Datos sobre los centros que ofrecen asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. c) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto. d) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento. La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno, prestando especial atención a las necesidades surgidas de las situaciones de extranjería»

²⁰ Aunque obviamente su naturaleza y finalidad no es exactamente la misma, repárese en que la Ley 41/2002 siempre ha reconocido en su artículo 4.1 el derecho de toda persona a «que se respete su voluntad de no ser informada».

²¹ Art. 15 a) «[...] que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen»; y art. 15 b) «[...] que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija».

indicarse líneas arriba, esta información ya no es requisito para acceder a la prestación y se facilita exclusivamente si la embarazada la solicita (artículo 17.3)²².

Finalmente, la ley española prevé una situación excepcional de interrupción del embarazo allende la semana 22 de gestación; es decir, superado el umbral a partir del que, con arreglo a nuestro estado del conocimiento científico y técnico y en palabras del Tribunal Constitucional en 1985, el no nacido «es ya susceptible de adquirir plena individualidad humana»; lo que comúnmente conocemos como «viabilidad»²³.

Esta posibilidad está prevista en dos supuestos. En el primero, y como explica el legislador, porque habría desaparecido la potencialidad para dar lugar a un ser humano, es decir, el fundamento mismo de la protección constitucional de la vida humana en formación. No podemos olvidar, en este sentido, que en su STC 166/1999, el Tribunal Constitucional hizo depender el ámbito de protección que dispensa el artículo 15 CE de la noción de «viabilidad» ahora definida como la capacidad para vivir y desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano en el sentido del artículo 10 de la Constitución²⁴. Esta potencialidad ya no existiría en el caso de «anomalías fetales incompatibles con la vida» y acreditadas mediante dictamen emitido por un médico especialista diferente de quien aborta o dirige el aborto.

El segundo se refiere a la detección «en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable» con arreglo al estado del conocimiento en el momento en que se produce ese diagnóstico, que, además, deberá ser confirmado por un Comité Clínico²⁵. La reciente reforma ha añadido que, si su

²² En la STC 53/1985, el juez de la Constitución pareció considerar contingente, y por lo tanto temporal, la constitucionalidad de la «indicación eugenésica». En este sentido, afirmó que «en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social [...] [se] contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización», STC 53/1985/11.

²³ Otra «línea» más sometida a los avances del conocimiento científico y tecnológico desde diversos puntos de vista, temporal (estado del conocimiento y de la tecnología) y geoeconómico (accesibilidad), tal y como ya advertía J. GLOVER, *Causing Death and Saving Lives*, New York, 1977.

²⁴ Este concepto, que fue introducido a la luz de lo dispuesto en la antigua Ley de técnicas de reproducción asistida y que posteriormente desapareció en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*, probablemente ha de comprenderse en sentido estrictamente biológico y no funcional. En caso contrario, los embriones *in vitro* quedarían excluidos de la garantía del artículo 15 CE porque sus posibilidades de desarrollo están condicionadas por el hecho técnico de la transferencia. En sentido contrario *vid.*, entre otros, J. VIDAL MARTÍNEZ, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad nº 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000.

²⁵ Dicho órgano está regulado en el artículo 16 de la ley: «Comité clínico. 1. El Comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos integrantes del personal médico especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas. Ninguno de los miembros del Comité podrá formar parte del Registro de objetos de la interrupción voluntaria del embarazo ni haber formado parte en los últimos tres años. 2. Confirmado el diagnóstico por el Comité, la mujer decidirá sobre la intervención. 3. En cada Comunidad Autónoma habrá, al menos, un Comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros, titulares y suplentes, designados por las autoridades sanitarias competentes, lo serán por un plazo no inferior a un año. La designación deberá hacerse pública en los Diarios Oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas. 4. Las especificidades del funcionamiento del Comité clínico se determinarán reglamentariamente».

decisión es negativa, es posible interponer recurso por la vía preferente y sumaria de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa²⁶.

3. Algunas (recurrentes) consideraciones finales

Desde el primer momento, su tímida apertura a través del régimen de supuestos, la interrupción voluntaria del embarazo ha suscitado en España algunas cuestiones recurrentes. De entre todas ellas destacan especialmente dos que, no por casualidad, latan también en la reforma del régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo operada en 2023. Ambas están, además, en cierto modo relacionadas. Se trata de la objeción de conciencia del personal sanitario y de la naturaleza del centro, pública o privada, en la que suelen practicarse los abortos en España.

Aunque los datos estadísticos facilitados por el Ministerio de Sanidad²⁷ requieren de un sosegado análisis que cruce y contextualice variables diversas como, por ejemplo, las razones de la interrupción voluntaria del embarazo o la naturaleza hospitalaria o extrahospitalaria de la intervención, y que desbordan con mucho el objeto de estas páginas, hay un dato muy significativo e insoslayable: la inmensa mayoría de las interrupciones voluntarias del embarazo no se practican en España en la red sanitaria pública sino en centros privados acreditados.

Si tomamos como punto de partida los datos del año en el que los abortos en España se practicaron íntegramente al amparo de la LO 2/2010 (2011), es cierto que la brecha entre los realizados en centros públicos y privados ha disminuido, pero la distancia sigue siendo muy llamativa: si en el año 2011 el 96,6% lo fueron en centros privados, en 2021 ese porcentaje fue el 84,33%. Un dato que todavía llama más la atención cuando se desciende a examinar qué sucede, y ha sucedido, en cada una de las 17 comunidades autónomas y se conjuga con la naturaleza «hospitalaria» o «extrahospitalaria» de la intervención²⁸.

No podemos perder de vista que, en su redacción original, la Ley 2/2010 estipulaba en su artículo 19 que, como regla general, la prestación se realizaría en centros públicos o vinculados a la red sanitaria pública. El recurso a centros privados acreditados quedaba restringido a la eventualidad de que «excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación»²⁹. Es decir,

²⁶ Artículo 19.4: «La usuaria del Sistema Nacional de Salud podrá recurrir en vía jurisdiccional, mediante el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el caso de que el Comité clínico no confirmase el diagnóstico a que alude la letra c) del artículo 15 y la usuaria considerase que concurren los motivos expresados en el referido apartado».

²⁷ <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/home.htm>.

²⁸ Un asunto que llegó a la opinión pública española sobre todo en 2022 y a raíz de la polémica política suscitada por un caso de 2020: Mónica García, portavoz del Grupo Parlamentario Más Madrid en la Asamblea de Madrid, presentó el 29 de junio de 2022 una denuncia al Defensor del Pueblo (Nº Expediente: 21022778) a raíz del caso de Marta Vigar, que acudió a las urgencias de un centro hospitalario público madrileño por una rotura de placenta y, sin embargo, fue derivada a un centro sanitario privado porque sus profesionales eran, todos ellos, objetores de conciencia (<https://elpais.com/espana/madrid/2022-07-13/el-defensor-del-pueblo-alerta-de-que-los-hospitales-publicos-de-madrid-no-practican-abortos.html>).

²⁹ En este caso, «las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación». En el caso de la interrupción del embarazo más compleja, allende la semana 22, el apartado terce-

que los datos muestran que lo que tenía que ser general se convirtió en (extremadamente) excepcional, mientras que la excepción mutó en normalidad. Un hecho al que no ha sido ajeno el legislador de 2023, quien expresamente llama la atención sobre él para justificar una parte importante de la reforma acometida³⁰.

En su nueva redacción, la ley aborda estas cuestiones en sus artículos 18, 18 bis y 19. El artículo 18 introduce la garantía de la prestación en condiciones de igualdad efectiva, accesibilidad, calidad y seguridad³¹ y el 18 bis recoge un conjunto de medidas cuya finalidad es «garantizar la información sobre la prestación». Pero es el artículo 19 el encaminado a asegurar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo por igual a todas las mujeres independientemente del lugar de residencia y en centros de la red sanitaria pública o vinculados a ella³². De nuevo, se prevé la excepcionalidad de que la administración sanitaria pública no pueda facilitar en tiempo la prestación (que se considera siempre un procedimiento de urgencia dado que está sujeto a plazos), en cuyo caso las autoridades reconocerán a la embarazada el derecho de acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional con el compromiso escrito de asumir el abono directo de la prestación y de los gastos en los que haya incurrido la gestante³³.

El segundo aspecto, la objeción de conciencia, ha suscitado interrogantes desde la inicial flexibilización del aborto mediante el sistema de indicaciones; más concretamente, desde su examen por el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985. Efectivamente, en aquella sentencia, y de modo un tanto sorpresivo cuando no expeditivo, el Tribunal afirmó en el fundamento jurídico 14 que «No obstante,

ro del precepto estipulaba que «se realizarán preferentemente en centros cualificados de la red sanitaria pública».

³⁰ Como expresa su Preámbulo, «La inmensa mayoría de las interrupciones voluntarias del embarazo se acaban produciendo en centros extrahospitalarios de carácter privado, y, si bien es cierto que en una década se ha reducido esta tasa en casi diez puntos, pasando de un 88,55 % en 2010 a un 78,04 % en 2020, todavía estamos muy lejos de que se pueda garantizar el grueso de interrupciones voluntarias del embarazo en centros públicos. Resulta especialmente preocupante la diferencia territorial en el ejercicio de este derecho, ya que existen territorios en España que en los últimos años no han notificado ninguna interrupción voluntaria del embarazo en centros de titularidad pública».

³¹ «Las usuarias del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de igualdad efectiva. Las administraciones sanitarias que no puedan ofrecer dicho procedimiento en su ámbito geográfico remitirán a las usuarias al centro o servicio autorizado para este procedimiento, en las mejores condiciones de proximidad de su domicilio, garantizando la accesibilidad y calidad de la intervención y la seguridad de las usuarias».

³² Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 19 establecen que «1. Con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo, las administraciones sanitarias competentes garantizarán los contenidos básicos de esta prestación que el Gobierno determine, oído el Consejo Interterritorial de Salud. Se garantizará a todas las mujeres igual acceso a la prestación con independencia del lugar donde residan. 2. La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma, según lo establecido en el artículo 18. Los centros sanitarios en los que se lleve a cabo esta prestación proporcionarán el método quirúrgico o farmacológico, de acuerdo con los requisitos sanitarios de cada uno de los métodos y centro, previa información de los riesgos y efectos secundarios de ambos métodos y teniendo en cuenta la voluntad de la paciente y su elección entre un método u otro. 3. Los poderes públicos garantizarán, de acuerdo con un reparto geográfico adecuado, accesible y en número suficiente, lo previsto en el artículo 18, en consonancia con lo previsto en el artículo 19 bis».

³³ «[...] las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas o del Estado asumirán también los gastos devengados por la mujer, hasta el límite que éstas determinen» (19.5).

cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales». Apenas seis líneas para despachar un asunto tan complejo y cuya sombra ha sido especialmente alargada, como tuvo ocasión de comprobarse en la absolutamente discutible STC 145/2015³⁴, que avaló la «objeción de conciencia» de un farmacéutico no ya a dispensar, sino incluso a disponer en su establecimiento, la denominada «píldora poscoital»³⁵.

Es cierto que el (parco) régimen jurídico de la objeción de conciencia en la Ley 2/2010, limitado al párrafo segundo de su artículo 19.2, era mejorable. Pero no lo es menos que el legislador establecía unos claros parámetros interpretativos de su extensión difícilmente coherentes con lo que posteriormente interpretaría el TC en 2015, pretendidamente al amparo de su *obiter dicta* de 1985. Así, la objeción de conciencia se reconocía como «derecho» que en ningún caso podía significar merma en el «acceso y la calidad asistencial de la prestación»; que lo era siempre «por razones de conciencia» y fruto de una «decisión individual»; y que, sobre todo, correspondía exclusivamente al personal sanitario «directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo»³⁶. La ley imponía su ejercicio anticipado por escrito, hecho que motivó que alguna Comunidad Autónoma lo articulara a través de la creación de un registro de objetores de conciencia cuya constitucionalidad fue avalada por el Tribunal Constitucional³⁷.

El legislador de 2023 profundiza el régimen jurídico de la objeción de conciencia reiterando algunas cuestiones, enfatizando otras e incorporando asuntos obviados en 2010.

La objeción de conciencia, como «derecho individual», lo es exclusivamente por razones de conciencia, con efectos tanto en el sector público como en el privado³⁸, y consiste en el «rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo»; en otras palabras, es una decisión que solo corresponde a los profesionales sanitarios «directamente implicados» en «su práctica», aspecto

³⁴ Una sentencia tachada implícita y explícitamente de «ideológica» por algunos magistrados constitucionales en sus votos particulares; así, la magistrada Asúa o los magistrados Valdés dal Re y Xiol.

³⁵ Un análisis de esta polémica sentencia desde el punto de vista constitucional en M. AHUMADA RUIZ, *Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 35, 2017 y A. BARRERO ORTEGA, *La objeción de conciencia farmacéutica*, en *Revista de Estudios Políticos*, 172, 2016.

³⁶ Así, el precepto se cerraba afirmando que «En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo».

³⁷ STC 151/2014, relativa a la constitucionalidad del registro de objetores de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo creado por la comunidad foral de Navarra. El Tribunal recuerda que la objeción de conciencia «no se ejerce en el estricto ámbito de la esfera íntima», sin que merezca tacha de inconstitucionalidad crear un registro «con la finalidad de que la Administración autonómica conozca, a efectos organizativos y para una adecuada gestión de dicha prestación sanitaria», quienes rehúsan practicar abortos.

³⁸ Para evitar la irregular situación de profesionales sanitarios que se declaran objetores en la sanidad pública y que, sin embargo, practican abortos en instalaciones sanitarias de titularidad privada.

reiterado hasta en cuatro ocasiones con distintos términos por el legislador³⁹. Una decisión legítima que se ejerce anticipadamente por escrito, pudiendo ser revocada, y que en ningún caso puede afectar ni al «acceso» ni a la «calidad asistencial» de la prestación; o, como enfáticamente asevera el artículo 19 bis.1, nunca puede «menoscabar el derecho humano a la vida, la salud y la libertad de las mujeres que decidan interrumpir su embarazo». Para ello, la norma impone que «los servicios públicos se organizarán siempre de forma que se garantice el personal sanitario necesario» y, al igual que se hacía anteriormente, se recuerda que «todo el personal sanitario dispensará siempre tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una interrupción del embarazo». Medidas organizativas que deben estar también encaminadas a asegurar la no discriminación tanto de objetores como de no objetores⁴⁰.

La ley incorpora ahora como novedad la creación de un registro de objetores de conciencia tanto en cada una de las 17 Comunidades Autónomas como en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y cuya finalidad es facilitar la organización y gestión de la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo.

Hay que llamar la atención sobre que, de manera similar a como ha sucedido con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*⁴¹, el legislador ha configurado la objeción de conciencia de manera exclusivamente binaria: o se es objetor de conciencia o no se es, en ambos casos en términos absolutos y, por lo tanto, ajeno a la diversa naturaleza de los distintos supuestos de aborto y de muerte asistida, y, por ende, de cómo operen en cada uno las razones de conciencia. No es descartable, sin embargo, que tanto en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo como de la muerte asistida, existan tanto profesionales sanitarios que objeten de plano a dichas prácticas como que lo hagan solo a alguna de sus modalidades y que, a pesar de ello, quedan relegados totalmente de la práctica de que en cada caso se trate⁴². Sin embargo, un régimen jurídico «modulable» de la objeción de conciencia parece más adecuado tanto a lo que la objeción significa y supone desde la óptica jurídico-constitucional, como a la garantía de la efectividad de la prestación.

³⁹ El artículo 19 ter.1 al regular el registro de objetores de conciencia habla de «intervención directa en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo».

⁴⁰ Artículo 19 ter.4: «Se adoptarán las medidas organizativas necesarias para garantizar la no discriminación tanto de las personas profesionales sanitarias no objetoras, evitando que se vean relegadas en exclusiva a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, como de las personas objetoras para evitar que sufran cualquier discriminación derivada de la objeción»

⁴¹ Su artículo 16 dispone que: «1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. 2. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal»

⁴² Desde el punto de vista de las razones de conciencia habitualmente esgrimidas, es muy probable que para algunas personas ni participar en una eutanasia sea lo mismo que tomar parte en un suicidio asistido, ni practicar un aborto por razones terapéuticas lo sea con relación a una interrupción del embarazo «libre».

Abortion rights in Irlanda: l'ardua affermazione del principio di autonomia tra diritto alla salute e morale religiosa

Tullia Penna*

ABORTION RIGHTS IN IRELAND AMID WOMEN'S AUTONOMY, RIGHT TO HEALTH AND RELIGIOUS MORALITY

ABSTRACT: This article aims at examining abortion rights in Ireland, by analysing the historical premises of the discourse and the most recent law reform, offering a bioethical reading of the issue. The peculiar geographical context considered allows to highlight how Northern Ireland's experience of abortion rights can be deemed as complementary to the Republic of Ireland's one. In this article, the core focus is dedicated to the peculiar relation between morality and health in relation to abortion rights in Ireland.

KEYWORDS: Abortion rights; repeal the 8th; Ireland; reproductive rights; abortion access

ABSTRACT: Il presente lavoro intende proporre alcune riflessioni in merito alla regolazione dell'interruzione volontaria di gravidanza nella Repubblica d'Irlanda, considerandone le premesse storiche, la recente riforma e una lettura delle stesse in chiave bioetica. A tal fine viene preso in considerazione anche il peculiare contesto dell'Irlanda del Nord e della relazione dell'isola nel suo complesso con la vicina Inghilterra. Un approccio volto a evidenziare la delicata relazione tra morale, sessuale e riproduttiva, e diritto alla salute nell'ambito degli *abortion rights*.

KEYWORDS: Aborto; IVG; Irlanda; diritti riproduttivi; accesso all'aborto

SOMMARIO: 1. Cenni storici: l'interruzione volontaria di gravidanza nell'isola d'Irlanda – 2. L'interruzione volontaria di gravidanza in Irlanda come cura riproduttiva transfrontaliera – 3. Il percorso giurisprudenziale verso la riforma degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda – 4. La riforma degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda: un successo in chiaroscuro – 5. Le *Abortion regulations* del 2020 in Irlanda del Nord – 6. Gli *abortion rights* in Irlanda attraverso la lente bioetica – 7. Conclusioni.

* Ricercatrice in Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino. Mail: tullia.penna@unito.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1. Cenni storici: l'interruzione volontaria di gravidanza nell'isola d'Irlanda

Una riflessione sugli *abortion rights* nel contesto irlandese potrebbe esaurirsi, e spesso così accade, in un'analisi dell'esperienza della Repubblica d'Irlanda, tradizionalmente considerata la porzione di isola il cui ordinamento maggiormente risente di un'influenza conservatrice, di matrice religiosa e, in particolare, cattolica. Tale influenza, senza dubbio profonda, vieppiù in seno al biodiritto, non costituisce tuttavia un tratto esclusivo della regione meridionale dell'Isola, motivo per cui appare proficuo offrire alcuni spunti, prevalentemente di carattere storico, volti a evidenziare la complementarietà della realtà normativa della Repubblica d'Irlanda e dell'Irlanda del Nord in materia di interruzione volontaria di gravidanza.

Ad accomunare l'Isola, prima e dopo la creazione dell'*Irish Free State* nel 1922, è stato per decenni un sentire sociale i cui elementi fondamentali andavano rintracciati nel pensiero cristiano di stampo conservatore. Un peculiare *humus* dal quale derivava l'accordo, più o meno tacito, sulla preminenza di una specifica morale sessuale e riproduttiva, in seno alla quale la donna rivestiva un ruolo strumentale sia per la famiglia, sia per le istituzioni pubbliche. Conseguentemente, nell'ambito dei diritti riproduttivi, la salute femminile cedeva il proprio spazio all'applicazione giuridica (e politica) della morale cristiana¹. Se dal 1922 la Repubblica d'Irlanda ha incluso anche nel proprio ordinamento giuridico una morale cristiano cattolica, l'Irlanda del Nord ha parimenti accolto una visione vittoriana di *purezza* sessuale in particolare e sociale in generale². Rispetto agli *abortion rights*, questi erano negati in Irlanda del Nord nella loro integralità a mezzo dell'*Offences Against the Person Act 1861* (OAPA 1861), in forza del quale costituiva reato sottoporsi a un'interruzione di gravidanza (s. 58), così come praticarla o assistervi (s. 59)³. L'OAPA 1861 è rimasto in vigore in Irlanda del Nord fino al 2019 e nella Repubblica fino al 2013, ma, nella seconda, l'IVG è diventata oggetto di un divieto costituzionale, attraverso un referendum che, nel 1983, ha condotto all'inserimento nella Costituzione dell'*Eight Amendment* all'art. 40.3.3. Tale emendamento ha riconosciuto un eguale status alla donna e al feto, qualificando il secondo come "*constitutional person*", dunque titolato a una propria rappresentanza legale in virtù di una concezione del diritto alla vita fondato su una mera condizione di vitalità biologica⁴. Come si vedrà, nel 2013, l'adozione del *Protection of Life During Pregnancy Act 2013* (PLDPA)⁵ ha dato una parziale attuazione legislativa al divieto costituzionale, specificandone i casi d'eccezione⁶.

Alla base di tali interventi normativi restava ferma la morale sessuale e riproduttiva che accomunava le due parti dell'isola e che si fondava sul concetto di *purezza femminile* declinato in ambito sessuale (astinenza fino al matrimonio e, successivamente, sessualità volta alla sola riproduzione), riprodutti-

¹ L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *The Irish Abortion Journey, 1920-2018*, Cham, 2019, 4-5.

² C. FISCHER, *Abortion and reproduction in Ireland: shame, nation-building and the affective politics of place*, in *Feminist Review*, 122, 2019, 35.

³ *Offences Against the Person Act 1861*, 58-59; www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/contents, last visited Dec. 10, 2022.

⁴ F. DE LONDRA, M. ENRIGHT, *Repealing the 8th. Reforming Irish abortion law*, Bristol, 2018, 1.

⁵ *Protection of Life During Pregnancy Act 2013*, Number 35 of 2013, <https://bit.ly/3mzHORD>, last visited Dec. 10, 2022.

⁶ A seguito della condanna della Repubblica d'Irlanda da parte della Corte di Strasburgo nel caso *A,B,C v. Ireland* nel 2010.

va (filiazione esclusivamente entro il vincolo matrimoniale) e, per la Repubblica, sociopolitico (la donna pura quale simbolo dell'identità nazionale, fondata sulla superiorità morale rispetto all'Irlanda del Nord e all'Inghilterra)⁷. Così, mentre nella Repubblica nel 1935 veniva introdotto un divieto radicale di prescrizione, commercio e impiego di ogni tipologia di contraccezione (*Criminal Law Amendment Act 1935*), in Irlanda del Nord la contraccezione rimaneva sì legale, ma oggetto di una stigmatizzazione sociale e clinica tanto vigorosa da renderne vana la diffusione nel concreto⁸.

In simile contesto, la salute sessuale restava comunque cruciale: essa costituiva infatti una preponderante ragione di preoccupazione tanto per le gerarchie ecclesiastiche (anglicane e cattoliche), quanto per i due governi irlandesi. Infatti, sin dalla fine degli anni '20 del secolo scorso, fu chiaro che la tutela della salute femminile avrebbe finito, in un lasso di tempo più o meno esteso, con il minare le fondamenta l'assolutezza del divieto di aborto. Al punto che nel 1930, quando l'*International Anglican Communion*, cui l'Irlanda del Nord aderiva, accettò il ricorso alla contraccezione nel matrimonio per gli *hard cases* (in particolare in caso di *exhaustion* della madre a seguito di numerose gravidanze)⁹, nulla cambiò nel panorama sociale o politico. Anzi, l'irrigidimento ulteriore rispetto alla diffusione dei contraccettivi fu paragonabile a quello avvenuto nel medesimo periodo nella Repubblica, a seguito dell'emanazione dell'enciclica papale *Casti Connubii*, secondo la quale si rivelava falsa e *vergognosa* la teoria per cui il ricorso alla contraccezione rintracciava il proprio fondamento morale nella protezione della salute materna¹⁰. In aggiunta a ciò, e per riflettere sul presunto afflato liberale e progressista dell'Irlanda del Nord in paragone alla Repubblica, occorre ricordare come nel 1929 a Westminster fosse stato approvato l'*Infant Life (Protection) Act*, grazie al quale venne introdotta l'eccezione all'OAPA 1861 rispetto all'interruzione di gravidanza: quest'ultima diveniva quindi legale qualora si intendesse salvare la vita della donna. Tuttavia, la legge del 1929 non venne attuata in Irlanda del Nord, la cui agenda politica non era certamente pronta a legalizzare l'aborto terapeutico¹¹. Nondimeno, quando nel Regno Unito venne legalizzata l'interruzione di gravidanza attraverso l'*Abortion Act 1967*¹², questo non venne esteso all'Irlanda del Nord, il cui *Attorney General* si premurò di motivare la decisione sottolineando come sul tema dell'aborto non vi fosse comunanza di percezione, e intenzione riformatrice, con la Gran Bretagna¹³.

Nell'isola di Irlanda, per tutto il XX secolo, la tutela dei diritti riproduttivi è stata di fatto demandata alla clausola di *good faith* dei medici, il cui ruolo non era tanto legittimato dalla competenza professionale, quanto dalla posizione sociale da loro ricoperta, a fronte della quale i due governi attribuiva-

⁷ C. FISCHER, *Abortion and reproduction in Ireland: shame, nation-building and the affective politics of place*, cit., 37-38; L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 11; C. FISCHER, *Gender, nation, and the politics of shame: Magdalen Laundries and the institutionalisation of feminine transgression in modern Ireland*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 41, 4, 2016, 821-843.

⁸ La prima clinica di family planning, fondata a Belfast nel 1936, chiuse in poco meno di un decennio a causa del deficit finanziario e delle proteste della popolazione contro le attività di corruzione morale perpetrate attraverso la pianificazione delle nascite. L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 22-23.

⁹ S. McAVOY, *Before Cadden: Abortion in Mid-Twentieth-Century Ireland*, in D. KEOGH, F. O'SHEA, C. QUINLAN (eds.), *The Lost Decade: Ireland in the 1950s*, Cork, 1999, 150.

¹⁰ Pio XI, *Casti Connubii*, 31 dicembre 1930.

¹¹ L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 41.

¹² *Abortion Act 1967*, www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents, last visited Dec. 10, 2022.

¹³ L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 70.

no costantemente ai professionisti sanitari la funzione di arbitri *morali*¹⁴. Arbitri e custodi della morale sessuale e riproduttiva, con una conseguente funzione di mediazione dell'esercizio dell'autonomia e dell'autodeterminazione individuale rispetto alle scelte riproduttive¹⁵. Una veste che, come si vedrà, ancora oggi appare (implicitamente) assegnata dalla legislazione irlandese ai professionisti sanitari.

2. L'interruzione di gravidanza in Irlanda come cura riproduttiva transfrontaliera

Dato tale contesto, pare essenziale soffermarsi sul tipo di strategia di adattamento attuato dalle donne intenzionate a interrompere una gravidanza in Irlanda, dove, fino al 2018 per la Repubblica e al 2020 per il Nord, tale trattamento sanitario risultava illegale¹⁶. Infatti a partire dal 1967, quando in Gran Bretagna venne approvato l'*Abortion Act*, si sviluppò il fenomeno della ricerca dell'IVG oltremare¹⁷.

A motivare il ricorso alle cure riproduttive transfrontaliere per interrompere una gravidanza vi erano diversi fattori, tra i quali spiccavano senza dubbio lo stigma sociale, derivante dalla specifica morale sessuale e riproduttiva radicata e diffusa in Irlanda, e il conseguente senso di vergogna. Elementi intrecciati alla necessità di poter esercitare la propria autodeterminazione e veder riconosciuti quei diritti riproduttivi a lungo negati. Inoltre la Repubblica d'Irlanda aveva costruito la propria identità nazionale specificatamente sul concetto di superiorità morale, fondata a sua volta sul ruolo delle donne quali detentrici della virtù morale¹⁸. La trasgressione dell'ordine morale, vieppiù se realizzata da una donna, implicava conseguentemente un pericolo per la tenuta concettuale della nazione stessa. Infatti «*moralistic approach to reproduction and sexuality has been from the beginning intertwined with ideas of Irishness, as women were constructed as bearers of the nation's honour [... and] drawing equivalence between abortion, Englishness and colonial oppression served the purpose of defining Irishness in strictly moralistic terms*»¹⁹. Sono stati così egualmente negati alle donne responsabili di trasgressione dell'ordine morale tanto i diritti riproduttivi connessi all'IVG, quanto lo spazio pubblico di narrazione delle proprie esperienze, permettendo lo sviluppo di un «*gendered displacement*»²⁰,

¹⁴ *Ivi*, 61.

¹⁵ S. BERGEN, "The kind of doctor who doesn't believe doctor knows best": Doctors for Choice and the medical voice in Irish abortion politics, 2002-2018, in *Social Science & Medicine*, 297, 2022, 1.

¹⁶ In merito alla qualificazione dell'IVG come trattamento sanitario, vd. B. LIBERALI, *Obiezione di coscienza nell'interruzione di gravidanza ancora a giudizio? Punti fermi e prospettive future*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2020, 347.

¹⁷ A oggi le stime ufficiali attestano a più di 200mila il numero di donne che sono partite dalla sola Repubblica d'Irlanda, vd. THE IRISH FAMILY PLANNING ASSOCIATION, www.ifpa/Hot-Topics/Abortion/Statistics, last visited Dec. 10, 2022.

¹⁸ C. FISCHER, *Abortion and reproduction in Ireland: shame, nation-building and the affective politics of place*, cit.; C. FISCHER, *Gender, nation, and the politics of shame: Magdalen Laundries and the institutionalisation of feminine transgression in modern Ireland*, cit.

¹⁹ C. FISCHER, *Abortion and reproduction in Ireland: shame, nation-building and the affective politics of place*, cit., 37-38.

²⁰ *Ivi*, 40-41: «Not only, then, did Ireland's "gendered displacement" identify women seeking abortion as illegitimate subjects of the Irish nation state and, accordingly, removed them from Irish territory, but also, through

vale a dire un fenomeno di allontanamento, almeno indirettamente coercitivo, di quelle donne non conformate al modello morale dominante. Un allontanamento aggravato dal senso di vergogna derivante da una pervasiva stigmatizzazione sociale, presente anche a livello istituzionale²¹.

Le cure transfrontaliere per l'interruzione di gravidanza sono state effettivamente, e deliberatamente, ignorate dal dibattito pubblico per decenni in Irlanda, attraverso l'esercizio di una cecità selettiva volta a preservare l'ideologia della superiorità morale, specialmente in ambito sessuale e riproduttivo. La negazione degli *abortion rights* e il complementare stigma sociale hanno determinato inoltre la diffusione di una cultura della segretezza in relazione alle cure transfrontaliere. La segretezza non andrebbe tuttavia confusa con una ricerca di maggiore *riservatezza*, bensì intesa come strategia di difesa contro potenziali aggressioni o danni, laddove la riservatezza coinciderebbe invece con l'autonomia individuale di controllo della divulgazione di informazioni²². Il bisogno di segretezza discenderebbe direttamente dalla cultura della vergogna, dunque dalla trasgressione dell'ordine morale, e pertanto restringe l'autonomia femminile in materia di IVG anche quando esercitata sul territorio irlandese, come possibile dal 2018. In particolare, anche in anni recenti, è emerso come le donne irlandesi preferiscano non rivolgersi ai *general practitioners* locali né per richiedere informazioni in materia di IVG, svolgendo invece le proprie ricerche online, né per ottenere il trattamento sanitario, che ricercano in città più distanti da quella di residenza²³.

Il vasto fenomeno delle cure transfrontaliere connesse all'IVG non è certamente esaurito in seguito alla riforma costituzionale del 2018 e alla conseguente entrata in vigore dell'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*²⁴ nella Repubblica d'Irlanda, o delle *Abortion regulations 2020* in Irlanda del Nord²⁵. Come si vedrà nel prosieguo, le problematiche emerse nella prassi attuativa di tali riforme, unitamente alla cultura della vergogna la cui mitigazione costituisce ancora un mero orizzonte, continuano a nutrire tale fenomeno e la connessa ricerca di segretezza, senza fondate speranze di miglioramento nel medio periodo di applicazione delle nuove normative²⁶. La segretezza, nonostante possa validamente essere descritta come forma di agency e di potere individuale in risposta a una governance dei diritti riproduttivi di tipo oppressivo²⁷, rischia più probabilmente di configurarsi come

this symbolic and physical removal, it induced a strong sense of women's alienation from Ireland – from their home».

²¹ P. CULLEN, E. KOROLCZUK, *Challenging abortion stigma: framing abortion in Ireland and Poland*, in *SRHM*, 2019, 6. Infatti «*stigmatising discourse has political and social consequences: it allows policy makers to label women who have abortions as non-normative and separate them from the dominant culture, subject them to social control, discount their experiences and ignore their needs and rights*»; *ivi*, 16.

²² J. MISHTAL *et al.*, *'To be vigilant to leave no trace': secrecy, invisibility and abortion travel from the Republic of Ireland*, in *Culture, Health & Sexuality*, 2022, 3.

²³ G. ZANINI *et al.*, *Abortion information Governance and Women's travel across European Borders*, in *Women's Studies International Forum*, 87, 2021, 1-8.

²⁴ *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*, Number 31 of 2018, <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2018/act/31>, last visited Dec. 10, 2022.

²⁵ *The Abortion (Northern Ireland) regulations 2020*, <https://bit.ly/3kRVil2>, last visited Dec. 10, 2022.

²⁶ J. MISHTAL *et al.*, *op.cit.*, 10.

²⁷ C. SMART, *Families, Secrets and Memories*, in *Sociology*, 45, 4, 2011, 539-553.

diffusa cultura del silenzio, in cui la libera scelta di non divulgazione produce l'effetto deteriore di oscurare i danni prodotti da un sistema normativo direttamente, o indirettamente, punitivo²⁸.

3. Il percorso giurisprudenziale verso la riforma degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda

Sul piano normativo, il riflesso della morale sessuale e riproduttiva era costituito dall'*Eight Amendment* (art. 40.3.3) della Costituzione irlandese, approvato nel 1983 con il 66% di voti favorevoli ottenuti nel relativo referendum²⁹. La formulazione della norma era tuttavia ambigua («*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right*»), permettendo infatti di fondarvi una lettura orientata sia all'assolutezza del divieto di aborto, sia alla permissività in casi specifici ed entro una determinata soglia temporale³⁰. Di conseguenza la giurisprudenza nazionale e sovranazionale ha potuto ricavare e strutturare alcuni spazi interpretativi, entro i quali è maturata la composizione democratica del conflitto valoriale alla base dei diritti riproduttivi e, in particolare, dell'IVG³¹.

Il percorso giurisprudenziale che ha condotto alla riforma del 2018 prende le mosse nel 1985, con il ricorso della *Society for the Protection of Unborn Children* (SPUC) contro due cliniche di *family planning* (*Open Door Counselling, Dublin Well Woman Centre*) che fornivano informazioni in merito alle cure transfrontaliere per l'IVG. Secondo i ricorrenti, le pratiche informative delle cliniche violavano l'*Eight Amendment* nella parte in cui stabiliva la tutela della vita del feto. Sia la *High Court*, sia la *Supreme Court* accolsero la posizione della SPUC, affermando la prima che il diritto alla vita del feto non potesse incorrere in un affievolimento in nome del diritto alla *privacy* della donna e la seconda che non sussistesse, neanche implicitamente, un diritto a ricevere informazioni rispetto alle cure transfrontaliere in materia di IVG. Il caso giunse nel 1992 all'attenzione della Corte EDU (caso "*Open Door*"), la quale affermò sì la legittimità degli scopi perseguiti dalle restrizioni in materia di informazioni sull'IVG (al fine della protezione della morale, nello specifico declinata come protezione del nascituro), ma ne riconobbe anche la non proporzionalità, condannando l'Irlanda per violazione dell'art. 10 CEDU. Tuttavia la CEDU non era ancora stata incorporata nel diritto domestico e, pertanto, la pronuncia non costituì un superamento della giurisprudenza nazionale e non comportò la necessità di adeguamento del diritto interno.

In parallelo al caso *Open Door*, la Repubblica d'Irlanda è stata travolta dal dibattito relativo al caso di una quattordicenne intenzionata a interrompere la gravidanza derivata da una violenza sessuale. Il caso, generato dalla decisione dell'Attorney General di emanare una *injunction* con cui diffidare la ra-

²⁸ S. SHELDON, *Empowerment and Privacy? Home Use of Abortion Pills in the Republic of Ireland*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 43, 4, 2018, 823-849.

²⁹ B. GIRVIN, *Social Change and Moral Politics: The Irish Constitutional Referendum 1983*, in *Political Studies*, 34-1986, 61 ss.

³⁰ D.P. KOMMERS, *Autonomy, Dignity and abortion*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.) *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, 443.

³¹ A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos*, 2, 2022, 1-17.

gazza (e i suoi genitori) dal ricercare l'IVG in un altro Paese, raggiunse la *Supreme Court*. La pronuncia che ne conseguì costituisce l'unica interpretazione consolidata dell'*Eight Amendment*, orientata a permettere il ricorso all'aborto esclusivamente quando vi sia un reale e sostanziale rischio per la vita della "madre", che si possa evitare solo interrompendo la gravidanza. Il rischio di commettere suicidio, come nel caso della quattordicenne, era incluso in questo spettro. Ciononostante, in *Attorney General v. X* la Corte non approfondì il profilo della libertà di circolazione al fine di ricorrere a cure transfrontaliere, ritenendolo non essenziale al fine della decisione del caso.

Il tema delle cure transfrontaliere è rimasto cruciale soprattutto a seguito dell'incorporazione della CEDU nel diritto interno, a mezzo dell'*ECHR Act 2003*. Non solo, perché il Governo irlandese aveva ottenuto, in sede di trattativa per l'adozione del Trattato di Maastricht, l'adozione di una peculiare clausola indirizzata a garantire l'applicazione dell'art. 40.3.3 della propria Costituzione, riconfermando ulteriormente la solidità della propria posizione in merito agli *abortion rights*³². Inoltre l'*Open Door case* aveva infatti evidenziato le potenziali conflittualità tra obblighi internazionali assunti dalla Repubblica d'Irlanda e l'*Eight Amendment*, spingendo il legislatore irlandese a includere nel 1992 due nuovi emendamenti all'art. 40.3.3 della Costituzione (*Thirteen, Fourteen*). Tali norme hanno previsto la possibilità di ricorrere a cure transfrontaliere qualora non sussistano le condizioni per accedere all'IVG in Irlanda, nonché la possibilità di fornire informazioni circa tali servizi esteri.

Il delicato rapporto tra normative nazionali e sovranazionali rispetto agli *abortion rights* in Irlanda ha poi trovato spazio nel caso *A.B.C. v. Ireland*, nel quale la Corte EDU ha dovuto affrontare la complessa tematica del bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti e diritti affermati in seno alla Convenzione, nello specifico caso di diritti nazionali dai contorni opachi³³. Nel merito il caso concerneva tre ricorrenti, due interessate a interrompere la gravidanza per ragioni inerenti al benessere psico-fisico ed economico, in un'ampia accezione del diritto alla salute. La terza, invece, affetta da una forma tumorale, lamentava la mancata adeguata informazione rispetto agli effetti della gravidanza sul proprio stato di salute. La Corte EDU ha ravvisato, rispetto alla posizione della terza ricorrente, nel mancato intervento del legislatore ordinario, al fine di attuare le norme costituzionali, una valida ragione di sanzione a fronte della violazione dell'art. 8 CEDU; in tal senso colmare il deficit attuativo rispetto agli specifici casi nei quali il ricorso all'IVG risulti legale, come già ampiamente evidenziato dalla dottrina, risultava dunque urgente, anche al fine di limitare le valutazioni giudiziarie *case by case*³⁴. La Corte EDU ha invece evitato di assumere una posizione netta rispetto alla titolarità del diritto all'art. 2 CEDU, non identificando espressamente nel feto un titolare del diritto alla vita³⁵.

La lacuna legislativa è stata quindi colmata, in un primo momento, dal risultato dei lavori di una commissione di esperti di ambito sanitario e giuridico, orientati a fornire possibili soluzioni al legislatore irlandese. Immutata la punibilità dell'aborto, l'adozione del *Protection of Life During Pregnancy Act 2013* (PLDPA) ha individuato le condizioni di eccezioni al divieto, conferendo veste legislativa alle indicazioni che la *Supreme Court* aveva fornito nel *Caso X*. Tale legge abrogava alcune parti

³² L. BUSATTA, C.M. REALE, *The Celtic Tiger at referendum: l'Irlanda verso una nuova stagione di tutela costituzionale dei diritti?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2018, 1233.

³³ *Ivi*, 9.

³⁴ *Ivi*, 10.

³⁵ Vd. *Paton v. UK, H. v. Norway, Vo v. France*.

dell'*Offence Against Person Act* 1861 (ss. 58,59), pur introducendo il reato di "*destruction of unborn human life*" (s.22). Le eccezioni previste riguardavano invece tre casi, la cui valutazione era affidata alla *good faith* dei medici. Il primo concerneva il rischio reale e sostanziale, legato alle condizioni fisiche, per la vita della donna. La seconda includeva la possibilità dell'aborto d'urgenza quando il rischio fosse immediato, mentre la terza la possibilità di salvare la vita della donna intenzionata a commettere il suicidio. IL PLDPA aveva quindi assolto al compito di regolamentare l'aborto in chiave meramente "procedurale"³⁶, esponendosi a numerose critiche e al dato fattuale del crescente numero di donne in cerca di cure transfrontaliere.

Conseguentemente, un'Assemblea composta da 92 cittadini estratti a sorte tra diversi gruppi, al fine di rappresentare il pluralismo della società irlandese, è stata nominata nel 2016 per individuare alcune proposte su materie altamente sensibili, che tuttavia non fossero vincolanti per il Parlamento. Rispetto agli *abortion rights* l'obiettivo era quello di sancire l'esclusiva competenza del Parlamento nella regolamentazione dell'aborto preservando la liceità della procedura qualora vi fosse un rischio per la vita e la salute psichica o fisica della donna, entro un termine di legge determinato alla luce dei dati scientifici più avanzati. Tali elementi sono effettivamente stati fissati dall'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act* nel dicembre 2018, a seguito del referendum popolare svoltosi il 25 maggio 2018, al fine, raggiunto, di "*repealing the Eight*". L'abrogazione dell'*Eight Amendment* ha così aperto una nuova fase della vita politica e normativa irlandese, in uno schema *dignitario* di bilanciamento costante tra l'autodeterminazione della donna e la protezione della vita fetale³⁷.

4. La riforma degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda: un successo in chiaroscuro

Cultura della vergogna, conseguente segretezza e cure transfrontaliere rimangono presenti nella realtà irlandese anche oggi, a distanza di quattro anni dall'approvazione dell'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*. La riforma, oltre all'abrogazione PLDPA 2013, introduce effettivamente degli *abortion rights*, pur limitandoli notevolmente. Innanzitutto, la riforma del 2018 legalizza il ricorso all'IVG fino alle 12 settimane di gestazione su richiesta della donna e nelle fasi più avanzate della gestazione nei soli casi di rischio per la vita o per la salute della donna. Ancora, l'IVG è permessa oltre la dodicesima settimana nel caso di accertate gravi anomalie fetali. Pur depenalizzando il comportamento della donna che si sottoponga a un'IVG nei casi non consentiti dalla legge, costituisce ancora reato l'azione di coloro che aiutino la donna a ottenere, in quegli stessi casi, un'interruzione di gravidanza.

Al netto dell'analisi della prassi, nonché dei suoi risvolti, appare opportuno premettere uno spunto riflessivo di ordine lessicale e concettuale rispetto alla riforma del 2018. *In primis*, nello spazio dedicato al profilo definitorio, il legislatore irlandese ha qualificato la "*termination of pregnancy*" non in quanto interruzione di uno stato biologico inerente alla corporeità femminile, quanto alla procedura

³⁶ J.N. ERDMAN, *The Procedural Turn: Abortion at the European Court of Human Rights*, in R.J. COOK, J.N. ERDMAN-B.M. DICKENS, *Abortion law in Transnational Perspective*, Philadelphia, 2014, 121 ss.

³⁷ A. BARAGLIA, *op.cit.*, 15. Il referendum del 2018 ha permesso al 68% dei cittadini della Repubblica d'Irlanda di richiedere l'abrogazione del divieto di aborto, vd. L. POLI, *Il diritto internazionale come "motore" del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, Special Issue 2, 2019, 291-294; L. EARNER-BYRNE, D. URQUHART, *op.cit.*, 128.

medica «*intended to end the life of a foetus*» (s. 2). A rilevare è dunque l'entità coinvolta nella procedura e non il corpo, e dunque la soggettività, di chi la ospita. In aggiunta a ciò, con il termine feto la legge designa indistintamente «*an embryo or a foetus*» (s. 2), mostrando un chiaro disinteresse verso un profilo definitorio attento alle scienze dure, mediche e biologiche.

Nondimeno appare interessante la scelta del legislatore irlandese di anteporre, nell'ordine delle norme, i casi "limite" di IVG in fase avanzata di gestazione (ss. 9-11) alla possibilità per la donna di richiedere il trattamento sanitario in assenza di rischi imminenti per la sua salute o vita (s. 12). Quest'ultimo caso, inoltre, richiede l'obbligatorio termine di 3 giorni dal momento in cui il medico che procederà all'IVG abbia visitato la donna e certificato, in «*good faith*», che la gestazione non abbia superato le 12 settimane. Il certificato in oggetto e la procedura di interruzione possono altresì trovarsi in capo a due differenti medici, ma il termine rimane valido e decorrerà dalla data di rilascio del certificato (s.12). In merito all'obbligo per il medico di provvedere all'IVG, la riforma del 2018 prevede l'esercizio dell'obiezione di coscienza (s.22) e il conseguente dovere, per l'obietto, di trasferire la cura della donna ad altro professionista nel più breve tempo possibile al fine di garantirle il trattamento sanitario (s. 22, subs. n. 3).

I servizi atti a garantire gli *abortion rights* in Irlanda sono stati inaugurati nel 2019, portando a 6666 le IVG praticate legalmente sul territorio della Repubblica d'Irlanda, contro le 32 condotte nel 2018. Tuttavia nel solo 2020 il numero di donne che ha preferito, o si è trovato costretto, a optare per le cure transfrontaliere è stato di 194³⁸. Tale fenomeno affonda le proprie radici in diversi ordini di ragioni, tra i quali spiccano tre fattori cruciali. Il primo è legato al termine di 3 giorni di attesa imposto prima di procedere all'IVG, specialmente in relazione ai casi di gestazione prossima al compimento della dodicesima settimana e alla considerazione del fatto che siano necessari due diversi appuntamenti per ottenere il trattamento sanitario³⁹. In sede di approvazione della riforma nel 2018, l'*Health Minister* aveva chiarito come il termine di 3 giorni non potesse essere né oggetto di rinuncia, né decorrere dal momento della richiesta dell'appuntamento⁴⁰. Il secondo fattore consiste nel fatto che il testo della legge del 2018 impone limiti inderogabili, ma ambigui, per l'interruzione della gestazione dopo la 12^a settimana, esponendo la donna che affronti la presenza di anomalie fetali a una situazione di grave vulnerabilità. Nella prassi, infatti, il requisito richiesto dalla section 11 («*condition affecting the foetus that is likely to lead to the death of the foetus either before, or within 28 days of birth*») si è rivelato foriero di dubbi, quando non addirittura inibente per l'azione professionale dei medici. Questi ultimi infatti tendono a temere la sovraesposizione mediatica di potenziali casi di diagnosi errata e a concedere in circostanze estremamente limitate la certificazione di condizione letale per il feto, costringendo le donne raggiunte da una diagnosi di anomalia fetale «*not fatal enough*» a ricercare cure transfrontaliere per interrompere la gravidanza⁴¹. Infine, terzo fattore rilevante,

³⁸ S. CALKIN, E. BERNY, *Legal and non-legal barriers to abortion in Ireland and the United Kingdom*, in *Sexual Health Services Review*, 5, 2021, 3.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ M. ENRIGHT, *Abortion law in Ireland: reflecting on reform*, in L. BLACK, P. DUNNE (eds), *Law and gender in Modern Ireland: critique and reform*, Oxford, 2019, 55-70.

⁴¹ S. POWER et al., *Fetal medicine specialist experiences of providing a new service of termination of pregnancy for fatal anomaly: a qualitative study*, in *Intern Journal Obs Gyn*, 128, 4, 2021, 676-684.

l'allocazione territoriale inefficiente dei servizi di IVG, dettata in larga parte da un diffuso esercizio dell'obiezione di coscienza da parte dei medici⁴², come già rilevato in numerose esperienze estere⁴³. Simili considerazioni non dovrebbero condurre a una condanna della riforma, frutto dell'impegno militante, politico, accademico e professionale di generazioni di cittadine e cittadini irlandesi, bensì alla valutazione della circostanza per cui in molti Paesi il riconoscimento formale degli *abortion rights* non tenda a coincidere, nel medio periodo, con un effettivo allargamento dell'accesso ai servizi di IVG⁴⁴. Rispetto a questi ultimi, permangono alcuni ostacoli nella Repubblica d'Irlanda, tra i quali spiccano la scarsa capillarità dei servizi offerti a livello di ospedali territoriali, la marginalizzazione del tipo di servizio che finisce con il divenire relegata alle cure di pochi volenterosi professionisti e, infine, la diffusa mancanza di accesso all'aborto di tipo chirurgico, nei casi non rari di fallimento di aborti farmacologici o di casi che richiedano il ricorso necessario alla chirurgia⁴⁵.

5. Le *Abortion regulations* del 2020 in Irlanda del Nord

Come ricordato, il divieto assoluto di accesso all'IVG in Irlanda del Nord è terminato nel 2019, a seguito della maggior visibilità acquisita dai movimenti pro-aborto anche in virtù della campagna del 2018 per la legalizzazione dell'aborto nella Repubblica d'Irlanda e, nondimeno, dell'indagine condotta dalla *United Nations Conventions on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. Tale indagine si era conclusa con la ricognizione della grave e sistemica violazione della Convenzione, in materia di IVG, da parte dell'Irlanda del Nord⁴⁶. Nel 2019, sfruttando un frangente di instabilità politica derivante dalla caduta dell'esecutivo a Belfast, è stato così approvato, a mezzo del Parlamento di Westminster, un emendamento volto ad abrogare alcune sezioni (58,59) dell'OAPA 1861 al fine di depenalizzare il ricorso all'interruzione di gravidanza. Di seguito a tale abrogazione, sono state poi approvate le *Abortion (Northern Ireland) Regulations 2020*, che consentono il ricorso all'IVG fino alle 12 settimane di gestazione senza condizioni (Part 2, s. 3) e fino alle 24 settimane nei casi in cui il proseguimento della gravidanza ponga alla gestante rischi di salute, fisica e psichica, superiori rispetto a quelli legati alla terminazione della gravidanza stessa (Part 2, s. 4). Inoltre, in caso di anomalie fetali e di rischio per la vita stessa della gestante, non sussistono limiti temporali per il ricorso all'IVG (Part 3, ss. 5-7).

⁴² M. DONNELLY, C. MURRAY, *Abortion care in Ireland: developing legal and ethical frameworks for conscientious provision*, in *Int J Obs Gyn*, 148, 1, 2020, 127-132.

⁴³ T. AUTORINO *et al.*, *The impact of gynaecologists' conscientious objection on abortion access*, in *Social Science Research*, 87, 2020, 768-799.

⁴⁴ B.M. STIFANI *et al.*, *Abortion policy implementation in Ireland: successes and challenges in the establishment of hospital-based services*, in *SSM Qualit Rsearch in Health*, 2, 2022, 4; W. CHAVKIN *et al.*, *Implementing and expanding safe abortion care: An international comparative case study of six countries*, in *Intern Journal Gyn Obs*, 143, 4, 2018, 3-11.

⁴⁵ B.M. STIFANI *et al.*, *op.cit.*, 9-10.

⁴⁶ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *Report of the inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under article 8 of the optional protocol to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, 2018, <https://digitallibrary.un.org/record/1480026>, last visited Dec. 12, 2022.

A dispetto della formale apertura verso gli *abortion rights* avvenuta attraverso la recente normativa, il dato pratico restituisce un quadro meno confortante, entro il quale l'aborto non sembra essere un servizio sanitario effettivamente disponibile⁴⁷. La diffusione del servizio risente infatti di una profonda disuguaglianza territoriale, che vede ancora oggi le persone, interessate all'IVG, favorite se risiedono nella capitale e sempre più svantaggiate all'aumentare della distanza da Belfast⁴⁸. Ad arricchire tale panorama ha indubbiamente contribuito la pandemia da COVID19, che ha reso gli spostamenti indiscutibilmente più complessi, così come la diffusione della consapevolezza della disponibilità dei servizi, sovente realizzata dal passaparola tra pazienti effettive e potenziali. Inoltre, nel 2020, il numero di IVG ottenute in Inghilterra e Galles da donne nordirlandesi è drasticamente calato, ma non in modo proporzionale a quelle realizzate nel territorio del Nord Irlanda. Considerata la difficoltà, a causa delle restrizioni pandemiche agli spostamenti personali, di recarsi anche nella Repubblica d'Irlanda, la conclusione più probabile è che gli aborti 'mancanti' secondo le stime non si siano verificati proprio per l'inadeguatezza del novello sistema nordirlandese di rispondere alle esigenze sanitarie delle interessate⁴⁹.

6. Gli *abortion rights* in Irlanda attraverso la lente bioetica

L'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*, come si è osservato, costituisce senza dubbio un traguardo essenziale nel riconoscimento degli *abortion rights* nella Repubblica d'Irlanda, benché oscurato dalla presenza di alcune limitazioni normative (il termine di attesa e le limitazioni al ricorso all'IVG in caso di anomalie fetali) e da altre di ordine applicativo. Da quest'ultimo punto di vista, i due Paesi dell'isola d'Irlanda condividono la difficoltà organizzativa nella realizzazione di una copertura territoriale efficace attraverso i servizi sanitari atti all'interruzione di gravidanza.

Con specifico riferimento all'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*, occorre ancora rilevare come il riferimento al principio di *good faith* torni sovente nel testo normativo, attribuendo, quasi senza soluzione di continuità con il più recente passato, un ruolo *morale* ai medici chiamati a realizzare una pratica abortiva⁵⁰. Infatti i professionisti sanitari sono tenuti al ruolo di garanti rispetto alle scelte in materia di IVG e la garanzia in questione appare più fondata su presupposti morali, che non su competenze ed esperienze professionali nell'ambito sanitario di interesse. In altri termini, la *good faith* in questione appare relativamente distante dalla nozione di buona fede civilistica cui siamo abituati: nella normativa del 2018, l'elemento soggettivo non si esaurisce nello stato psicologico della parte che "ignora" di ledere un altrui diritto, ma si estende a garantire nei confronti dell'ordinamento e dei consociati la legittimità, prima ancora che la legalità, della pratica abortiva. La

⁴⁷ S. CALKIN, E. BERNY, *op.cit.*, 4.

⁴⁸ Le e gli attivisti hanno definito l'accesso ai servizi di IVG in Irlanda del Nord una vera "postcode lottery", in seno alla quale gli *abortion rights* appaiono compressi se non inesistenti a seconda del luogo di residenza della gestante, vd. AMNESTY INTERNATIONAL UK, *Northern Ireland: abortion services cease at South Eastern trust following health department failure*, <https://www.amnesty.org.uk/press-releases/northern-ireland-abortion-services-cease-south-eastern-trust-following-health>, last visited Dec. 12, 2022.

⁴⁹ R. ARMITAGE, *Abortion in Northern Ireland: Decriminalisation, COVID-19 and recent data*, in *The Lancet Regional Health – Europe*, 15, 2022, 1.

⁵⁰ Vd. § 1, § 3.

valutazione dell'*Act 2018* può dunque permettere la sussistenza di alcuni dubbi circa il sostrato culturale su cui si è poggiata la riforma, specialmente rispetto alla continuità di confusione, più o meno intenzionale, tra morale ed etica medica, nonché tra morale e salute individuale. Una confusione che coinvolgerebbe ancora la professionalità dei medici impegnati nei servizi di interruzione di gravidanza, chiamati infatti a svolgere al contempo un ruolo di filtro e uno di garanzia rispetto a tale pratica. Filtro e garanzia ancora una volta *morali* e non certo legali od organizzativi, considerato come l'accertamento del periodo di gestazione in cui si trova la donna non costituisca l'oggetto di una valutazione cui solo i medici, e non anche altri professionisti sanitari di diversa formazione (infermieri, ostetriche, etc.), possano far fronte. I medici assolvono dunque ancora alla funzione di arbitri e *custodi* della morale sessuale e riproduttiva, con una derivante funzione di mediazione dell'esercizio dell'autonomia e dell'autodeterminazione individuale rispetto alle scelte riproduttive⁵¹.

In questo senso una lettura bioetica della normativa del 2018 potrebbe spingere verso legittimi dubbi circa l'effettività del bilanciamento tra competenza professionale del medico e autonomia decisionale della paziente. Un bilanciamento necessario non solo al fine di garantire il rispetto del principio di autonomia, e dunque autodeterminazione, della donna, ma anche per realizzare un tipo di cura *patient-centered*, vale a dire lontana dal tradizionale modello ippocratico e focalizzata sull'esperienza del soggetto che riceve la cura.

Storicamente, come si è accennato, l'Irlanda ha conosciuto un accesso ridotto all'IVG e, per decenni, filtrato (e talvolta ostacolato) proprio dall'esercizio professionale di medici, designati dalla politica *in primis*, e dal diritto *in secundis*, quali custodi di una specifica *morale* sessuale e riproduttiva⁵². Dal 2018, il gruppo attivista *Doctors for choice* (DfC) promuove un modello di cura *patient-centered*, impegnato nel contrasto di un modello autoritativo, e spesso paternalista, di cura in ambito riproduttivo. Si pone dunque al centro dell'operato non tanto il riconoscimento, quanto l'attiva promozione, anche in ambito pubblico, dell'autonomia decisionale, e dunque dell'autodeterminazione, delle pazienti⁵³. L'azione professionale e militante di tale gruppo concentra i propri sforzi nel tentativo di condurre a una metamorfosi delle funzioni attribuite ai medici in ambito di interruzione di gravidanza e, conseguentemente, permettere lo sviluppo di un modello di cura entro il quale le donne possano riconoscere nei medici degli alleati nella costruzione delle proprie autonome decisioni e non degli arbitri morali preposti a sindacare le convinzioni individuali, di ogni natura, che costituiscono le fondamenta, più o meno consapevoli, di quelle stesse decisioni. Un obiettivo che perfettamente si inquadra nella tradizionale comprensione bioetica del rapporto di cura (o rapporto medico-paziente, secondo più datata visione), nella cui cornice si iscrive la rilevanza dell'autonomia individuale rispetto a un supposto beneficio superiore riconosciuto dal professionista sanitario e imposto al soggetto che riceve la cura in virtù della sua presunta ignoranza o incapacità decisionale. In altri termini, pochi dubbi permangono circa un profilo di paternalismo cristallizzato nell'*Act 2018*, anche, ma non solo, attraverso l'obbligatorio rispetto del termine di 3 giorni tra il primo consulto e l'effettiva presa in carico della donna per l'IVG (s. 12).

⁵¹ S. BERGEN, *op.cit.*, 1.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ M. CANTAVE *et al.*, COVID-19 reveals why we need physician advocates now, in *Acad Med*, 95, 2020, 1125.

In questo senso, in Irlanda la *reproductive agency* delle donne interessate a un'interruzione di gravidanza parrebbe da un lato incrementata (dall'abolizione del divieto assoluto di aborto), ma dall'altro ancora costretta da fattori normativi, culturali e sociali di ardua modificazione⁵⁴. Un dato che rileva al di là dell'ambito dell'etica medica e della bioetica, specialmente se si tiene in considerazione come la World Health Organization definisca la qualità della cura anche, e soprattutto, in base al livello di centralità accordato alla paziente attraverso vari elementi (dettagliata informazione, alternative di cura disponibili – es. aborto chirurgico, farmacologico – spazio fisico e mentale di autonomia decisionale, etc.)⁵⁵.

La *reproductive agency* delle donne irlandesi, in maniera paragonabile tra i due Paesi, resta effettivamente compressa, quando non del tutto compromessa, anche dalla sopravvivenza di un profondo stigma sociale connesso all'aborto. Stigma che propaga i propri effetti tanto nella sfera pubblica, quanto nello specifico spazio di azione sanitaria, sia essa svolta in ospedali o altre strutture autorizzate alla realizzazione dell'IVG⁵⁶. Infatti la stigmatizzazione dell'aborto, non certo venuta meno nei recenti anni, porta a una definizione innanzitutto politica, e conseguentemente sociale, delle donne stesse come devianti dal modello culturale dominante, provocandone la marginalizzazione, nonché una forma più o meno latente di controllo sociale nell'esercizio dei loro diritti e, prima ancora, nella definizione dei loro bisogni (anche in ambito sanitario)⁵⁷. Nonostante un notevole progresso sia stato realizzato dalla campagna pro-choice del 2018 nella Repubblica d'Irlanda, ancora molto resta insoluto rispetto ai profili sociali e culturali, rispetto ai quali sembrerebbe significativo l'impiego di un discorso e una narrazione pubblici dell'aborto quale decisione di natura *non eccezionale* (rispetto al modello culturale dominante), essenziale (in seno all'autonomia decisionale del soggetto) e vitale (rispetto alle conseguenze in gioco). Questi tratti, se promossi nella sfera pubblica, tendono a mitigare, fino a eradicare, lo stigma associato all'aborto, unitamente a una capillare diffusione dei servizi necessari a realizzare il relativo diritto di scelta⁵⁸. Non solo, perché la solidità degli *abortion rights* appare un indicatore significativo dello stato di salute di una società rispetto alla parità di genere o, al contrario, a far emergere anche in un'ottica intersezionale l'esistenza di forme oppressive sistemiche rispetto al genere, al sesso, all'etnia, alla classe sociale e alla provenienza geografica⁵⁹. Da tale considerazione deriva pertanto la consolidata consapevolezza di quanto gli *abortion rights* in Irlanda, in maniera simile tra i due Paesi, possano dirsi sì acquisiti a livello normativo, pur in una cornice bioetica discutibile, entro la quale la *reproductive agency* delle donne non appare centrale rispetto allo schema normativo, ancora vincolato a elementi sociali e culturali di notevole contrappeso.

⁵⁴ D. DUFFY *et al.*, *Information flow as reproductive governance. Patient journey analysis of information barriers and facilitators to abortion care in the Republic of Ireland*, in *SSM Population Health*, 19, 2022, 101132, 2.

⁵⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Quality health services*, 2020, <https://www.who.int/news-room/factsheets/detail/quality-health-services>, last visited Dec. 12, 2022.

⁵⁶ B.M. STIFANI *et al.*, *op.cit.*, 10.

⁵⁷ P. CULLEN, E. KOROLCZUK, *op.cit.*, 16.

⁵⁸ B. BAIRD, E. MILLAR, *More than stigma: interrogating counter narratives of abortion*, in *Sexualities*, 22, 2019, 1110-1126.

⁵⁹ P. CULLEN, E. KOROLCZUK, *op.cit.*, 16

7. Conclusioni

L'analisi condotta nel presente lavoro, a partire dal tentativo di riflettere in modo omogeneo sulla sorte degli *abortion rights* in Irlanda, tenendo perciò conto delle esperienze di entrambi i Paesi, intendeva verificare quali risultati siano effettivamente stati ottenuti a partire dal 2018 a livello normativo e applicativo. Se da un lato si può dunque sostenere che l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018* nella Repubblica d'Irlanda e le *Abortion (Northern Ireland) Regulations 2020* costituiscono un traguardo normativo storico, dall'altro diverse perplessità permangono. Principalmente legate alla dimensione applicativa della norma, e pertanto alla difficoltà di diffondere in modo capillare, o quanto meno omogeneo, i servizi di IVG, le suddette perplessità si collocano anche a un livello più generale, connesso alla lettera della norma. In particolare, l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018* contiene elementi ostacolanti l'autonomia decisionale e riproduttiva della donna, come il limite posto all'interruzione di gravidanza rispetto all'emergere di anomalie fetali o il termine di tre giorni da rispettare tra i due consulti utili all'IVG. In questa prospettiva l'aborto rischia di rimanere oggetto di cure transfrontaliere, che già nel secolo scorso e fino al 2018 costituivano una scelta pressoché obbligata per le donne che intendessero interrompere una gravidanza. Il lasso temporale trascorso dall'approvazione delle norme in questione, in correlazione con gli effetti prodotti dalla pandemia da COVID19, non è probabilmente sufficiente a chiarire sul piano statistico se le interruzioni di gravidanza richieste da cittadine irlandesi all'estero (Galles, Inghilterra) siano il prodotto di norme inefficaci sul piano pragmatico o di una cattiva attuazione delle stesse.

Da questo punto di vista, in conclusione, sembra opportuno sospendere il giudizio, ma non l'analisi, circa lo stato di salute degli *abortion rights* in Irlanda, mantenendo l'interesse, non esclusivamente teorico, soprattutto verso i riflessi bioetici. In particolare, una precipua attenzione andrebbe prestata alla *reproductive agency* riconosciuta e tutelata, alle donne irlandesi e al ruolo attribuito ai medici, al fine di verificare, nel lungo periodo, lo sradicamento dello stigma connesso all'aborto e la dismissione di un modello che riconosca ai medici stessi una funzione di arbitri morali, in chiave schiettamente paternalista e oppressiva dell'autonomia e dell'autodeterminazione femminile in ambito riproduttivo.

Verso il ripensamento del compromesso sull'aborto in Germania. Riflessioni sulla recente abolizione del divieto di informare sulle procedure abortive

Irene Domenici*

A STEP TOWARDS RETHINKING THE COMPROMISE ON ABORTION IN GERMANY. REFLECTIONS ON THE RECENT LIFTING OF THE BAN ON THE ADVERTISING OF ABORTION PROCEDURES

ABSTRACT: The article reflects on the recent reform that has lifted, under German law, the prohibition for doctors to provide information on the abortion procedures they perform. In particular, it is argued that this testifies to a fundamental change in the social and legal perception of voluntary termination of pregnancy and thus represents only a first step towards a radical paradigm shift in the legal regulation of abortion procedures in Germany. The article shows how the ban on advertising and information was an essential pillar of the legal and political compromise on abortion and analyses the implications of its lifting in the light of the constitutional principle of state neutrality.

KEYWORDS: Abortion; Voluntary Termination of Pregnancy; Germany; Advertisement; Information

ABSTRACT: L'articolo riflette sulla recente riforma che ha abolito, nell'ordinamento tedesco, il divieto per i medici di informare sulle procedure abortive da loro offerte. In particolare, si sostiene che questa testimonia un fondamentale cambiamento nella percezione sociale e giuridica dell'interruzione volontaria di gravidanza e rappresenta, così, solo un primo passo verso un radicale mutamento di paradigma nell'inquadramento giuridico delle procedure abortive in Germania. L'articolo evidenzia come il divieto di diffondere pubblicità o informazioni fosse un pilastro essenziale del compromesso giuridico e politico sull'aborto e analizza le implicazioni della sua abolizione alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato.

PAROLE CHIAVE: Aborto; IVG; Germania; pubblicità; informazioni

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il compromesso sull'aborto – 2.1. Il dovere di protezione del nascituro tra diritto penale e strumenti procedurali – 2.2. Il § 219a StGB come elemento essenziale del compromesso – 3. La progressiva abolizione del divieto di diffondere pubblicità e informazioni sull'IVG – 4. Il necessario ripensamento del compromesso sull'aborto alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato – 5. Conclusioni.

* *Dottoranda al Max Planck Institute for Social Law and Social Policy di Monaco di Baviera. Mail: domenici@mpisoc.mpg.de. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

1. Introduzione

Il 24 giugno 2022, lo stesso giorno in cui la Corte Suprema statunitense pronunciava la sua storica sentenza nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*¹, il Bundestag tedesco attuava uno dei pilastri del programma del nuovo governo per la tutela dei diritti riproduttivi: l'abrogazione del § 219a del Codice Penale (*Strafgesetzbuch*, StGB)². Questo paragrafo puniva – con pena detentiva fino a due anni o sanzione pecuniaria – chiunque pubblicamente, a scopo di lucro o in modo gravemente offensivo, offrisse, annunciasse, pubblicizzasse o promuovesse i propri o altrui servizi abortivi, nonché i mezzi, oggetti o procedure idonei all'interruzione di gravidanza. In altre parole, sanzionava la diffusione, da parte dei medici, di pubblicità e informazioni sulle procedure abortive da loro offerte³.

L'abolizione di questa misura si inserisce tra gli obiettivi dell'ambizioso piano volto a «rafforzare il diritto delle donne all'autodeterminazione [riproduttiva]»⁴ presentato dal nuovo governo nel patto di colazione del dicembre 2021. Il programma della coalizione pone particolare attenzione sull'accesso all'IVG. Tra i vari propositi, si prefissa di includere l'aborto nell'ambito della formazione e dell'aggiornamento professionale dei medici sottolineando, peraltro, l'importanza dell'accesso gratuito alle procedure abortive. Radicale è la proposta di istituire una commissione per l'autodeterminazione riproduttiva con il preciso compito di esaminare la possibilità di regolare l'aborto «al di fuori del codice penale»⁵.

Il nuovo governo vuole così rispondere alle richieste della società civile e della dottrina giuridica che, da tempo, sostengono la necessità di una riforma dell'intero diritto della medicina riproduttiva, attualmente regolato in maniera piuttosto restrittiva e prevalentemente da norme di diritto penale. I §§ 218 e 218a StGB prevedono tuttora che l'interruzione volontaria della gravidanza costituisca reato e sia punita con sanzione pecuniaria o pena detentiva fino a tre anni, salvo nei casi in cui vi sia una indicazione medica (§ 218a(2) StGB) oppure siano soddisfatte alcune condizioni: che la procedura avvenga nelle prime 12 settimane di gravidanza, sia condotta da un medico e preceduta da una consultazione (§ 218a(1) StGB).

Sebbene la punibilità dell'aborto sia esclusa in questi casi, la sua perdurante classificazione come reato influenza il clima generale che circonda le procedure di IVG in Germania. Il numero di medici disposti a praticare interruzioni della gravidanza è ancora insufficiente a coprire la richiesta,⁶ special-

¹ U.S. SUPREME COURT, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022).

² DEUTSCHER BUNDESTAG, *Plenarprotokoll 20/45*, 24/06/2022, 4610-4628, disponibile al link <https://dserver.bundestag.de/btp/20/20045.pdf> (ultima consultazione 30/11/2022).

³ I commi 2 e 3 del § 219a StGB prevedevano, tuttavia, l'inapplicabilità della disposizione alle pubblicazioni su riviste scientifiche e alle informazioni rivolte ai consultori.

⁴ *Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP)*, disponibile al link <https://bit.ly/3li00b2> (ultima consultazione 30/11/2022), 92.

⁵ *Ibid.*

⁶ Vd. C. WIEDEMANN, *Schwangerschaftsabbrüche: Weg mit Paragraf 218*, in *ZEIT Online*, 16/08/2022; V. CHIOFALO, S. YAKAR, *Sozioökonomische Perspektive auf Intersektionalität am Beispiel des Zugangs zum Schwangerschaftsabbruch*, in *JuWissBlog*, 43, 2022, <https://www.juwiss.de/43-2022/> (ultima consultazione 30/11/2022).

mente nei *Länder* di tradizione cattolica⁷. La situazione giuridica contribuisce a una percezione sociale negativa dell'aborto, che a sua volta influisce sulla scelta degli studenti di medicina di seguire formazioni specifiche sull'esecuzione di procedure abortive⁸. Inoltre, i ginecologi che decidono di praticare aborti sono spesso esposti a minacce o dimostrazioni e accusati di commettere omicidi⁹. Dal punto di vista delle pazienti, il quadro normativo si sostanzia nell'imposizione di ostacoli socio-economici all'accesso all'IVG¹⁰. Per quanto riguarda, ad esempio, la copertura delle spese abortive, queste sono rimborsate dalle assicurazioni sanitarie pubbliche solo nei casi in cui vi sia una indicazione medica o criminologica¹¹. Persino l'obbligo di sottoporsi a previa consulenza in un apposito consultorio espone la paziente a stigma e pressione sociale¹², in quanto il § 219 StGB prevede esplicitamente che la consulenza debba «servire a proteggere la vita del nascituro. Il suo scopo è quello di incoraggiare la donna a proseguire la gravidanza e ad aprirsi alle prospettive di vita con il bambino». In questo contesto, l'abolizione del divieto per i medici di informare sulle procedure abortive da loro offerte porta un vento di cambiamento nella percezione sociale e giuridica dell'aborto. Il presente contributo sostiene che questa riforma, inserita nel più ampio programma a sostegno dei diritti riproduttivi presentato dal nuovo governo, non possa che rappresentare solo un primo passo verso un radicale mutamento di paradigma nell'inquadramento giuridico dell'IVG in Germania¹³. Questa tesi verrà sostenuta, in primo luogo, mostrando come il divieto di diffondere pubblicità o informazioni fosse un pilastro essenziale del compromesso giuridico e politico sull'aborto raggiunto alla fine del secolo scorso, la cui caduta mette in discussione il compromesso stesso. In secondo luogo, si dimostrerà come il forte dissenso sul § 219a StGB, aspetto sintomatico del mutamento nella percezione sociale dell'aborto, assuma rilevanza costituzionale alla luce del principio fondamentale della neutralità dello stato.

⁷ E. KEL, *Gynäkologie in München: Immer weniger Ärzte nehmen Schwangerschaftsabbrüche vor*, in *Süddeutsche Zeitung*, 23/11/2020.

⁸ A. ULBRICHT, *Who can talk about abortion? Information, offence, freedom of speech, and the advertising ban in Germany*, in *Politics*, 0, 2021, p. 5.

⁹ C. WIEDEMANN, *op. cit.*

¹⁰ V. CHIOFALO, S. YAKAR, *op. cit.*

¹¹ Vd. § 24b SGB V. L'assicurazione sanitaria pubblica è comunque obbligata a coprire le spese nei casi di indigenza, come previsto dal Tribunale Costituzionale Federale in BVerfG, 28/5/1993 - 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/90, 2 BvF 5/92, in *BVerfGE* 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, par. 333.

¹² C. WIEDEMANN, *op. cit.*

¹³ Come auspicano C. WIEDEMANN, *op. cit.*; W. JANISCH, *Schwangerschaftsabbrüche: Gehört die Abtreibung noch ins Strafgesetzbuch?*, in *Süddeutsche Zeitung*, 9/7/2022); V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, in *Verfassungsblog*, 30/6/2022, <https://verfassungsblog.de/identitaetpolitik-als-emanzipatorisches-instrument-in-der-debatte-um-den-schwangerschaftsabbruch/> (ultima consultazione 30/11/2022); J. BERGMANN, *Paragraf 219a: Die Abschaffung des Werbeverbots für Abtreibungen ist nicht genug*, in *Süddeutsche Zeitung*, 24/6/2022.

2. Il compromesso sull'aborto

2.1. Il dovere di protezione del nascituro tra diritto penale e strumenti procedurali

L'attuale regolazione dell'interruzione volontaria di gravidanza è il risultato di un delicato compromesso, attuato dal legislatore secondo le coordinate dettate dal *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) nelle due sentenze sull'aborto del 1975¹⁴ e del 1993¹⁵.

Con la prima decisione, il Tribunale Costituzionale Federale si era pronunciato contro un tentativo di liberalizzazione della disciplina che avrebbe escluso la punibilità dell'aborto nelle prime 12 settimane di gravidanza¹⁶. La sentenza dichiarava che la vita del nascituro fosse da tutelare, sin dall'impianto, come interesse giuridico indipendente e prevalente su quello all'autodeterminazione della donna¹⁷. La Corte, infatti, riconosceva al nascituro i diritti alla vita e all'integrità fisica di cui all'art. 2.2 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*, GG)¹⁸, nonché quello alla dignità sancito dall'art. 1.1 GG.¹⁹ Si poneva, pertanto, in capo al legislatore il dovere di proteggere efficacemente la vita umana, anche mediante norme di diritto penale, ammettendo una possibile esenzione dalla pena solo in casi di grave pericolo per la vita e la salute della gestante, o ove la prosecuzione della gravidanza imponesse alla donna un onere assolutamente irragionevole²⁰.

Dopo la riunificazione della Germania, un ulteriore tentativo di riforma provocò il secondo intervento del BVerfG, nuovamente a sostegno di una maggiore protezione della vita embrionale²¹. La sentenza del 1993 ribadì fondamentalmente i principi espressi nella decisione precedente, stabilendo le modalità costituzionalmente obbligate con cui lo stato deve assolvere al dovere di tutelare vita e dignità del nascituro.

Con le due pronunce, il giudice costituzionale ha contribuito in maniera decisiva a delineare i confini del tuttora valido compromesso sull'aborto. Il concetto di protezione definito dal BVerfG si basa sul dovere statale di tutelare l'embrione anche nei confronti della madre²². Questo comporta, in primo luogo, l'imposizione alla gestante dell'obbligo fondamentale di portare a termine la gravidanza²³. So-

¹⁴ BVerfG, 25/2/1975 - 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, in *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*.

¹⁵ *BVerfGE* 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*. Per un approfondito commento alla decisione si veda tra tutti M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

¹⁶ D. COESTER-WALTJEN, *Anmerkung BVerfG, Urt. v. 25. 2. 1975 - 1 BvF 1 - 6/74*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 42, 2017, pp. 3068-3069.

¹⁷ Per una critica alle motivazioni e alla tesi principale della decisione vd. G. CZERMAK, *Siebzig Jahre Bundesverfassungsgericht in weltanschaulicher Schiefelage: Fälle, Strukturen, Korrekturmöglichkeiten*, Baden-Baden, 2021, pp. 42-ff.

¹⁸ *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, parr. 109-ff.

¹⁹ *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, parr. 140-ff.

²⁰ *BVerfGE* 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, parr. 135-ff.

²¹ *BVerfGE* 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*.

²² Sui pilastri del concetto di protezione formulato dal BVerfG vd. A. LEISNER-EGENSPERGER, *Tanz um das geborene Kind: Der Schutz des ungeborenen Lebens und das Selbstbestimmungsrecht der Frau*, in *Verfassungsblog*, 24/6/2022, <https://verfassungsblog.de/tanz-um-das-geborene-kind/> (ultima consultazione 30/11/2022); S. WALTHER, G. HERMES, *Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht - Das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG und seine Folgen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 37, 1993, 2337-2347.

²³ Vd. S. WALTHER, G. HERMES, *op.cit.*, 2338.

lo in circostanze eccezionali, che richiedano un irragionevole sacrificio da parte della donna, si ammette che questo obbligo non sia opponibile²⁴.

In secondo luogo, si stabilisce che lo Stato debba adottare misure sufficienti a garantire all'embrione una protezione efficace, mediante una combinazione di elementi preventivi e repressivi. Non è quindi possibile per il legislatore rinunciare liberamente all'uso del diritto penale senza incorrere nel pericolo di adottare misure inadeguate²⁵. Inoltre, il dovere di protezione si estende alla tutela contro influenze sociali o economiche che possano contrastare con la volontà della donna di continuare la gravidanza. In particolare, lo Stato ha il dovere di garantire proteggere la vita del nascituro dalla «coscienza generale»²⁶.

Infine, il BVerfG lascia aperta la possibilità di adottare un modello di non punibilità dell'aborto basato sulla consulenza alla gestante, il quale, nondimeno, deve mirare a persuadere la donna a continuare la gravidanza e renderla consapevole del diritto alla vita dell'embrione²⁷.

Il risultato è un concetto di protezione del nascituro basato, da una parte, sull'adozione di misure di diritto penale e, dall'altra, sulla previsione di strumenti procedurali quali la consulenza medica obbligatoria²⁸. Entrambi questi aspetti hanno la finalità non solo di dissuadere la gestante dalla decisione di abortire, ma anche di plasmare la coscienza sociale e creare un ambiente fondamentalmente avverso all'IVG. Solo la previsione di questi elementi di tutela della vita embrionale consente l'apertura verso l'eccezionale rinuncia alla sanzione penale e, così, la realizzazione di un delicato compromesso sull'aborto²⁹.

2.2. Il § 219a StGB come elemento essenziale del compromesso

Molti autori hanno sottolineato come il divieto di diffusione di pubblicità e informazioni sulle procedure abortive, imposto dal recentemente abrogato § 219a StGB, fosse da considerare una componente essenziale della tutela procedurale garantita al nascituro nel quadro del compromesso sull'IVG³⁰.

²⁴ BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 201-ff.

²⁵ BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 159-ff. Vd. A. LEISNER-EGENSPERGER, *op.cit.* e cf. C. STARCK, *Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG*, in *JuristenZeitung*, 17, 1993, 818.

²⁶ BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 179. Vd. S. WALTHER, G. HERMES, *op.cit.*, 2338; G. BERGHÄUSER, *Die Strafbarkeit des ärztlichen Anerbietens zum Schwangerschaftsabbruch im Internet nach § 219a StGB – eine Strafvorschrift im Kampf gegen die Normalität*, in *JuristenZeitung*, 10, 2018, 499; H. TRÖNDLE, *Das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 46, 1995, 3011-3012.

²⁷ BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*, parr. 221-ff. Vd. C. STARCK, *op.cit.*, 819.

²⁸ Sulla proceduralizzazione della tutela del nascituro vd. M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen: Eine verfassungsrechtliche Analyse*, in *JuristenZeitung*, 19, 2022, 936.

²⁹ T. SCHWEIGER; *Werbeverbot für Schwangerschaftsabbrüche – Das nächste rechtspolitische Pulverfass?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 4, 2018, 98. Cf. però S. WALTHER, G. HERMES, *op.cit.*, 2347.

³⁰ Di questa opinione, *inter alia*, D. BÄR, *Erst das Werbeverbot, dann die Abtreibung?*, in *FAZ Einspruch*, 22/6/2022; M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1, 2018, p. 13; L. WÖRNER, *Streichen statt Hände reichen! – Zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 17.1.2022 sowie zum Regierungsentwurf der Bundesregierung vom 9.3.2022 zur Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) –*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2, 2022, 122; P. RHEINFISCHER, H. VON SCHELIHA, *Alles verfassungswidrig? Wie das BVerfG beim Werbeverbot für Abtreibung zum Rosi-*

Il § 219a StGB, infatti, concorreva in vari modi al compimento dei doveri di protezione dello Stato indicati dal BVerfG. Da una parte, il divieto di diffondere informazioni o pubblicità sulle procedure abortive contribuiva al successo del concetto di consulenza medica obbligatoria così come concepito dal giudice costituzionale³¹. In questo senso, si è sostenuto che la possibilità per i medici di informare sulle IVG avrebbe messo in pericolo l'idea di una consulenza medica mirata a rendere la donna consapevole del diritto alla vita del feto e della gravità della scelta abortiva³². L'obbligo di consulenza si fondava, infatti, sul concetto dell'offerta di informazioni da parte di un organismo indipendente e privo di interessi commerciali, adatto a indirizzare la donna verso la scelta di continuare la gravidanza³³. Al contrario, la fornitura di informazioni da parte di soggetti economicamente interessanti a offrire procedure abortive avrebbe pregiudicato la formazione di una corretta consapevolezza sulle difficili implicazioni dell'IVG da parte della gestante³⁴. L'inserimento delle procedure abortive in una variegata lista di trattamenti offerti dai medici avrebbe, infatti, avvalorato una concezione dell'IVG come procedura medica di routine³⁵.

Più in generale, il divieto di pubblicità mirava a salvaguardare il "clima sociale", nella misura in cui contribuiva a orientare la coscienza sociale verso un giudizio di valore negativo sulle procedure abortive³⁶. La disposizione, assicurandosi che l'IVG non potesse rientrare in elenchi di servizi medici comunemente offerti, mirava a rendere i cittadini consapevoli della eccezionalità e problematicità etica

nen-picken einlädt, in *Verfassungsblog*, 16/3/2018, <https://verfassungsblog.de/alles-verfassungswidrig-wie-das-bundesverfassungsgericht-beim-werbeverbot-fuer-abtreibung-zum-rosinenpicken-einlaedt/> (ultima consultazione 30/11/2022); M. FROMMEL, *Das Verbot des »Anbietens« von Diensten für den Schwangerschaftsabbruch nach § 219 a Abs. 1 StGB – Bemerkungen zum Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag BT-Drucks 19/630 vom 2.2.2018*, in *Juristische Rundschau*, 5, 2018, 240; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen, Urt. v. 24. 11. 2017 – 507 Ds 501 Js 15031/15*, in *Medizinrecht*, 37, 2019, 80. Ritengono, invece, che l'importanza del § 219a StGB nel compromesso sull'aborto sia stata sopravvalutata H. LORENZ, E. TURHAN, *Die (vollständige) Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) – sachgerecht begründet und alternativlos?: Erste Gedanken zum Referentenentwurf des BMJ v. 17.1.2022 und dem Regierungsentwurf vom 9.3.2022 unter Berücksichtigung des Entschließungsantrags der Fraktion der CDU/CSU v. 15.3.2022*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2, 2022, p. 133; T. SCHWEIGER; *op.cit.*, 101 e M. RAHE, *Strafbare Werbung bei Hinweis auf legalen Schwangerschaftsabbruch?*, in *Juristische Rundschau*, 5, 2018, 234. *Contra* anche V. CHIOFALO, *Ein (begrenzter) Grund zur Freude? Der Referentenentwurf zur Streichung des § 219a StGB*, in *JuWissBlog*, 6, 2022, <https://www.juwiss.de/6-2022/> (ultima consultazione 30/11/2022), che sottolinea come il divieto di pubblicità non sia mai menzionato dal giudice costituzionale come strumento effettivo per tutela del feto.

³¹ L. WÖRNER, *Ein „Urteil als Ehrentitel im Kampf für ein besseres Gesetz“? Die populistische Debatte um die Strafbarkeit der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch gem. § 219a StGB*, in A. SINN, P. HAUCK, M. NAGEL, L. WÖRNER, *Populismus und alternative Fakten: (Straf-)Rechtswissenschaft in der Krise? Abschiedskolloquium für Walter Groppe*, Tübingen, 2020, 371.

³² M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, cit., 13; M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., p. 936; P. RHEIN-FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Alles verfassungswidrig?*, cit.

³³ L. WÖRNER, *Ein „Urteil als Ehrentitel im Kampf für ein besseres Gesetz“?*, cit., 371; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen, 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15: Werbung für den Schwangerschaftsabbruch*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 7, 2018, 417; M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, cit., 14.

³⁴ L. WÖRNER, *Streichen statt Hände reichen!*, cit., 126.

³⁵ M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 936-937.

³⁶ M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, cit., 13.

delle procedure abortive³⁷. La punibilità dell'offerta di informazioni offriva così una tutela dalla "normalizzazione" delle procedure abortive³⁸, proteggendo una sorta di interesse collettivo al mantenimento di una coscienza sociale ostile all'IVG³⁹. Questo interesse rientrava esplicitamente nel concetto di protezione ideato dal giudice costituzionale, che aveva sostenuto la necessità di tutelare la vita del feto anche tramite misure preventivamente volte a garantire una diffusa consapevolezza del nascituro come titolare di diritto alla vita e alla dignità e, di conseguenza, un clima sociale di avversione all'aborto⁴⁰.

3. La progressiva abolizione del divieto di diffondere pubblicità e informazioni sull'IVG

La disposizione del § 219a StGB negava, di fatto, ai medici la possibilità di segnalare sui loro siti web la disponibilità a eseguire procedure abortive. Un progressivo cambiamento nella percezione sociale di questo divieto è stato determinato dallo scalpore sollevato dal caso della ginecologa Kristina Hänel⁴¹, condannata nel 2017 dal tribunale distrettuale (*Amtsgericht*, AG) di Gießen a una sanzione pecuniaria di seimila euro⁴². La dottoressa aveva indicato sulla sua pagina web la propria disponibilità a eseguire IVG, dando inoltre la possibilità agli utenti di richiedere l'invio di un file contenente informazioni più dettagliate sulla procedura⁴³. Il tribunale considerava soddisfatte le condizioni di cui al § 219a StGB, nella misura in cui la ginecologa aveva effettivamente offerto i propri servizi abortivi pubblicamente e a scopo di lucro⁴⁴. Ai fini dell'applicazione della disposizione penale, i giudici ritenevano sufficiente che il vantaggio pecuniario fosse uno degli scopi dell'azione dell'imputata, considerando irrilevante il fatto che essa avesse agito primariamente con l'intenzione di informare le pazienti⁴⁵. Tra le informazioni offerte, infatti, risultava un chiarimento sull'assunzione dei costi da parte della paziente o dell'assicurazione sanitaria pubblica⁴⁶.

Il caso rivelava così la realtà giuridica del § 219a StGB che, seppur rubricato «pubblicità dell'interruzione di gravidanza», era di fatto applicabile non solo alla pubblicità commerciale

³⁷ R. MERKEL, *StGB § 219a*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2017, Rn. 2-3; A. HOLLO, *§ 219a StGB verstößt gegen die Meinungsfreiheit – Eine Erwiderung auf Matthias Friehe*, in *JuWissBlog*, 10, 2020, <https://www.juwiss.de/10-2020/> (ultima consultazione 30/11/2022); A. ULBRICHT, *op.cit.*, 10.

³⁸ M. RAHE, *op. cit.*, 235; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 417.

G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 499; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 80.

³⁹ T. SCHWEIGER; *op. cit.*, 98-99.

⁴⁰ Come nota, *inter alia*, G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 499.

⁴¹ Vd. A. ULBRICHT, *op. cit.*, 1; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, *cit.*; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 416.

⁴² AG Gießen, Urteil vom 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15.

⁴³ AG Gießen, Urteil vom 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15. Vd. P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*; M. KUBICIEL, *Reform des Schwangerschaftsabbruchsrechts?*, *cit.*, 13 e G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 497.

⁴⁴ AG Gießen, Urteil vom 24.11.2017 - 507 Ds 501 Js 15031/15.

⁴⁵ P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, *cit.*, 79; G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 498.

⁴⁶ G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 498.

dell'aborto ma anche alla semplice diffusione di informazioni imparziali, utili alle gestanti per compiere una scelta informata⁴⁷.

L'attenzione politica e mediatica richiamata dal caso è culminata in un'onda di indignazione e crescente opposizione al § 219a StGB⁴⁸. Né la società civile né la dottrina giuridica sembravano poter più accettare che, in uno stato liberale e eticamente neutrale, la mera fornitura di informazioni alle pazienti potesse costituire reato, soprattutto alla luce dei numerosi ostacoli giuridici e socio-economici altrimenti affrontati dalle gestanti nel difficile percorso verso l'accesso all'IVG. Inoltre, si diffondeva l'opinione che l'utilizzo di questo strumento per tutela del diritto alla vita del feto influisse sproporzionatamente sul diritto delle pazienti all'informazione e alla scelta del medico (derivanti rispettivamente dagli artt. 5.1 frase 1 GG e 2.2 GG)⁴⁹ e quello dei medici all'esercizio della propria professione e all'opinione (artt. 12 GG e 5.1 frase 1 GG)⁵⁰.

In questo senso, numerose richieste di riforma sono state avanzate all'indomani della sentenza di Gießen⁵¹. In particolare, si chiedeva al legislatore di considerare la possibilità di permettere ai medici perlomeno l'offerta di materiale meramente informativo sulle procedure abortive, lasciando eventualmente intatto solo il divieto di fare pubblicità a scopo commerciale e in maniera apertamente offensiva⁵².

Il legislatore ha risposto a queste istanze, inizialmente, con una riforma del 2019. Questa escludeva, mediante l'aggiunta di un quarto comma, l'applicabilità del reato ai medici che si fossero limitati a informare pubblicamente della propria disponibilità a eseguire IVG alle condizioni di cui al §218a StGB⁵³. Nondimeno, l'effettività di questa riforma è stata irrimediabilmente compromessa dall'interpretazione restrittiva del nuovo comma nell'applicazione concreta della giurisprudenza ordinaria. Nonostante la lettera della disposizione permettesse ai medici di dichiarare che svolgevano IVG, una indicazione più precisa sui metodi offerti e sui rischi associati alla procedura rimaneva, infatti, esclusa⁵⁴. Nel periodo immediatamente successivo all'introduzione del nuovo comma, il tribunale

⁴⁷ G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 498-501; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, cit.

⁴⁸ A. ULBRICHT, *op. cit.*, 1; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 416; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, cit.

⁴⁹ J.J. VASEL, *Liberalisierung und Deliberalisierung – Zeitenwenden im Abtreibungsrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, 2022, 2381; P. RHEIN-FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Alles verfassungswidrig?*, cit.; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 79-80; A. HOLLO, *op. cit. Contra*, però, M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 937.

⁵⁰ J. J. VASEL, *op. cit.*, 2381; P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 79-80. Anche qui, *contra*, M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 937.

⁵¹ L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 418; G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 504.

⁵² Vd. *inter alia* U. LEMBKE, L. STEINL, U. SPANGENBERG, M. ECKERTZ-HÖFER, *Hintergrundpapier zur Zulässigkeit von Information und Werbung bei öffentlichen Hinweisen durch Ärzte und Ärztinnen auf die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen und bestehende Reformoptionen*, in *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes*, 1, 2018; G. BERGHÄUSER, *op. cit.*, 504; L. WÖRNER, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 418.

⁵³ V. CHIOFALO, *Ein (begrenzter) Grund zur Freude?*, cit.; M. SEITERS, *Das strafrechtliche Schuldprinzip im Spannungsfeld zwischen philosophischem, theologischem und juridischem Verständnis von Schuld*, Berlin, 2020, 273; L. WÖRNER, *Streichen statt Hände reichen!*, cit., 125.

⁵⁴ Vd. considerazioni di A. ULBRICHT, *op. cit.*, 7; V. CHIOFALO, *Ein (begrenzter) Grund zur Freude?*, cit.; M. SEITERS, *op. cit.*, 273.

regionale di Gießen (*Landgericht*, LG) ha confermato in appello la condanna di Kristina Hänel⁵⁵, mentre il tribunale distrettuale (*Amtsgericht*) berlinese di Tiergarten ha emesso una ulteriore sentenza contro due ginecologhe accusate di aver violato il § 219a StGB⁵⁶. Queste ultime non si erano limitate a indicare la disponibilità di procedure abortive nei loro studi ma avevano aggiunto che queste si sarebbero svolte «in ambiente protetto» e senza il supporto di farmaci o anestesia⁵⁷. Un simile ragionamento era stato applicato dal LG Gießen, che aveva sottolineato come l'imputata non si fosse limitata a offrire informazioni relative all'*an* delle sue prestazioni abortive, ma avesse anche indicato il *quomodo*⁵⁸. In ultimo, nel maggio 2021, il tribunale distrettuale di Coesfeld ha condannato un ginecologo a una sanzione di tremila euro per la violazione del § 219a StGB⁵⁹.

Queste sentenze, confermando la rilevanza penale del comportamento di medici limitatisi a informare sui loro siti internet della loro disponibilità a intraprendere aborti e delle procedure da loro utilizzate, confermano come la riforma del 2019 si sia dimostrata largamente incapace di rispondere alle preoccupazioni della dottrina giuridica e della società civile⁶⁰. La questione è stata inevitabilmente posta all'attenzione del *Bundesverfassungsgericht*, al quale i medici condannati dalla giurisprudenza ordinaria si sono rivolti presentando ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*)⁶¹.

L'opportunità per il Tribunale Costituzionale Federale di pronunciarsi sulla costituzionalità della misura è, tuttavia, venuta a mancare a seguito della più recente riforma, con la quale il legislatore ha previsto non solo la completa abrogazione del § 219a StGB, ma anche la revoca di tutte le sentenze di condanna emesse sulla sua base e l'interruzione di eventuali ulteriori processi in corso⁶².

La legge di abrogazione del divieto di fornire informazioni sulle procedure abortive è stata approvata da una ampia maggioranza del *Bundestag* il 24 giugno 2022, sulla base di una bozza governativa⁶³ che prevedeva di sostituire la fattispecie di cui al § 219a StGB con un emendamento alla legge sulla pubblicità di farmaci, dispositivi medici e prodotti terapeutici (*Heilmittelwerbegesetz* - HWG). Questa ultima misura contrasta il pericolo che dell'IVG venga fatta pubblicità ingannevole (punita ai sensi dei §§ 3 e 14 dell'HWG)⁶⁴.

⁵⁵ LG Gießen, Urteil vom 12.12.2019 - 4 Ns 406 Js 15031/15.

⁵⁶ AG Berlin-Tiergarten, 14.06.2019 - 253 Ds 143/18.

⁵⁷ AG Berlin-Tiergarten, 14.06.2019 - 253 Ds 143/18. Vd. M. SEITERS, *op. cit.*, 273.

⁵⁸ LG Gießen, Urteil vom 12.12.2019 - 4 Ns 406 Js 15031/15, par. 92.

⁵⁹ AG Coesfeld, Urteil vom 20.05.2021 - 3a Ds-30 Js 580/20-249/20.

⁶⁰ Vd. *inter alia*, K. HELING-PLAHR, *Die Abschaffung von § 219a StGB war richtig*, in *FAZ Einspruch*, 30/6/2022 e A. ULBRICHT, *op. cit.*, 7.

⁶¹ BVerfG - 2 BvR 390/21 e 2 BvR 290/20.

⁶² Art. 4, Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB) vom 11 Juli 2022, BGBl I Nr. 25 (18/7/2022). Vd. H. LORENZ, E. TURHAN, *op. cit.*, 138-139.

⁶³ DEUTSCHER BUNDESTAG, *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Aufhebung des Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB), zur Änderung des Heilmittelwerbegesetzes und zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch*, BT-Drucks. 20/1635, 02/5/2022, disponibile al link <https://dserver.bundestag.de/btd/20/016/2001635.pdf> (ultima consultazione 30/11/2022).

⁶⁴ Vd. H. LORENZ, E. TURHAN, *op. cit.*, 137-138; M. KUBICIEL, *Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen*, cit., 934; K. HELING-PLAHR, *op. cit.*

4. Il necessario ripensamento del compromesso sull'aborto alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato

L'abrogazione del § 219a StGB fornisce l'occasione per riflettere sulla necessità di rivalutare la legittimità del compromesso sull'aborto, così come delineato dal *Bundesverfassungsgericht*, alla luce del principio costituzionale della neutralità dello stato.

Nel diritto costituzionale tedesco, il requisito della neutralità etico-religiosa dello stato risulta dal combinato disposto degli articoli 4.1 (libertà di fede e coscienza), 3.3 (diritto all'uguaglianza), 33.3 (eguale godimento dei diritti civili) GG, nonché degli articoli 136.1 (godimento dei diritti civili e politici indipendentemente dall'appartenenza religiosa), 136.4 (diritto a non essere obbligati a compiere atti religiosi) e 137.1 (divieto di una chiesa di Stato) della Costituzione di Weimar. Questa interpretazione è confermata da diverse sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, che hanno stabilito come la neutralità etico-religiosa sia da considerarsi un obbligo vincolante per lo Stato costituzionale⁶⁵. Anche la dottrina riconosce l'obbligo di neutralità dello stato come uno dei pilastri dell'ordinamento costituzionale tedesco⁶⁶. Per svolgere la sua funzione e garantire la coesistenza di diverse convinzioni etiche, infatti, lo Stato deve necessariamente astenersi dallo schierarsi a favore di una sola definizione del bene morale⁶⁷. Parte maggioritaria della dottrina costruisce questo obbligo nel senso di una neutralità «di giustificazione», secondo la quale, per essere legittime in una società pluralista, le decisioni politiche devono essere giustificabili su assunti condivisibili senza dover sottoscrivere alcuna particolare concezione del bene morale⁶⁸. In base a questo presupposto, l'ordinamento giuridico è legittimo solo se le decisioni su questioni fondamentali sono prese in linea con principi che «tutti i cittadini ragionevoli, liberi ed eguali, sono tenuti ad approvare»⁶⁹.

Un ostacolo a una chiara interpretazione del requisito di neutralità è la costante evoluzione delle convinzioni etiche della società. Difatti, le ragioni che possono essere riconosciute come accettabili dalla maggioranza dei membri della società evolvono nel tempo. Di conseguenza, la portata del principio di neutralità si evolve parallelamente ai cambiamenti nelle convinzioni etiche condivise dai membri della società⁷⁰.

A questo proposito è interessante notare come, nella prima sentenza sull'aborto, il Tribunale Costituzionale Federale abbia dichiarato l'obbligo statale di protezione dell'embrione sin dall'impianto come conforme al principio di neutralità religiosa. La decisione affermava, infatti, che il diritto alla vita del

⁶⁵ Questa ricostruzione del principio di neutralità è stata inizialmente rilevante soprattutto nelle decisioni riguardanti le relazioni tra Stato e Chiesa, vd. l'elenco in S. HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen, 2017, 13, n. 31.

⁶⁶ Vd. tra tutti S. HUSTER, *op. cit.*; B. FATEH-MOGHADAM, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts*, Tübingen, 2019, 122; E. BORNEMANN, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates*, Tübingen, 2020; H. DREIER, *Staat ohne Gott*, München, 2018; nonché i dibattiti in *Dritter Beratungsgegenstand. Neutralität als Verfassungsgebot?*, in C. WALTER (a cura di), *Machtverschiebungen. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 2022, 251-382.

⁶⁷ S. HUSTER, *op. cit.*, 12.

⁶⁸ Concezione ampiamente teorizzata da S. HUSTER, *op. cit.* e sostenuta, *inter alia*, da B. FATEH-MOGHADAM, *op. cit.* e H. DREIER, *op. cit.*

⁶⁹ Come formulato da J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 2005, 393.

⁷⁰ Vd. S. HUSTER, *op. cit.*, 569-570.

feto derivasse direttamente dal diritto alla dignità e dovesse quindi essere protetto dall'ordinamento giuridico indipendentemente dall'adesione a principi etici o religiosi⁷¹. Tuttavia, è discutibile che questa affermazione sia tuttora da intendere come neutrale nel senso sopra indicato. Sembra, infatti, che questo assunto possa, attualmente, essere considerato accettabile solo da chi aderisca a particolari principi etico-religiosi⁷².

Un simile ragionamento può essere esteso all'intero compromesso sull'aborto. La disciplina che prevede la rilevanza penale dell'IVG, escludendone la punibilità in alcuni casi eccezionali, poteva, in passato, essere considerata accettabile e ragionevole dalla vasta maggioranza dei membri società e, quindi, conforme al principio di neutralità. Tuttavia, il crescente dissenso per uno dei pilastri del compromesso – il divieto di fornire informazioni sull'aborto – culminato con l'abrogazione del § 219a StGB, sembra suggerire un mutamento radicale nelle convinzioni etico-religiose della società tedesca. Lo stesso AG Gießen, nel giudicare il caso di Kristina Hänel, aveva sottolineato la necessità per il legislatore di considerare i cambiamenti nelle concezioni etiche della società al fine di ripensare la disciplina delle informazioni sull'IVG⁷³.

In questo senso, il rifiuto di uno degli aspetti fondamentali del compromesso sull'aborto mette in discussione la neutralità etico-religiosa, e quindi la legittimità costituzionale, dell'intera disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza⁷⁴.

5. Conclusioni

Sia la Germania che gli Stati Uniti hanno assistito, nel giugno 2022, a un sostanziale cambiamento di prospettiva – in direzioni opposte – nella valutazione giuridica e costituzionale dell'IVG⁷⁵.

Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, oggetto di questo contributo, l'abolizione del divieto di fornire informazioni sulle procedure abortive ha liberato i medici e le donne dal senso di stigmatizzazione sociale e facilitato l'accesso all'IVG⁷⁶. Ancora più notevole è, tuttavia, il fatto che l'abrogazione del § 219a StGB potrebbe potenzialmente avere ripercussioni sull'intera disciplina tedesca dell'IVG. L'abolizione del divieto di fornire informazioni sulle procedure abortive sembra, infatti, costituire solo un primo passo verso un inevitabile radicale ripensamento del compromesso sull'aborto.

Alla luce dei recenti sviluppi, non solo la volontà politica – inequivocabilmente espressa nell'accordo di coalizione del nuovo governo – ma anche il rispetto del principio costituzionale di neutralità dello stato richiedono al legislatore di ripensare la intera disciplina dell'IVG e collocarla finalmente al di fuori dei confini del diritto penale⁷⁷.

⁷¹ BVerfGE 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, par. 152. Vd. B. FATEH-MOGHADAM, *Bioethische Diskurse zwischen Recht, Ethik und Religion. Juristische Perspektiven – Zum Einfluss der Religion in bioethischen Beratungsgremien*, in F. VOIGT, *Religion in bioethischen Diskursen: Interdisziplinäre, internationale und interreligiöse Perspektiven*, Berlin, 2010, 45; G. CZERMAK, *op. cit.*, 68-71.

⁷² A. ULBRICHT, *op. cit.*, 4.

⁷³ P. FISCHER, H. VON SCHELIHA, *Anmerkung zu AG Gießen*, cit., 80.

⁷⁴ A. ULBRICHT, *op. cit.*, 2; V. CHIOFALO, *Identitätspolitik als emanzipatorisches Instrument in der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch*, cit.

⁷⁵ Vd. su questo punto le riflessioni di J. J. VASEL, *op. cit.*, 2378-ff.

⁷⁶ H. LORENZ, E. TURHAN, *op. cit.*, 139.

⁷⁷ Vd. J. J. VASEL, *op. cit.*, 2382.

La disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza nella Repubblica di San Marino

Licia Califano*

ABORTION IN THE REPUBLIC OF SAN MARINO

ABSTRACT: This work analyses the regulation of abortion in the San Marino legal system after the 2022 referendum. The first paragraph focuses on the right to abortion and how it is connected to the woman's right to self-determination versus the right to life recognised by the foetus; for this reason, a balance between these two opposing rights is required. Secondly, this paper analyses both the ruling on the referendum request by the San Marino Constitutional Court and the legislation after the referendum.

KEYWORDS: Abortion; woman's right; conscientious objection; referendum; San Marino legal system

ABSTRACT: Il presente lavoro si pone l'obiettivo di sottoporre a disamina la regolamentazione dell'aborto nell'ordinamento Sammarinese, a seguito del referendum del 2022. Nella prima parte, il lavoro si concentra sul diritto all'aborto e su come esso sia collegato al diritto all'autodeterminazione della donna rispetto al diritto alla vita riconosciuto al feto. A tal ragione, si rende necessario un bilanciamento tra questi due diritti contrapposti. Nella seconda parte, invece, il contributo analizza sia la sentenza sulla richiesta di referendum da parte della Corte Costituzionale di San Marino, sia la legislazione successiva al referendum.

PAROLE CHIAVE: Aborto; diritti delle donne; obiezione di coscienza; referendum; San Marino

SOMMARIO: 1. Riflessioni introduttive su aborto, autodeterminazione e salute della donna – 2. La sentenza di ammissibilità del referendum della Corte costituzionale sammarinese – 3. Le scelte operate dal legislatore con la legge n. 127/2022 "Regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza".

1. Riflessioni introduttive su aborto, autodeterminazione e salute della donna

Nella Repubblica di San Marino si giunge alla depenalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza solo di recente con la legge 7 settembre 2022, n. 127. Un testo legislativo espressione di un percorso di adeguamento dell'ordinamento sam-

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo. Mail: licia.califano@uniurb.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

marinese alla tutela di diritti riconosciuti e praticati in altri Paesi occidentali che ha seguito, significativamente, la strada referendaria già utilmente percorsa per l'acquisizione della cittadinanza anche nel caso in cui fosse sanmarinese la madre e non il padre.

Un passaggio importante e non così scontato in uno Stato che, pur vantando una tradizione fatta di secoli di indipendenza e rispetto delle libertà, presenta una conformazione sociale in cui la convivenza fra vocazione laica e matrice patriarcale ha finito per condizionare troppo a lungo proprio le politiche di emancipazione delle donne.

In proposito, a conferma di quanto osservato, è sufficiente ricordare che al riconoscimento del diritto di elettorato attivo per le donne si arriva, con grande ritardo, solo nel 1958 (peraltro con decorrenza 1° gennaio 1960 ed una sua espressione concreta nelle elezioni politiche del 1964), mentre per il diritto di elettorato passivo si dovrà attendere fino al 1973.

Un dibattito, quello sull'interruzione volontaria della gravidanza, che anche in San Marino è stato caratterizzato dai toni spesso aspri (che ha visto la mobilitazione vivace e positiva dell'Unione donne sammarinesi), perché da sempre la donna e il suo diritto di scelta, la gravidanza e la sua eventuale interruzione anticipata, la natura degli embrioni/feti sono terreno di scontro tra visioni diametralmente opposte: se da un lato quelle laiche si contrappongono a quelle confessionali, dall'altro le istanze libertarie si confrontano con concezioni particolarmente restrittive.

Sempre, insomma, quando si affrontano tematiche che coinvolgono i caratteri definitivi ed i limiti temporali, iniziali e finali della vita umana, così come, in stretta connessione logica, la liceità morale dell'intervento dell'uomo sulla propria o altrui esistenza, si intrecciano gran parte dei precetti religiosi o giuridici, ovvero delle ricostruzioni filosofiche che caratterizzano ciascuna civiltà.

Ciò nondimeno, dinanzi alla molteplicità delle prospettive etiche e delle dimensioni religiose, si impone la necessità di una risposta, per così dire, fondativa di un'etica laica: l'unica prospettiva capace di costruire il consenso sociale quale tratto indispensabile dell'assetto pluralistico entro cui le considerazioni qui svolte devono evidentemente collocarsi.

Non a caso, peraltro, anche nell'ordinamento di San Marino l'aspirazione a tutelare la molteplicità delle istanze esistenti se, per un verso, avrebbe reso intollerabile la prevalenza di una particolare concezione, per l'altro ha orientato il legislatore, nel complesso bilanciamento tra diritti coinvolti (quello della madre di essere libera di disporre del proprio corpo e quello del feto a diventare persona), verso la soluzione pragmatica, individuata da molti ordinamenti, di dividere il periodo gestazionale in trimestri, legittimando la scelta interrottiva entro il primo trimestre e solo in gravi ed eccezionali circostanze in una fase più avanzata della gravidanza.

A livello comparato, come noto, nonostante le scelte legislative dei singoli ordinamenti siano spesso profondamente diverse¹, espressione della complessità di ciascun percorso storico-sociale, è comunque possibile ricondurle a tre principali modelli. A fronte dei due modelli estremi, il primo che vieta l'aborto a livello penale, equiparandolo alla fattispecie delittuosa dell'omicidio e il secondo che affida la scelta di interrompere la gravidanza alla totale discrezionalità della donna, equiparando l'aborto a un atto di disposizione del proprio corpo, il terzo è il frutto di una mediazione tra i primi due modelli, nella direzione del bilanciamento tra diritto alla vita del nascituro e libera scelta della

¹ A. BARAGGIA, *Il complesso bilanciamento nelle leggi sull'aborto*, in *Notizie di Politeia*, 133, 2019, 7 ss.



donna². Scelta, per altro verso, legata a un percorso di consulenza e supporto che affida al settore pubblico l'erogazione, tendenzialmente gratuita, dei servizi sanitari sottesi all'intervento abortivo.

In un ordinamento ancora caratterizzato dall'illiceità dell'aborto come quello sanmarinese, in cui alla concezione della donna quale soggetto autore di un reato si coniuga la prevalenza del valore costituzionale del diritto alla vita del nascituro rispetto ai diritti della donna, il quesito referendario, che ha visto prevalere con il 77,30% di sì e il 22,70% di no la proposta di disciplinare l'aborto, era il seguente: «volete che sia consentito alla donna di interrompere volontariamente la gravidanza entro la dodicesima settimana di gestazione, o anche successivamente se vi sia pericolo per la vita della donna o se vi siano anomalie e malformazioni del feto che comportino grave rischio per la salute fisica o psicologica della donna?».

Due, con tutta evidenza, i principi inseriti: l'autodeterminazione della donna e l'aborto terapeutico. Per altro verso, se la libertà di scelta della donna risulta condizionata, come già osservato, dalla previsione legislativa che configura l'intervento di interruzione della gravidanza quale prestazione sanitaria affidata al servizio sanitario nazionale, garantendone così la fruibilità in condizioni di eguaglianza a tutte le donne, nella realtà di San Marino andava anche contestualmente chiarita la possibilità di superare i confini della Repubblica, riconoscendo alle donne il diritto ad effettuare l'intervento in cliniche pubbliche e private anche al di fuori del territorio sammarinese.

In questa direzione, analogamente a quanto previsto nell'ordinamento italiano dalla legge n. 194/1978, il legislatore sammarinese ha affermato che «in nessun caso il ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza è considerato uno strumento di limitazione e controllo delle nascite», ha stabilito che «l'assistenza sanitaria, dalla presa in carico a tutte le fasi connesse all'interruzione di gravidanza, e le relative spese sono in capo all'Istituto per la Sicurezza Sociale che, a tal fine, emana specifiche linee di indirizzo e protocolli in base alle indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e adegua gli appositi capitoli di spesa» (art.1).

Tanto premesso, lo stesso art.1 al secondo comma autorizza la stipula, da parte dell'Istituto per la sicurezza sociale, di apposite convenzioni con strutture ospedaliere sanitarie, pubbliche e private accreditate, interne ed esterne alla Repubblica di San Marino.

² Si v. *ex multis* L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008; M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016; B. LIBERALI, *Problemathe costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; M.P. IADICICCO, *La lunga marcia e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus "di genere"*, Napoli, 2022. Per un commento recente si v. i numerosi contributi pubblicati nella sezione *L'interruzione volontaria della gravidanza: una prospettiva comparata* in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 2, 2022. Estendendo lo sguardo a livello comparato, è possibile osservare come negli ultimi anni si siano registrate talune "regressioni". A titolo meramente esemplificativo, è possibile qui richiamare brevemente quanto accaduto negli Stati Uniti e in Polonia. Se nel primo ordinamento, dopo il celebre caso *Roe v. Wade* del 1973, si è di recente fatto un passo indietro con il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* che ha portato all'approvazione di legislazione antiabortista da parte di molti stati membri, anche in Polonia il Tribunale costituzionale ha imposto un divieto pressoché assoluto dell'aborto. Per un approfondimento sul caso americano si v. A. DI MARTINO, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2, 2022, mentre sul caso polacco si v. J. SAWICKI, *Si rinnova la conflittualità con l'Unione europea, mentre si riapre il mai chiuso scontro sull'aborto*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3, 2022.

La possibilità di convenzionamento con un ampio ventaglio di strutture risulta evidentemente fondamentale, in un territorio piccolo che possiede un unico Ospedale di Stato, per garantire alla donna di poter scegliere dove farsi assistere e praticare l'intervento garantendone, al contempo, la tutela della privacy.

Significativo il profilo del rafforzamento della tutela della riservatezza nei confronti della donna che intenda chiedere ed eseguire l'IVG, cui il legislatore sammarinese ha prestato attenzione con riferimento tanto al consenso informato, quanto alle procedure relative alla registrazione dei dati sul fascicolo sanitario elettronico che non devono rivelare la natura della prestazione eseguita se non ai sanitari interessati (art.14).

Vi è però un ulteriore aspetto che merita una riflessione preliminare.

A ben vedere tanto nel dibattito pubblico, che ha accompagnato la scelta del corpo elettorale nel referendum propositivo, quanto nei titoli di stampa che hanno seguito l'elaborazione del testo normativo, l'attenzione maggiore si è concentrata, in estrema ma efficace sintesi, nel sottolineare il definitivo superamento della configurazione dell'aborto quale reato.

In realtà non è così singolare che sia proprio il diritto penale il principale oggetto di riflessione del rapporto conflittuale fra donne e diritto, a dimostrazione che la criminalizzazione dei comportamenti delle donne, che oggi per lo più avviene dal punto di vista culturale, soprattutto in passato ha trovato voce nel potere legislativo.

E contro le criminalizzazioni contenute nel Codice penale le donne, ma più correttamente la società civile nel suo insieme, hanno mosso in San Marino per ottenere, in primo luogo, la depenalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza. In particolare, prima della riforma l'art. 153 c.p. puniva l'aborto *tout court*, a fronte dell'attuale riformulazione che, nella logica dell'accoglimento del quesito referendario e della conseguente regolamentazione dei casi in cui è possibile ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, persegue penalmente i casi in cui l'interruzione di gravidanza venga praticata al di fuori di quanto previsto dalla normativa (art. 16 l. n. 127).

Definitivamente abrogato il successivo art.154 c.p. che conteneva la previsione di una fattispecie autonoma di reato, con pene più lievi, nel caso di aborto «per motivi d'onore» espressione di una tradizione sociale che distingueva tra nascituro legittimo e naturale o illegittimo, in aperto e insanabile contrasto con l'attuale sistema giuridico sammarinese.

Importante allora ricostruire, sia pure in estrema sintesi, i passaggi centrali vissuti nell'ordinamento italiano e considerarne la perdurante validità e la conseguente utile esportazione del ragionamento giuridico sotteso in San Marino.

Il Codice Rocco considerava l'aborto un delitto contro l'integrità della stirpe e la violenza sessuale un reato contro la moralità pubblica e il buon costume.

Mentre la violenza sessuale è divenuto reato contro la persona solo a seguito della legge n. 66 del 1996, l'aborto fu in parte depenalizzato con una sentenza della Corte costituzionale del 1975; seguirà poi la legge n.194 del 1978 che, come noto, ha definitivamente espunto dal diritto penale l'interruzione volontaria di gravidanza.

Ma è il percorso di analisi giuridica che va ripreso e ben compreso nella sua portata interpretativa. Affermava infatti il Giudice delle leggi (la sentenza è la n.27 del 1975) che la «prevalenza totale ed assoluta» della tutela del concepito presupposta dal reato di aborto è illegittima perché «non esiste

equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione come persona ancora da diventare».

Alla prima parziale depenalizzazione dell'aborto si giunge, dunque, seguendo la strada del bilanciamento tra situazioni poste in contrapposizione.

Tra i diritti della gestante e il diritto alla vita del concepito occorre, giuridicamente, operare una separazione fra la donna e l'embrione, contrapponendone i reciproci diritti.

Da questa «scissione giuridica», fisicamente impossibile, sorgono due differenti e separati beni, entrambi compresi nella tutela costituzionale della «protezione della maternità»³.

La tutela della madre e del concepito, d'altra parte, trovano separato e ulteriore fondamento in distinte norme costituzionali: se l'autonoma tutela del concepito sarebbe riconducibile all'articolo 2 della Costituzione che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, la donna (se pur trova anch'essa tutela in una lettura aperta dell'art.2 Cost.) può specificamente rivendicare il proprio diritto alla salute psico-fisica (articolo 32 Cost.).

Ed è proprio questo bilanciamento fra situazioni giuridiche protette, che ha come presupposto il ragionamento giuridico che supera il rapporto simbiotico fra donna ed embrione, che consente la costruzione dell'impianto di una legislazione sulla interruzione volontaria della gravidanza⁴.

Il passaggio successivo sta nella previsione dei tempi, limiti e procedure secondo cui le donne possono ricorrere alla IVG. Limitazione di per sé insita in ogni norma giuridica, ma certamente più complessa e insidiosa dove si intreccia sul margine di autodeterminazione della donna in una scelta così intima, difficile e dolorosa.

Sarà obbligo del legislatore predisporre le misure e le cautele necessarie a radicare la liceità dell'aborto ad una previa attenta valutazione della sussistenza delle condizioni che la giustificano: la gravità e la realtà del danno e del pericolo che potrà derivare alla donna dal proseguire nella gestazione, a fronte della tutela della vita umana fin dal suo inizio.

Una scelta del legislatore che consente di affidare, nei limiti anzidetti, la responsabilità della scelta alla sfera etica individuale dei soggetti coinvolti.

In tal senso, e all'opposto della logica sottesa al divieto, il riconoscimento di detta facoltà si configura come l'unica reale possibilità di applicazione corretta dei principi dell'autodeterminazione individuale che fondano la democrazia pluralista, particolarmente rilevanti in un ambito che, come quello della procreazione, attiene alla sfera intima della psicologia e della vita di ognuno.

Rileva ancora sottolineare come, dopo il 1978 la giurisprudenza è costante nel considerare le previsioni della legge 194 «a contenuto costituzionalmente vincolato» nel senso che la loro eliminazione determinerebbe la soppressione di un livello minimo di tutela necessaria per situazioni che esigerebbero tale tutela secondo Costituzione⁵.

³ L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006.

⁴ Si v. i già citati M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, 2008. M. D'AMICO, B. LIBERALI, *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017.

⁵ Si v. 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), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, Napoli, 2009. Si v. altresì A. D'ALOIA,

2. La sentenza di ammissibilità del referendum della Corte costituzionale sammarinese

È il Collegio Garante della costituzionalità delle norme che, con sentenza n.3/2021 ha dichiarato l'ammissibilità della richiesta referendaria valutandone, anzitutto, la conformità ai requisiti stabiliti dall'art.5 della legge qualificata n.1/2013 e, in secondo luogo, in relazione al possibile contrasto fra l'introduzione di norme effetto dei principi e criteri promossi dal quesito referendario ed i principi generali dell'ordinamento sammarinese contenuti nella Dichiarazione dei Diritti.

In tale prospettiva, premessa del ragionamento del Giudice delle leggi è il richiamo all'invulnerabilità dei diritti della persona umana contenuto nell'art.5 della Dichiarazione da collocare, correttamente, nel più ampio alveo dell'art.1 della Dichiarazione stessa, per cui «i diritti fondamentali della persona sono da interpretare uniformandosi alle norme contenute nelle dichiarazioni internazionali in tema di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Affermazione che trova adeguata comprensione se letta e interpretata ricordando che già in precedenza, con sentenza n.5/2006, il Collegio aveva sottolineato che l'ordinamento costituzionale della Repubblica di San Marino con una disposizione assai avanzata nel panorama europeo, ma di grande civiltà giuridica, riconosce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali una posizione particolare nel sistema delle fonti, in grado di integrare la stessa Dichiarazione dei Diritti, al pari delle norme internazionali generalmente riconosciute cui pure fa riferimento il primo comma dell'art.1 della Dichiarazione.

Una collocazione delle norme della CEDU a rango costituzionale che produce un effetto di integrazione reciproca, nel senso che le norme dell'una e dell'altra – Dichiarazione e Convenzione – danno vita ad un corpo normativo unitario che si richiama ai principi propri del costituzionalismo liberaldemocratico, cui l'ordinamento sammarinese intende ispirarsi.

Ne consegue che i diritti e le libertà enunciate nella CEDU, in forza del rango costituzionale che rivestono, prevalgono sulle norme interne nell'ipotesi di contrasto.

Tanto premesso il Collegio Garante ricorda, nella sentenza n.3/2021, che la maggioranza politica ha sempre osteggiato una disciplina normativa dell'interruzione volontaria di gravidanza ispirata alla sua depenalizzazione osservando, in particolare, quanto sia rilevante la circostanza che nel corso del 2016 siano state presentate ed accolte tre istanze di Arengo vertenti sulla depenalizzazione dell'aborto in caso di rischio per la salute della donna, stupro o gravi malformazioni del feto; quanto sia ormai improcrastinabile, a fronte del silenzio del Legislatore, la necessità di depenalizzare fattispecie criminose che trovano la loro origine in periodi storici lontani e disciplinare il ricorso all'aborto; quanto, infine, la maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa abbia legalizzato l'aborto, con scelte normative più o meno permissive e con un conseguente scarso livello di omoge-

Biotecnologie e valori costituzionali, Il contributo della giustizia costituzionale, Torino, 2005, ove è commentata la sentenza n.35 del 1997 della Corte costituzionale che ha stabilito espressamente che nella legge sull'IVG sono presenti disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato, ossia quelle che attengono alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre e, perciò, non sottoponibili a referendum abrogativo. Sul tema, la Corte costituzionale italiana non ha mancato naturalmente di intervenire dopo il 1975/1978. Si v. a tal proposito le sentt. nn. 26 del 1981, 35 del 1997 e le ordd. nn. 389 del 1988, 76 del 1996, 514 del 2002, 126 e 196 del 2012.

neità, ma che, in ogni caso, evidenziano un ampio consenso in merito alla necessità di una regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza.

Importante, infine, sottolineare come la Corte consideri l'analogia fra il quesito referendario e il modello italiano con riferimento al periodo entro cui poter ricorrere all'IVG, esteso laddove la gravidanza comporti un grave pericolo per la donna; in secondo luogo la convergenza, in molti Stati europei, del termine delle dodici settimane quale margine di apprezzamento nel bilanciamento fra "il diritto alla protezione della vita privata della donna nella concezione ampia della stessa, tale da ricomprendere l'autonomia e lo sviluppo personali, il diritto alla salute della donna e al suo benessere, e dall'altra il diritto alla vita del feto. Essendovi un ampio consenso a livello europeo, il margine di apprezzamento lasciato agli Stati membri si riduce, nella ovvia consapevolezza che non esiste un diritto all'aborto, né un diritto assoluto alla vita da parte del feto."

La prospettiva europea da un lato e la evidente analogia, per altro verso, con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale in Italia, indicano dunque al Legislatore sammarinese gli argini della strada da percorrere.

3. Le scelte operate dal legislatore con la legge n. 127/2022 "Regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza"

La disciplina della interruzione volontaria della gravidanza ci porta così alla funzione della regola giuridica che, applicata sul corpo delle donne, deve saper leggere e interpretare la realtà sociale e seguire un approccio tanto lontano da un terreno di scontro ideologico, quanto attento alla possibile lesione dei principi di libertà e di eguaglianza.

La controversa definizione della misura in cui il testo legislativo deve garantire la libertà di scelta e di autodeterminazione della donna intreccia scelte che, concretamente, riguardano principalmente la qualificazione del concepito, la posizione della donna, la posizione del padre nonché quella del medico e delle strutture sanitarie preposte.

D'altro canto, se in termini generali l'invulnerabilità del corpo non è stata ricondotta dal legislatore sammarinese, in analogia al modello italiano, alla libertà personale, quanto piuttosto alla tutela della salute psico-fisica della persona, ciò nondimeno è possibile affermare e costruire quella unità di salute psico-fisica della donna che si comprende solo partendo dalla indissolubilità della soggettività come corpo.

Superato, come già osservato, il rapporto simbiotico fra donna ed embrione il diritto alla vita, all'integrità e alla salute dell'embrione è suscettibile di compressione solo in caso di palese contrasto con i corrispondenti diritti della madre.

In altre parole, la tutela del concepito, costituzionalmente assicurata, è pur sempre subordinata al prevalere del bene rappresentato non solo dalla vita, ma anche dalle condizioni di salute della madre, come specificato anche dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Diviene obbligo del legislatore predisporre le misure e le cautele necessarie a radicare la liceità dell'aborto ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni che lo giustificano: la gravità e la realtà del danno e del pericolo che potrà derivare alla donna dal proseguire nella gestazione, a fronte della tutela della vita umana fin dal suo inizio.

Coerentemente a tale impostazione la legge n.127/2021 esplicita una serie di condizioni e limiti per l'accesso all'IVG, che sono strettamente connessi alla condizione di salute psico-fisica della donna e che si differenziano a seconda del periodo di gestazione.

In questa prospettiva l'art. 4 ("*Disposizioni comuni*"), entrando nel merito della materia trattata dal quesito referendario stabilisce i termini entro cui la donna può richiedere l'interruzione di gravidanza: la fine della dodicesima settimana di gestazione e dopo tale termine solo ove vi sia pericolo per la vita della donna o se vi siano accertate anomalie e malformazioni del feto con conseguenti gravi rischi per la salute fisica, psicologica o psichica della donna o, ancora, la gravidanza sia il risultato di stupro o incesto; la necessità di certificazione da parte di un medico ISS o convenzionato ISS; l'obbligatorietà della sottoscrizione del consenso informato da parte della donna ai fini della presa in carico da parte dell'ISS; la possibilità di scelta della struttura sanitaria da cui farsi assistere, nonché la possibilità di accedere ad un servizio di assistenza psicologica prima e dopo l'intervento; la garanzia di riservatezza dei dati; la formazione periodica per gli operatori sanitari e non sanitari coinvolti nelle varie fasi relative all'interruzione volontaria di gravidanza.

Importante sottolineare il rilievo che, nel quadro delineato, assumono gli obblighi informativi, non solo per quanto riguarda il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione della donna, ma altresì per quanto riguarda le figure professionali coinvolte, nell'ambito del più generale diritto, ad una procreazione cosciente e responsabile.

Vi è poi da considerare che, pur essendo la donna diretta destinataria del trattamento sanitario (e di tutte le implicazioni socio-psicologiche evidenti e latenti che derivano da questa scelta), vi sono altri interessi e altre volontà che, direttamente o indirettamente, sono coinvolte, in *primis* quella del padre del concepito.

Dal momento che l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni rappresenta un trattamento medico-sanitario finalizzato a tutelare la salute fisica o psichica della donna appare evidente come l'interesse della gestante sia prevalente anche rispetto a quello del padre.

In questo senso nell'ordinamento italiano la legge 194/1978 è chiara nella formulazione: il principale interlocutore è la donna, cui spetta la decisione, con un eventuale coinvolgimento del padre del concepito, ove la donna lo consenta, al fine di individuare «le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto»(art.5).

Analogamente la legge n.127 nell'ordinamento sammarinese considera i percorsi assistenziali e sanitari sostenuti dai Consultori aperti alla partecipazione del compagno/a della donna o altra persona di sua fiducia, solamente con il consenso della stessa (art.2, comma III).

Va peraltro ricordato che nel caso di interessi contrapposti tra madre e padre, la Corte costituzionale italiana è intervenuta riconoscendo la prevalenza del diritto di autodeterminazione della donna, dal momento che l'eventuale mancato coinvolgimento del padre «non può considerarsi irrazionale in quanto 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» (ordinanza n. 389/1988).

In altri termini, pur riconoscendo l'esigenza di tutela che merita la dignità e la riservatezza del padre del concepito, le stesse risultano soccombenti dinanzi al diritto alla salute e all'autodeterminazione della donna.

In San Marino l'esperienza applicativa e gli orientamenti giurisprudenziali che esprimerà il Collegio Garante indicheranno la strada e gli elementi di analogia con l'Italia.

Vi è poi, quale elemento di grande importanza e considerazione che caratterizza la scelta del legislatore in San Marino, ancora una volta, del resto, in analogia alle scelte italiane, la centralità del ruolo svolto dai consultori, che assolvono l'importante compito di formazione di un consapevole e pieno consenso al trattamento interruttivo della gravidanza.

A queste strutture spetta la fornitura di informazioni, accoglienza e consulenza, sostegno psicologico, etc. ed è per questo che assolvono un delicato e imprescindibile compito nel fornire una pluralità di informazioni che riguardano tanto l'assetto dei diritti, quanto l'offerta di un aiuto concreto effettivo.

In primo luogo, sotto il profilo dell'assistenza alla donna in stato di gravidanza, i consultori hanno il compito di informare circa i diritti che spettano alla donna e sui servizi sociali, sanitari e assistenziali concretamente offerti dalle strutture operanti nel territorio.

Importanti le iniziative che si prevede debba promuovere l'I.S.S. e la Scuola pubblica al fine di prevenire gravidanze indesiderate e, più in generale per promuovere campagne informative e formative per l'educazione sessuale, sentimentale e all'affettività; la promozione dell'aggiornamento degli operatori sanitari sull'uso dei contraccettivi e delle più moderne pratiche per l'IVG.

Così come è importante il dialogo che si instaura tra la donna e il personale dei consultori, finalizzato non solo all'elaborazione del consenso informato, ma altresì a offrire aiuto per cercare di evitare la richiesta di interruzione anticipata quando questa si fonda su ragioni economiche.

Al riguardo le informazioni devono riguardare anche le "modalità idonee ad ottenere il rispetto delle norme della legislazione sul lavoro a tutela della gestante" che, con una formulazione che riprende testualmente la legge italiana, è finalizzata a fornire alla donna le condizioni per far valere i propri diritti di lavoratrice e di madre.

Una disciplina che, se non poteva più essere disattesa in forza del risultato referendario, poneva già da tempo delicate questioni di coerenza dell'ordinamento in ragione della costituzionalizzazione della CEDU, come sottolineato dal Collegio Garante, ma anche una disapprovazione per la mancanza di previsioni normative capaci di tutelare la salute e la stessa condizione sociale delle donne più volte espressa in documenti ufficiali

In proposito si vedano i rilievi formulati dal Comitato della Nazioni Unite per i Diritti Umani che nel 2015 a Ginevra, esaminando il Terzo Rapporto di San Marino sul Patto per i Diritti Civili e Politici rilevava sul punto la necessità di modificare la legislazione «al fine di prevedere in modo esplicito deroghe al divieto giuridico generale in materia di aborto, anche a fini terapeutici e quando la gravidanza è il risultato di stupro o incesto».

Se, come ben noto, esiste una stretta relazione fra possibilità di accesso al servizio e clandestinità e, di conseguenza, tasso di mortalità, l'auspicio è che la normativa in questione venga correttamente e rapidamente applicata, senza ostacoli e senza colpevolizzazioni. Osservazione che coinvolge tanto una attenta valutazione dell'incidenza e degli effetti dell'obiezione di coscienza in rapporto alla percentuale di medici e personale sanitario, quanto l'incentivazione di misure e azioni volte a migliorare

l'accesso delle donne ai servizi di salute sessuale e riproduttiva così come alle informazioni sui loro diritti e sui servizi disponibili; al tempo stesso non è superfluo ricordare l'utilità, troppo spesso ignorata, di adottare misure e azioni mirate a sensibilizzare gli uomini sulle loro responsabilità in materia sessuale e riproduttiva.

Una breve nota sull'impatto della sentenza *Dobbs* in Ungheria

Katalin Kelemen*

A BRIEF NOTE ON THE IMPACT OF THE *DOBBS* DECISION IN HUNGARY

ABSTRACT: In September 2022, a ministerial decree caused a stir in Hungary. The decree in question was intended to require doctors to have the woman listen to the vital signs of the foetus (or embryo) before signing the medical records required to apply for the termination of the pregnancy. The influence of the *Dobbs* ruling, published by the US Supreme Court two months earlier, comes inevitably to mind. This short note offers a context to and a reflection on this development in Hungary.

KEYWORDS: Abortion; fetal heartbeat; Hungary; constitutional law; right to life

ABSTRACT: Nel settembre 2022, un decreto ministeriale ha suscitato scalpore in Ungheria. Tale decreto impone ai medici di far ascoltare i segni vitali del feto (o embrione) alla donna incinta prima di firmare la cartella clinica necessaria per richiedere l'interruzione della gravidanza. Viene spontaneo pensare ad un'associazione con la sentenza *Dobbs*, pubblicata dalla Corte suprema statunitense due mesi prima. Questa breve nota offre un contesto ed una riflessione su tali sviluppi in Ungheria.

PAROLE CHIAVE: Aborto; battito cardiaco del feto; Ungheria; diritto costituzionale; diritto alla vita

SOMMARIO: 1. La «regola del battito cardiaco» – 2. Il contesto storico – 3. Il contesto attuale – 4. Qualche riflessione sull'impatto della sentenza *Dobbs* sul diritto all'aborto in Ungheria.

1. La «regola del battito cardiaco»

Il 12 settembre 2022, nella Gazzetta Ufficiale ungherese è stato pubblicato un decreto ministeriale associabile agli ultimi sviluppi della giurisprudenza americana¹ e che ha suscitato grande scalpore nei media². Il decreto in questione, emanato dal Ministro degli Affari interni, introdu-

* Professoressa associata all'Università di Örebro (Örebro universitet). Mail: katalin.kelemen@oru.se. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Qui ci si riferisce naturalmente alla sentenza *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*, 596 U.S. ____ (2022) che ribaltò (*overruled*) il noto precedente in tema di aborto, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

² Innanzitutto nei media ungheresi, ma la notizia giunse anche all'estero e fu coperta da vari giornali stranieri. Vedi, ad esempio, W. STRZYŻYŃSKA, *Hungary tightens abortion access with listen to 'foetal heartbeat rule'*, in *The Guardian*, 13 settembre 2022, <https://www.theguardian.com/global-development/2022/sep/13/hungary-tightens-abortion-access-with-listen-to-foetal-heartbeat-rule> (ultima consultazione 30/12/2022); C. PARKER, *Hungary decree says abortion-seekers must listen to fetal vital signs*, in *The Washington Post*, 15 settembre 2022, <https://www.washingtonpost.com/world/2022/09/15/hungary-abortion-viktor-orban/> (ultima consultazione 30/12/2022).

ce una piccola modifica al modulo di richiesta di interruzione della gravidanza. Mentre in precedenza il medico doveva soltanto certificare l'esistenza della gravidanza, da ora in poi dovrà anche certificare di aver presentato alla donna «un'indicazione chiaramente identificabile dei segni vitali del feto»³. Assumendo che l'indicazione più evidente dei segni vitali sia il battito cardiaco, la nuova disposizione è diventata nota come «la regola del battito cardiaco». In pratica, il medico deve far ascoltare i segni vitali (cioè il battito cardiaco) del feto alla donna prima della firma della cartella clinica richiesta⁴.

È presto per dire quale impatto avrà questo decreto sulla pratica dell'aborto⁵, ma la modifica ha subito sollevato una serie di questioni giuridiche, sociali e sanitarie. Dal punto di vista giuridico è particolarmente pressante la domanda se la presentazione dei segni vitali integri un requisito obbligatorio per l'interruzione della gravidanza. È chiaramente problematico, ed anche potenzialmente incostituzionale, il fatto che la nuova regola sia stata introdotta in un allegato ad un decreto ministeriale invece di essere prevista da una legge del Parlamento. Inoltre, non esiste nessuna motivazione ufficiale della riforma da cui si possa dedurre l'intento del legislatore (in questo caso del Ministro degli interni). La legge sulla sanità ungherese, la quale è gerarchicamente superiore a qualsiasi decreto ministeriale, prevede che il paziente possa rinunciare al proprio diritto ad essere informato⁶. Perciò non è affatto chiaro come la nuova regola vada interpretata.

La modifica è stata oggetto di aspre critiche anche per il tempo notevolmente ridotto che essa ha lasciato al personale sanitario per adeguare le proprie pratiche al nuovo obbligo. Il decreto, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 12 settembre, infatti è entrato in vigore tre giorni dopo, il 15 settembre.

2. Il contesto storico

Sono quasi 70 anni che alle donne ungheresi è riconosciuto il diritto all'aborto senza soluzione di continuità, sebbene i requisiti per eseguire un aborto siano stati modificati durante gli anni⁷. Negli

azione 30/12/2022); M. CURSINO, *Hungary decrees tighter abortion rules*, in *BBC News*, 13 settembre 2022, <https://www.bbc.com/news/world-europe-62892596> (ultima consultazione 30/12/2022). Nei media italiani vedi, ad esempio, G. PRIVITERA, *Ungheria, prima dell'aborto è obbligatorio ascoltare il battito del feto*, in *Corriere della Sera*, 14 settembre 2022, <https://27esimaora.corriere.it/> (ultima consultazione 30/12/2022).

³ Decreto 29/2022. (IX. 12.) BM sulla modifica del decreto 32/1992. (XII. 23.) NM sull'attuazione della legge n. LXXIX del 1992 sulla tutela della vita fetale, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale (*Magyar Közlöny*) n. 147 del 2022.

⁴ Il modulo di richiesta per l'interruzione della gravidanza è compilato e firmato da un operatore del Servizio di Tutela Famiglia (*Családvédelmi Szolgálat*). Il Servizio esiste dal 1993 ed è regolato dalla legge sulla tutela della vita fetale (Legge n. LXXIX del 1992). È obbligatorio consultare il Servizio prima dell'interruzione di una gravidanza (art. 8 della Legge).

⁵ Anche se dalle discussioni a un recente simposio organizzato dall'Ordine dei Medici ungherese è emerso che la nuova regola ha già comportato un allungamento dei tempi amministrativi dell'interruzione della gravidanza, e di conseguenza è aumentato il numero di settimane di vita del feto. O. TARCZA, *Szívhang-rendelet helyett... (Invece di un decreto sul battito cardiaco...)*, in *MedicalOnline*, 27 novembre 2022, http://medicalonline.hu/eu_gazdasag/cikk/szivhang_rendelet_helyett (ultima consultazione 30/12/2022).

⁶ Art. 14 (1) della Legge n. CLIV del 1997 sulla sanità.

⁷ Inizialmente, negli anni Sessanta, non ci furono requisiti prestabiliti e l'aborto era sostanzialmente libero. Ciò fu percepito come una conquista della rivoluzione del 1956. Nel 1973 furono però introdotte, in forma di decreto, delle limitazioni al fine di incentivare la crescita della popolazione, tra cui il limite di dodici settimane

anni Novanta, la Corte costituzionale ungherese contribuì alla giurisprudenza costituzionale sull'aborto in Europa con due note sentenze. Nel primo caso la questione di costituzionalità delle norme allora in vigore fu sollevata sia da gruppi pro-choice che da gruppi pro-life, sfruttando la possibilità di presentare un'azione popolare davanti alla Corte costituzionale senza dover dimostrare alcun interesse personale e diretto nella causa⁸. In quella occasione, il giudice delle leggi ungherese trovò che la Costituzione non conteneva alcuna norma chiara sullo status giuridico del feto, la definizione del quale doveva quindi spettare al legislatore⁹. La conseguenza principale della decisione fu che la Corte costituzionale stabilì l'obbligo di regolamentare la materia dell'aborto attraverso una legge, invece che per mezzo di un decreto ministeriale, come era avvenuto fino ad allora. Tale obbligo portò all'adozione della legge sulla tutela della vita fetale tuttora in vigore¹⁰. Nel secondo caso furono questa la legge appena citata e il suo decreto di attuazione ad essere messi sotto esame, e la Corte costituzionale indicò alcuni requisiti costituzionali per il legislatore che portarono all'attuale formulazione della disciplina in materia¹¹.

La prima sfida a questa disciplina (dai più considerata essenzialmente liberale) arrivò con l'adozione della nuova Legge fondamentale ungherese nel 2011¹². L'articolo II sancisce che «la vita del feto è protetta dal momento del concepimento». Questa disposizione prende chiaramente le distanze dall'approccio adottato dalla Corte costituzionale due decenni prima ed eleva lo status giuridico del feto, la cui definizione fino ad allora era stata lasciata al legislatore, a livello costituzionale. Nonostante ciò, la legislazione è rimasta invariata. Quello che non è rimasto invariato, invece, è il contesto giuridico e politico del paese.

3. Il contesto attuale

La nuova Legge fondamentale ungherese portò a una serie di cambiamenti significativi nel tessuto costituzionale del Paese, producendo ciò che da molti è considerato un «arretramento democratico»¹³ o addirittura una «svolta autoritaria»¹⁴, che ha gradualmente fatto nascere un nuovo sistema di

per l'interruzione della gravidanza tranne in casi di indicazione medica per grave rischio per la salute della gestante o per disabilità comprovata del feto. Vedi J. SZALAI, *Abortion in Hungary*, in *Feminist Review*, 29, 1988, 98.

⁸ L'azione popolare è il modo più permissivo di accedere a una corte che esista e di conseguenza è molto rara nel panorama della giustizia costituzionale dei paesi europei, perché può risultare in un carico di lavoro eccessivo ed insostenibile per la corte. Vedi F. GÁRDOS-OROSZ, *The Hungarian Constitutional Court in Transition – from Actio Popularis to Constitutional Complaint*, in *Acta Juridica Hungarica*, 53, 2012, 302.

⁹ Decisione n. 64/1991 (XII.17.) AB, e in particolare il punto 3. c) della motivazione.

¹⁰ Legge n. LXXIX del 1992. Il titolo della legge può essere fuorviante perché in realtà regola l'interruzione della gravidanza.

¹¹ Decisione n. 48/1998 (XI. 23.) AB. Tra questi requisiti costituzionali ci fu, ad esempio, l'obbligo di fornire una definizione chiara della nozione «situazione di grave crisi», la quale rendeva l'interruzione della gravidanza permessa e che in pratica risultava in un diritto all'aborto illimitato.

¹² Vedi G.F. FERRARI (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012.

¹³ Vedi A.L. PAP, *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy*, London e New York, 2018.

¹⁴ B. Bugarič, *Central Europe's descent into autocracy: A constitutional analysis of authoritarian populism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, 597.

«costituzionalismo illiberale»¹⁵. In questo nuovo contesto, la Corte costituzionale non svolge più quel ruolo fondamentale di garante dei diritti individuali e dello stato di diritto per cui era nota prima¹⁶. L'azione popolare, con cui chiunque poteva chiedere il controllo di costituzionalità di qualsiasi norma del sistema giuridico, senza dover dimostrare un interesse soggettivo, è stata abolita¹⁷, e la Corte costituzionale è stata progressivamente composta da giudici eletti da un Parlamento in cui il governo possiede una maggioranza sufficiente per nominare nuovi giudici costituzionali senza ottenere il consenso dei partiti dell'opposizione¹⁸. A conferma di ciò, attualmente tutti i quindici giudici della Corte costituzionale ungherese sono stati nominati dal governo Fidesz-KDNP¹⁹, e soltanto quattro di queste nomine hanno richiesto il consenso di uno dei partiti di opposizione²⁰.

Data la dubbia imparzialità della Corte costituzionale e i suoi poteri ridotti da una serie di riforme²¹, non sorprende che la modifica al modulo da presentare per ottenere l'interruzione di una gravidanza, che introduce la «regola del battito cardiaco», apparentemente minore, desti preoccupazione in una parte della popolazione. In assenza dell'azione popolare, la questione di costituzionalità di un decreto ministeriale può attualmente essere sollevata davanti alla Corte costituzionale da un giudice ordinario in via incidentale²², da qualsiasi cittadino direttamente se personalmente coinvolto nell'applicazione della norma (ma solo dopo l'esaurimento di tutti i rimedi disponibili)²³, o dall'ombudsman²⁴. Occorre chiarire che per l'elezione dell'ombudsman è richiesta la medesima maggioranza dei due terzi del parlamento, prevista per l'elezione dei membri della Corte costituzionale: l'ombudsman attualmente in carica è stato eletto senza la partecipazione dei partiti di opposizione²⁵.

¹⁵ Vedi T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 1140.

¹⁶ K. KELEMEN, *L'accesso individuale diretto alla Corte costituzionale ungherese*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2014, 432.

¹⁷ Vedi *supra* nota 8.

¹⁸ La composizione della Corte costituzionale fu oggetto di modifica ancor prima dell'adozione della nuova Legge Fondamentale. Il numero di giudici fu aumentato da undici a quindici tramite un emendamento della vecchia Costituzione nel maggio 2011. Vedi K. Kelemen, *Cinque nuovi giudici alla Corte costituzionale ungherese*, in *Diritti Comparati Blog*, 1 dicembre 2011, <https://www.diritticomparati.it/cinque-nuovi-giudici-alla-corte-costituzionale-ungherese/> (ultima consultazione 30/12/2022).

¹⁹ Per la lista dei membri vedi il sito ufficiale della Corte: <https://hunconcourt.hu/current-members> (ultima consultazione 30/12/2022).

²⁰ Nel 2016, quando per un breve periodo il governo non aveva la maggioranza dei due terzi nel Parlamento necessaria per la nomina di nuovi giudici costituzionali.

²¹ Vedi G. HALMAI, *Dismantling Constitutional Review in Hungary*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2019, 1, 31.

²² Vedi l'art. 24 (2) b) della Legge Fondamentale.

²³ Vedi l'art. 24 (2) c) della Legge Fondamentale e l'art. 26 (1)-(2) della Legge n. CLI del 2011 sulla Corte costituzionale. Vedi anche K. KELEMEN, *Access to constitutional justice in the new Hungarian constitutional framework. Life after the actio popularis?*, in A. GEISLER, M. HEIN, S. HUMMEL (a cura di): *Law, Politics, and the Constitution. New Perspectives from Legal and Political Theory* (Central and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social Theory Yearbook, vol. 4), Frankfurt/Main et al., 2014, 63, <http://ssrn.com/abstract=2466908> (ultima consultazione 30/12/2022).

²⁴ Vedi l'art. 24 (2) della Legge n. CLI del 2011 sulla Corte costituzionale.

²⁵ L'ombudsman, vale a dire il commissario parlamentare per la tutela dei diritti fondamentali, attualmente in carica è stato, infatti, oggetto di critiche per non svolgere il proprio ruolo adeguatamente. Vedi GLOBAL ALLIANCE OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS, *Report and Recommendations of the Virtual Session on the Subcommittee on Accreditation* (14-24 June 2021), <https://bit.ly/3KFAez6> (ultima consultazione 30/12/2022).

4. Qualche riflessione sull'impatto della sentenza *Dobbs* sul diritto all'aborto in Ungheria

Il fatto che la modifica al modulo in questione sia stata introdotta appena due mesi dopo la pubblicazione della decisione della Corte suprema americana nel caso *Dobbs*, considerando anche il periodo tipicamente privo di elementi di rilievo politico dell'estate nel mezzo, porta inevitabilmente a pensare all'esistenza di una connessione tra la riforma ungherese e la citata sentenza statunitense, non tanto per il contenuto quanto per la prospettiva. Entrambi gli sviluppi sono stati celebrati dai sostenitori del movimento pro-life e fortemente criticati dalle voci del campo pro-choice. Infatti, immediatamente dopo la sua pubblicazione, non sono mancate voci di preoccupazione per l'impatto della sentenza *Dobbs* che potrebbe aprire la strada a riforme di stampo conservatore anche in altre parti del mondo²⁶. Tali preoccupazioni erano e sono motivate dalla notevole influenza esercitata dal precedente "ribaltato" da *Dobbs* – la sentenza *Roe* – sulla giurisprudenza costituzionale di numerosi altri Paesi²⁷.

La «regola del battito cardiaco» richiama inoltre la controversa riforma legislativa adottata nello stato della Georgia negli Stati Uniti nel 2019, la quale però non impone al medico di far sentire i segni vitali del feto alla donna incinta, ma proibisce in modo assoluto l'aborto nel caso in cui sia rilevabile il battito cardiaco dell'embrione²⁸, cioè mediamente a partire dalla sesta settimana della gravidanza. La regola ungherese è molto più mite, in quanto non proibisce l'aborto, ma si pone l'obiettivo di convincere le donne a desistere dall'interruzione della gravidanza²⁹. Tuttavia, quest'ultima solleva comunque dubbi di costituzionalità, nel caso in cui venga imposta senza eccezione e senza la possibilità per la donna di rifiutare di ascoltare i segni vitali dell'embrione. In primo luogo, ciò potrebbe configurare una violazione della dignità umana, protetta anche dalla Legge Fondamentale ungherese nel suo Articolo II. Inoltre, il fatto che la regola sia stata introdotta con un decreto ministeriale, e non con legge, solleva un ulteriore dubbio sulla sua costituzionalità³⁰, anche se, data la larga maggioranza del governo ungherese nel Parlamento, in pratica non ci sarebbe alcun ostacolo ad elevare la regola a livello legislativo.

Attualmente, non risultano ricorsi alla Corte costituzionale ungherese il decreto analizzato. Alla luce del contesto giuridico e politico del paese, è improbabile che la questione di costituzionalità della nuova norma venga sollevata in via principale. Rimangono la via incidentale e il ricorso costituzionale

²⁶ Vedi, ad esempio, R. KAUFMAN ET AL., *Global impacts of Dobbs v. Jackson Women's Health Organization and abortion regression in the United States*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 30, 1, 2022, 1.

²⁷ Vedi R.B. SIEGEL, *The Constitutionalization of Abortion*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1057.

²⁸ Georgia House Bill 481, Living Infants Fairness and Equality (LIFE) Act, in vigore dal 1 gennaio 2020, <https://www.legis.ga.gov/api/legislation/document/20192020/187013> (ultima consultazione 30/12/2022).

²⁹ Neanche questa regola più mite è una novità però nel panorama internazionale. L'obbligo di ascoltare il battito cardiaco o di guardare l'ecografia dell'embrione o del feto esisteva già in diversi stati degli Stati Uniti. Vedi questo studio che esamina l'impatto di una tale regola sul numero delle interruzioni volontarie di gravidanza: USHMA D. DUPADHYAY et al., *Evaluating the impact of a mandatory pre-abortion ultrasound viewing law: A mixed methods study*, in *PLoS One*, 12, 7, 2017.

³⁰ Vedi l'art. I (3) della Legge fondamentale, il quale prevede che i diritti fondamentali possono essere limitati solo con legge. Vedi anche il commento di Patrik Szabó sul sito dell'associazione Arsoni (in ungherese), del 15 settembre 2022: <https://arsboni.hu/gyorselemzes-az-abortusz-rendelet-alkotmanyossagarol/> (ultima consultazione 30/12/2022).

dopo l'esaurimento dei rimedi disponibili. Entrambe queste vie di accesso richiedono però che prima si instauri un processo davanti a un giudice comune. Quindi, l'accesso alla Corte costituzionale non è diretto e può avvenire solo attraverso un percorso più lungo. Se il giudice delle leggi ungheresi si pronuncerà sulla «regola del battito cardiaco» in futuro, diventerà senz'altro più evidente l'impatto della sentenza *Dobbs* in Ungheria. È probabile che i giudici costituzionali ungheresi colgano allora l'occasione di ispirarsi alla maggioranza dei colleghi statunitensi, con i quali condividono lo spirito conservatore.

L'interruzione di gravidanza in Cile (1874-2023): profili penali e costituzionali

Andrea Perin*

ABORTION IN CHILE (1874-2023): CONSTITUTIONAL AND CRIMINAL LAW PERSPECTIVES

ABSTRACT: In Chile, according to Law 21.030/2017, interruption of pregnancy is allowed on the following grounds: 1) there is a risk to the life of the pregnant woman; 2) the fetus is unviable; 3) the pregnancy resulted from rape. The current justification of abortion – otherwise sanctioned by the Chilean Penal Code of 1874 – goes beyond the regime previously imposed by the Health Code, which, while allowing therapeutic abortion from 1931, starting from 1989 forbade any action whose purpose was to cause a pregnancy interruption. During the legislative process, the Constitutional Court recognized that the fundamental rights of the woman (as a person) take precedence over the protection granted to the unborn child by the Chilean Constitution of 1980.

KEYWORDS: Chile; therapeutic abortion; voluntary termination of pregnancy; protection of nasciturus; conscientious objection

ABSTRACT: In Cile, la Ley 21.030 del 2017 consente l'interruzione di gravidanza in ipotesi di: 1) pericolo per la vita della gestante, 2) patologia del feto incompatibile con la vita, 3) gravidanza provocata da violenza sessuale. L'attuale giustificazione dell'aborto – altrimenti sanzionato dal Codice penale cileno del 1874 – supera il regime imposto dal Codice sanitario che, pur consentendo l'interruzione terapeutica dal 1931, a partire dal 1989 vietava qualunque azione diretta a provocare un aborto. Durante il recente processo di riforma, la Corte costituzionale ha riconosciuto che i diritti fondamentali della donna (in quanto persona) prevalgono sulla protezione accordata al concepito dalla Costituzione del 1980.

PAROLE CHIAVE: Cile; interruzione terapeutica di gravidanza (ITG); interruzione volontaria di gravidanza (IVG); protezione del concepito; obiezione di coscienza

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'impianto del Codice penale: fattispecie di aborto ed esimenti (1874-) – 3. Gli interventi sul Codice sanitario: i ristretti margini di liceità dell'aborto terapeutico (1931-1989) – 4. La Costituzione del 1980 sulla via della riforma democratica (1990-2017) – 5. La Legge 21.030 del 2017 – 5.1. Profili gene-

* *Ricercatore in Diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia (Via delle Battaglie, 58 – Brescia). Visiting professor, Facultad de Derecho, Universidad Andres Bello (Bellavista 0121, Providencia – Santiago de Chile). Mail: andrea.perin@unibs.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

rali – 5.2. Le tre indicazioni scriminanti – 6. L’ampliamento dell’obiezione di coscienza da parte del *Tribunal Constitucional* (2017) – 7. La promessa mancata del processo costituente (2019-?).

1. Introduzione

La disciplina in materia di interruzione di gravidanza in “*tres causales*” (L. 21.030/2017) rappresenta l’ultima tappa di un’evoluzione normativa condizionata dall’assetto costituzionale vigente dal 1980 e dalla controversa protezione da esso accordata al nascituro/concepito¹. L’attuale giustificazione/liceità dell’aborto – altrimenti sanzionato dal Codice penale del 1874 – supera il regime imposto dal Codice sanitario, che, pur consentendo l’interruzione terapeutica dalla sua introduzione nel 1931, a partire dal 1989 vietava qualunque azione la cui finalità fosse provocare un aborto.

Oggi, con la riforma del 2017, approvata all’esito di un vaglio preventivo di costituzionalità, l’interruzione di gravidanza è scriminata in ipotesi di 1) pericolo per la vita della gestante, 2) patologia del feto incompatibile con la vita, 3) gravidanza provocata da violenza sessuale.

La possibilità per la gestante di accedere alla prestazione è però ostacolata dall’obiezione di coscienza del personale sanitario, facoltà che la Corte costituzionale ha esteso persino alle strutture sanitarie.

2. L’impianto del Codice penale: fattispecie di aborto ed esimenti (1874-)

Il Codice penale cileno del 1874 (d’ora in poi: C.p.) disciplina l’aborto come reato negli articoli 342-345 (inseriti nel Titolo VII: *Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual*)², sanzionando l’interruzione di gravidanza volontaria, realizzata o acconsentita dalla gestante, e quella operata da terzi contro o senza il suo consenso.

L’aborto volontario è punito da due fattispecie. Ai sensi dell’art. 344, co. 1, C.p., «*La mujer que [fuera de los casos permitidos por la ley³] causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo*» (fino a 5 anni)⁴. Nella seconda ipotesi (aborto consentito) si applica anche l’art. 342, co. 3, C.p., in base al quale, «*El que maliciosamente causare un aborto será castigado [...]*» con la pena «*de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere*» (fino a 3 anni). Il co. 2 dell’art. 344 prevede peraltro un tipo “privilegiato” di aborto – cd. aborto

¹ Per riferirsi a «*el que está por nacer*» (art. 19, *Constitución de la República* cilena) in italiano si ricorre generalmente al termine *concepito*. Sul piano civilistico, infatti, il *nascituro* può essere *non ancora concepito*. Ad ogni modo, in questo contributo i termini *nascituro* e *concepito* vengono intesi e impiegati come sinonimi.

² Questa scelta del legislatore storico, se da un lato mostra che la criminalizzazione dell’aborto risponde anche ad una logica di controllo della natalità, dall’altra impedisce di equiparare il *concepito* alla *persona* (l’aborto non è un delitto contro la vita ma, appunto, contro «*el orden de las familias*», ed è quindi punito meno severamente). Sul punto, F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *Breve reconstrucción histórica-legislativa de la Ley 21.030 que reguló en Chile la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*, in L. CASAS BECERRA, G. MAIRA VARGAS (a cura di), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización*, Santiago de Chile, 2019, 93, nota 51.

³ Fra parentesi, nel testo della disposizione, la parte aggiunta dalla L. 21.030/2017, che, come vedremo, consente il rinvio espresso alle tre cause di giustificazione oggi previste dall’art. 119 del Codice sanitario.

⁴ Le pene “scalari” a cui si riferiscono le fattispecie indicate nel testo sono quantificate dall’art. 25 C.p.

honoris causa –, che applica una pena inferiore – *presidio menor en su grado medio* (fino a 3 anni) – alla gestante che «*lo hiciera por ocultar su deshonra*».

L'aborto non consentito è trattato a seconda del suo carattere violento o meno. Nel primo caso, l'art. 342, n. 1, C.p., punisce l'autore del fatto – «*si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada*» – con la pena del *presidio mayor en su grado mínimo* (fino a 10 anni). Nel secondo caso, l'art. 342, co. 2, C.p., assegna la pena del *presidio menor en su grado máximo* (fino a 5 anni), se l'autore del fatto, ancorché senza ricorso alla violenza, «*obraré sin consentimiento de la mujer*». L'art. 343 C.p. prevede inoltre che sarà punito «*con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor*» (fino a 3 anni). Quest'ultima ipotesi prevede un reato complesso assimilabile ai cd. "reati aggravati dall'evento", in cui all'atto violento doloso (ad es., percosse ai danni della donna in gravidanza) segue l'aborto "non voluto" ma quantomeno colposo (data l'evidenza/rappresentazione effettiva dello stato di gravidanza).

Una fattispecie *ad hoc* (art. 345 C.p.) è poi dedicata all'aborto commesso dal medico che, «*abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él*», per cui è previsto un aumento di pena (un grado, potendo quindi raggiungere i 15 anni, nell'ipotesi più grave) rispetto a quelle previste dall'art. 342, C.p., a seconda dei casi: con violenza; senza violenza né tuttavia consenso; col consenso della donna. Oltre alle fattispecie incriminatrici, vanno tenute a mente (vi ritorneremo) anche le regole generali in materia di cause di giustificazione e scusanti. In particolare: le scriminanti date dall'adempimento di un dovere e dall'esercizio di un diritto (art. 10, n. 10, C.p.)⁵ e lo stato di necessità (art. 10, n. 11, C.p.), che esclude la responsabilità (mancando l'antigiuridicità o la colpevolezza del fatto, a seconda delle interpretazioni) quando la condotta (l'aborto, in questo caso) è volta ad evitare un danno grave a sé o ad altri, sempre che sussistano determinate condizioni⁶.

3. Gli interventi sul Codice sanitario: i ristretti margini di liceità dell'aborto terapeutico (1931-1989)

Atteso questo quadro sanzionatorio, in virtù delle regole generali in materia di esimenti e della disciplina del Codice sanitario (d'ora in poi: C.s.), dal 1931 al 1989 in Cile era consentito l'*aborto terapeutico*⁷.

L'art. 226 C.s. del 1931 (il primo in vigore in Cile) prevedeva che:

⁵ Applicabile a «*El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo*».

⁶ «1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa». In dottrina, anche per altri riferimenti, cfr. J.P. CASTILLO MORALES, *El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa*, in *Polít. crim.*, 11, 22, 2016, 40 ss.; J. WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, 2017.

⁷ Sull'evoluzione legislativa in materia, per maggiori dettagli ed altri riferimenti: A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno*, in *Revista Derecho y Humanidades*, 10, 2004, 144 ss.; F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 78 ss.

«Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer quiere la opinión documentada de tres facultativos. / Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso por falta de facultativos en la localidad, se documentara lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente».

Secondo alcuni studi, la citata disposizione del C.s. veniva generalmente interpretata dai medici in maniera restrittiva, per cui l'interruzione di gravidanza era praticata solo qualora la gestante si presentasse in una situazione di *rischio vitale*⁸. Le informazioni disponibili mostrano comunque un aumento degli aborti volontari ospedalieri fino al 1960, con una notevole crescita dei tassi nei primi dieci anni di vigenza del C.s.⁹; nel 1938, però, si stimava che solo la metà delle donne che avevano abortito si fossero rivolte ad una struttura ospedaliera¹⁰.

Nel 1952, la creazione del Servizio Sanitario Nazionale segnò una tappa fondamentale nell'attenzione statale in favore della salute riproduttiva. Tuttavia, all'inizio degli anni Sessanta, la mortalità legata a pratiche abortive continuava ad essere elevatissima, causando fino a circa il 40% delle morti materne¹¹.

Nel 1968 entrò in vigore l'attuale C.s., il cui art. 119 stabiliva che: «Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos».

In questo modo, atteso l'obiettivo di favorire gli aborti ospedalieri (per evitare gli aborti clandestini, legati a quegli altissimi tassi di mortalità), vennero ridotti i requisiti per consentire l'interruzione di gravidanza terapeutica, attribuendo ai medici la facoltà di decidere se procedere di fronte a una situazione di rischio (presente o futuro) per la gestante¹².

Tuttavia, sul finire della dittatura militare (1973-1990), la L. 18.826, del 15 settembre 1989, riformò l'art. 119 C.s., stabilendo che: «No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto». Rispetto al regime minimo in vigore sin dagli anni Trenta, quest'intervento portò ad una riduzione ancor più drastica dell'interruzione di gravidanza "consentita". *Prima facie*, infatti, anche l'aborto terapeutico *in quanto tale* divenne illecito. Le norme generali in materia di scriminanti o scusanti continuarono ad essere applicabili, ma ad una sfera di casi clinici molto più ristretta rispetto a quella che ricomprenderebbe virtualmente tutti quelli raccomandati dalla *lex artis medica*.

⁸ T. MONREAL, *Evolución histórica del aborto provocado en Chile y la influencia en la anticoncepción*, in *Simposio Nacional: Leyes para la salud y la vida de las mujeres. Hablemos de aborto terapéutico*, Santiago de Chile, 1993, cit. in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile. Evolución histórica del marco normativo*, 8-9, disponibile in: <https://www.bcn.cl/portal/> (ultima consultazione 09/01/2023).

⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile*, cit., 9.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ MINISTERIO DE SALUD (GOBIERNO DE CHILE), *Normas nacionales sobre regulación de la fertilidad*, 2018, 13, disponibile in <https://www.minsal.cl> (ultima consultazione 09/01/2023).

¹² Secondo quanto riportato anche in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile*, cit., 11, con l'obiettivo di favorire gli aborti ospedalieri (ed evitare gli aborti clandestini, in aumento dopo il 1961), nel 1973 il reparto di maternità dell'ospedale Barros Luco (Santiago) adottò un protocollo inteso a dare un'interpretazione più ampia possibile al C.s. del 1968. Si rinvia al documento per ulteriori dettagli.

Nelle intenzioni del legislatore storico della dittatura, l'interruzione di gravidanza sarebbe stata giustificabile solo in quanto «effetto collaterale» di un intervento davvero inevitabile e quindi scusato in base alla dottrina teologica del “duplice effetto” (*infra*)¹³.

4. La Costituzione del 1980 sulla via della riforma democratica (1990-2017)

La modifica regressiva del 1989 venne motivata adducendo che la previgente disciplina del C.s. – che, come visto, consentiva in realtà soltanto l'*aborto con fine terapeutico* – non assicurava una tutela adeguata alla vita del concepito¹⁴.

Anche con il ritorno alla democrazia, dai primi anni Novanta in poi, il dibattito pubblico e parlamentare¹⁵ circa la controversa portata dell'art. 119 C.s. post-1989 continuò a riguardare l'art. 19 della (tuttora vigente) *Constitución de la República* del 1980¹⁶ e la discussa previsione, a giudizio dei settori conservatori, di un obbligo costituzionale (implicito o indiretto) di tutela penale a favore del *nascituro*. L'art. 19, n. 1 (par. 1-2), Const., prevede che: «*La Constitución asegura a todas las personas: 1º.–El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.*

*La ley protege la vida del que está por nacer [...]»*¹⁷

In termini generali, va ricordato che sostenere l'esistenza di *obblighi costituzionali* di tutela penale significa avallare un certo modo, per nulla scontato, di intendere il rapporto tra diritto penale e Costituzione: a quest'ultima, così ragionando, si richiede non soltanto di *limitare* l'esercizio del potere punitivo, eventualmente *legittimandolo*, ma anche di *imporre* la previsione di sanzioni penali. Il potere della Costituzione di vincolare la discrezionalità del legislatore si baserebbe sul riconoscimento di beni/interessi *sicuramente* meritevoli di tutela penale. L'obbligo costituzionale s'identificherebbe così – in termini problematici – con una *presunzione di assenza di ragioni di sussidiarietà*, un limite rigido al-

¹³ V. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 18.826*, 103, 168, 190, disponibile in: <https://www.bcn.cl/portal/> (ultima consultazione 09/01/2023). Sull'impatto della dittatura nel procedere di una parte della classe medica, anche dopo il ritorno alla democrazia, v. ancora le annotazioni in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Aborto en Chile*, cit., 13 ss., a proposito delle successive revisioni del Codice etico del *Colegio médico* (l'Ordine dei medici), che subì un'involuzione simile a quella del C.s. del 1968 dopo l'intervento del 1989.

¹⁴ V. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 18.826*, cit., 8, secondo il parere tecnico che accompagnò la mozione di riforma, la disciplina del C.s. del 1968 sarebbe stata incostituzionale, posto che «l'espressione “finalità terapeutiche” [...] non ha un significato univoco né appare definita, e deve essere intesa come: “qualsiasi mezzo, elemento o pratica diretta ad ottenere il miglioramento di un paziente o a superare uno stato di salute carente di un individuo” [...]».

¹⁵ Sui diversi progetti di riforma presentati sin dal 1991, F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 79 ss., 87 ss., con particolare attenzione a tre progetti di legge presentati fra 2009 e 2010, che aprirono una nuova fase del dibattito verso una disciplina dell'interruzione di gravidanza che andasse oltre la mera indicazione terapeutica.

¹⁶ Il testo fu elaborato dalla *Comisión Ortúzar*, istituita nel 1973 dalla Giunta militare di Governo e composta esclusivamente da giuristi di orientamento conservatore; i lavori terminarono nel 1978 con la predisposizione del progetto della Costituzione politica poi approvata nel 1980.

¹⁷ Così dispone anche il *Código civil* (art. 75). E l'art. 74 precisa che: «*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre [...]».*

la loro sostenibilità politica¹⁸. E ciò non vale solo rispetto agli obblighi espliciti¹⁹, ma anche di fronte al controverso riconoscimento, per via interpretativa, di obblighi costituzionali “impliciti” o “indiretti” di penalizzazione, come nel caso, secondo alcuni, della protezione accordata al concepito²⁰.

Secondo la tesi contraria alla depenalizzazione dell’interruzione volontaria di gravidanza, l’art. 19, n. 1, par. 2, Const., riconoscerebbe il «diritto alla vita» del concepito (*el que está por nacer*) alla stessa *stregua* del diritto alla vita della persona; pertanto, anche il suo «diritto a non essere ucciso arbitrariamente», e quindi *l’obbligo dello Stato di reprimere* qualunque offesa o attentato alla sua vita; quindi, qualunque fatto di aborto volontario.

Le uniche ipotesi non punibili, in ragione del riferimento esplicito alla *finalità* dell’azione proibita, sarebbero state quelle coperte dalla dottrina del “duplice effetto”; cioè i casi in cui l’aborto fosse stato conseguenza prevista ma *indesiderata, proporzionata* e comunque *inevitabile* (insostituibile con altro mezzo meno lesivo per il bene-vita sacrificato) di un intervento *legittimo* in quanto posto in essere al *fine di salvare la vita* della gestante²¹.

Come si accennava in chiusura del paragrafo precedente, fra queste ipotesi non sarebbero quindi rientrate le interruzioni di gravidanza «raccomandate» dalla prassi medica ma non «assolutamente inevitabili»²² (interruzioni spesso comunque realizzate nelle strutture sanitarie, attesa la necessità di non porre in pericolo la vita della gestante)²³.

Tuttavia, già da tempo, contro l’interpretazione più restrittiva dell’art. 19 Const. è stato rilevato che la «protezione» riservata al nascituro non contiene affatto il riconoscimento di un suo *diritto soggettivo alla vita*; quel dovere di tutela si riferisce soltanto a un «interesse oggettivo di rango costituzionale», la cui salvaguardia, non potendo essere intesa come assoluta, può e deve essere bilanciata –

¹⁸ Su questi profili, in senso critico, nel contesto di una riflessione collettiva sul processo costituente cileno, A. PERIN, I. ACKERMANN, *¿Mandatos de criminalización en la Constitución?*, in C. CABEZAS, E. CORN (a cura di), *Derecho penal y nueva Constitución*, Santiago de Chile, 2021, 93 ss.

¹⁹ La vigente Costituzione del 1980 prevede obblighi di criminalizzazione all’art. 9 (in materia di terrorismo) e all’art. 79 (in materia di responsabilità dei giudici per corruzione e abuso di funzioni).

²⁰ Come noto, la vigenza di un particolare obbligo implicito di tutela penale è stata sostenuta proprio contro la depenalizzazione dell’aborto, quando, a partire dagli anni Settanta, diversi Paesi adottarono riforme che consentivano, a determinate condizioni (termini e/o indicazioni, a seconda del modello), l’interruzione volontaria di gravidanza. Ciò spinse i settori politici e accademici più conservatori – spesso adesi a determinati valori religiosi – a ricorrere all’argomento della necessaria tutela penale della vita, quindi anche della vita del concepito. Anche per altri riferimenti, da ultimo, A. PERIN, I. ACKERMANN, *op. cit.*, 97 ss.

²¹ Il fine moralmente positivo (voluto e dovuto) porta con sé un male inevitabile (preterintenzionale): su queste basi, cfr. M.M. OSSANDÓN, *Aborto y Justificación*, in *Revista Chilena de Derecho*, 39, 2, 2012, 325 ss.; R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *¿Está el derecho penal al margen de discusiones axiológicas? A propósito de la sentencia del Tribunal constitucional chileno sobre la despenalización de la interrupción del embarazo*, in *Revista Chilena de Derecho*, 49, 1, 2022, 180 ss. Al riguardo, M. KOTTOW, *Desde la Bioética: comienzo y final del cuerpo humano*, Santiago de Chile, 60 ss., rileva che il principio del “duplice effetto”, nato in seno alla Chiesa ma non accettato unanimemente dalla teologia cattolica, non costituisce un argomento logico, ma una giustificazione valida solo per una dottrina che preveda divieti assoluti che, in casi eccezionali, si devono trasgredire.

²² Attesa la dottrina indicata, R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 183 e 190, a proposito della prima indicazione “scriminante” – il rischio vitale della gestante – ora prevista dalla L. 21.030 (*infra*, § 5).

²³ In questo senso, le affermazioni del dott. Ramiro Molina (Universidad de Chile) davanti alla *Comisión de Salud* del Senato, nel corso delle audizioni svoltesi fra agosto e settembre 2011, a proposito dei progetti di legge presentati fra 2009 e 2010 (*supra*, nt. 15), in F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 81.

dal legislatore – con altri beni e interessi concorrenti ed eventualmente prevalenti²⁴. Del resto, lo stesso art. 19, n. 1, par. 1, Const., come visto, assicura protezione al «*derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*»; pertanto, anche nei riguardi della gestante – come di qualunque altra persona –, sull'assolvimento dei doveri di cura attraverso il corretto esercizio della *lex artis* medica non può interferire alcuna minaccia o condizionamento del diritto penale.

Al di là del tenore letterale dell'art. 119 C.s. e di ulteriori riflessioni *de lege ferenda*, si trattava dunque di ragionare sui margini di applicabilità delle esimenti generali previste dal sistema penale (se possibile – cosa in sé controversa –, oltre l'intervento terapeutico abortivo *inevitabile*, a fronte di un *rischio* per la gestante tollerato dalla dottrina teologica²⁵, quindi ad es. anche in ipotesi di *grave danno per la salute*).

Due, in questo senso, le cause potenzialmente giustificanti. (1) L'aborto sarebbe stato consentito qualora *raccomandabile* in virtù della *lex artis* medica, nell'*adempimento di un dovere* o nell'*esercizio legittimo della professione* (art. 10, n. 10, C.p.), con l'obiettivo di salvaguardare la salute della gestante²⁶. (2) Inoltre, dopo l'introduzione della nuova figura di *stato di necessità* (art. 10, n. 11, C.p., in virtù della L. 20.480 del 2010), si è ritenuto che l'aborto potesse risultare scriminato (o comunque scusato) purché non vi fosse altro mezzo praticabile e meno dannoso per evitare il pregiudizio, quindi in casi di estrema urgenza e gravità²⁷.

5. La Legge 21.030 del 2017

5.1. Profili generali

Il dibattito circa il significato dell'art. 19 Const. – e il controverso bilanciamento fra i diritti della persona e la protezione del concepito – ha segnato anche il confronto pubblico e parlamentare che ha portato all'approvazione della disciplina vigente²⁸.

²⁴ A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud*, cit., 160 ss. Sul diritto all'integrità fisica e psichica (della gestante), quale fondamento bioetico dell'assenza di un dovere solidaristico di portare a termine una gravidanza indesiderata, A. ZÚÑIGA FAJURI, *La constitucionalidad del aborto. Presentación ante la Comisión de Constitución del Senado*, in <http://cifde.cl/testimonial/aborto/> (ultima consultazione 09/01/2023), rilevando anche che il dato letterale dell'art. 19 Const., laddove assicura protezione alla vita della persona e, separatamente, al concepito, mostra inequivocabilmente che il secondo non può essere equiparato alla prima. Analogamente, C. DONOSO SABANDO, *Despenalización del aborto en Chile. Una cuestión de justicia social*, in *Acta Bioethica*, 22, 2016, 162 ss.

²⁵ Il «fondamento politico della Legge 18.826 – ricorda A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud*, cit., 143 ss., 157 ss. – non viene dall'ordine costituzionale, ma dalla teologia morale cattolica».

²⁶ Cfr. A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La licitud*, cit., 146 ss., anche con riferimento al periodo storico precedente all'introduzione, nel 1931, del C.s.; H. HERNÁNDEZ, J. COUSO, *Código Penal Comentado. Libro Primero (arts. 10 a 105), Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, 2011, 265.

²⁷ Sempre che, fra le altre condizioni, si potesse inoltre ritenere rispettata quella per cui «*el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita*»: si sarebbe configurata un'ipotesi di stato di necessità "difensivo", in quanto rivolto nei confronti della fonte del «male attuale o imminente» che, a norma dell'art. 10, n. 11, C.p., si tratta di evitare. Cfr. A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *La píldoras del día después ante la jurisprudencia*, in *Estudios públicos*, 95, 2004, 72, nota 48.

²⁸ Cfr. di nuovo F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 87 ss., i quali rilevano che neppure il riconoscimento (dagli autori non condiviso) di un «diritto alla vita del concepito» avrebbe impedito di sostenere la legittimità

L'iter legislativo della L. 21.030/2017²⁹ iniziò nel 2015 durante il Governo della Presidente della Repubblica Michelle Bachelet³⁰. Il progetto di legge approvato dal Congresso venne però sottoposto al vaglio di costituzionalità preventivo che, come vedremo nel paragrafo successivo, portò ad una controversa modifica della parte concernente l'obiezione di coscienza (d'ora in poi: OC).

L'art. 2 della L. 21.030 modifica anzitutto l'art. 344 C.p., aggiungendo un rinvio espresso (di seguito sottolineato in corsivo) alla prima parte del co. 1., che attualmente recita quanto segue: «*La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo*».

I «casi consentiti dalla legge» sono quelli ora previsti e disciplinati dagli artt. 119 e 119-bis, C.s. (art. 1, L. 21.030), cioè le tre ipotesi generali che, in virtù della constatazione di interessi prevalenti (i diritti della gestante), consentono l'interruzione di gravidanza impedendo l'applicazione di quelle fattispecie di reato (*supra*, § 2).

L'art. 119, co. 1, C.s., stabilisce quindi che: «*Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:*

- 1) *La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.*
- 2) *El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.*
- 3) *Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación».*

Fra i modelli di disciplina in questa materia, il legislatore cileno, nel lasciarsi alle spalle il divieto del 1989, ha optato per un sistema “misto” basato su tre indicazioni.

Una prima questione generale attiene alla natura delle tre esimenti. Secondo l'orientamento da condividere, comunque, si tratta di “cause di giustificazione” e non, invece, di mere “scusanti”. La natura “scriminante” delle indicazioni è data in effetti dal giudizio di prevalenza dei beni giuridici della gestante su quelli del concepito; non si tratta, insomma, di mera «inesigibilità» (logica che replicherebbe un atteggiamento paternalista nei confronti della donna³¹), ma di oggettiva assenza di anti-giuridici-

costituzionale della disciplina che stiamo per esaminare, attesa la necessità di coniugare la protezione di quel bene giuridico con la tutela dei diritti fondamentali della gestante.

²⁹ Consultabile in <https://bcn.cl/2fd6u> (ultima consultazione 09/01/2023).

³⁰ Gli atti dell'iter legislativo sono disponibili in BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 21.030*: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6701/> (ultima consultazione 09/01/2023). Interessanti annotazioni sul processo di approvazione, sulle dinamiche parlamentari e sugli equilibri politici interni al governo della Presidente Bachelet, in V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto del Tribunal Constitucional de Chile: evitando la excepcionalidad en el trato de la mujer embarazada como sujeto de derecho*, in *Aborto en tres causales en Chile*, cit., 122 ss.

³¹ Il sistema, adottando un atteggiamento “scusante”, si esprimerebbe idealmente così: *in quelle circostanze, non avresti proprio potuto agire altrimenti...per cui ti perdono*.

cità – a determinante condizione, assicurate dall'intervento del sistema sanitario – in base a giudizi di valore espressi dall'ordinamento giuridico³².

La funzione delle tre scriminanti sarebbe equivalente a quella svolta dalla meta-norma dell'art. 10, n. 10, C.p. (*supra*). Pertanto, un'interruzione di gravidanza che ne soddisfi una qualsiasi, e che sia effettuata secondo i requisiti formali stabiliti, costituirà una realizzazione virtualmente tipica, ma giustificata (non antiggiuridica), del delitto di aborto del medico (art. 345 C.p.) e della gestante (art. 344 C.p.)³³.

Trattandosi di «condizioni procedurali di giustificazione», sia i medici chiamati a diagnosticare la prima e la seconda indicazione (*rischio vitale per la gestante e incompatibilità extrauterina del feto*), sia l'*équipe* chiamata a valutare la sussistenza della terza (*violenza sessuale*), devono rispettare attribuzioni, indicazioni e termini stabiliti per legge e stendere una relazione per dar conto della sussistenza dei presupposti dell'indicazione applicabile.

Spettando al sistema sanitario la verifica delle condizioni scriminanti, non è richiesto alcun intervento dell'autorità giudiziaria³⁴.

5.2. Le tre indicazioni scriminanti

(1) La prima scriminante richiede «che la donna si trovi in una condizione di rischio vitale, tale per cui l'interruzione della gravidanza eviti un pericolo per la sua vita» (art. 119, co. 1, n. 1, C.s.).

La *ratio* sottesa a questa indicazione (perfettibile sul piano della tecnica normativa) consiste nella protezione della vita della gestante.

Sul piano formale e procedimentale, l'art. 119-*bis*, co. 1, C.s. richiede solo una «diagnosi medica» e non prevede termini né che essa sia rilasciata da uno specialista.

Sul piano sostanziale, essa potrebbe apparire tendenzialmente più stringente rispetto al previgente «fine terapeutico» che, secondo le interpretazioni più liberali, avrebbe consentito l'aborto anche quando il pregiudizio da evitare avesse riguardato la salute/integrità della gestante, ma non necessariamente la sua vita³⁵.

Fra gli altri aspetti, va annotato che: (i) l'interruzione sarà lecita anche qualora il rischio derivi da una condizione clinica soltanto aggravata dalla gravidanza; (ii) l'aborto sarà lecito, inoltre, anche qualora esistano strategie terapeutiche alternative o qualora la morte non sia conseguenza certa in ipotesi di prosecuzione della gravidanza (deve prevalere la volontà della paziente, come in qualunque altro caso); (iii) il *pericolo di suicidio*, a giudizio di alcuni, assumerebbe rilievo giustificante solo qualora derivi da una condizione clinica della gestante, non da una sua libera determinazione³⁶, ma questa soluzione nasconde un rischio di stigmatizzazione e colpevolizzazione, per cui, se il rischio oggettivamente

³² M.A. REYES, J.A. WINTER, *Panorama de la Ley N° 21.030 sobre interrupción voluntaria del embarazo*, in *Academia Judicial de Chile*, 2 ss.; F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 77 ss., 92 ss., spec. 95, sull'accezione paternalista e *machista* che assumerebbe l'idea "scusante", se applicata alla decisione di abortire, sottesa al principio di inesigibilità. Cfr. R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 177 ss.

³³ M.A. REYES, J.A. WINTER, *op. cit.*, 2 ss.

³⁴ F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 92 ss., spec. 95-96.

³⁵ Il che spiega il rilievo sussidiario attribuibile alle "scriminanti" indicate al § 2 e in conclusione del § 4.

³⁶ Si richiede cioè che sia «affetta da qualche disabilità o disturbo mentale» (M.A. REYES, J.A. WINTER, *op. cit.*, 17) che metta a serio rischio la sua vita.

esiste, gli si dovrebbe comunque attribuire rilievo scriminante, a prescindere da qualsivoglia ipotetica – scivolosissima – indagine sulle cause del proposito suicida³⁷.

(2) La seconda esimente riguarda l'ipotesi in cui «l'embrione o il feto sia affetto da una patologia congenita acquisita o genetica, incompatibile con la vita extrauterina autonoma, comunque di natura letale» (art. 119, co. 1, n. 2, C.s.).

L'interesse prevalente è ancora l'integrità della gestante, in tutte le sue dimensioni.

Sul piano formale, l'art. 119-*bis*, co. 2, C.s., richiede due diagnosi mediche rilasciate da specialisti, prima dell'intervento e per iscritto (tuttavia, la norma non specifica la specializzazione richiesta).

Quanto al contenuto, bastino le seguenti precisazioni: (i) nei casi di patologie/malformazioni provocate intenzionalmente dalla gestante o da terzi, il medico che effettui l'interruzione agirà comunque legittimamente, mentre il terzo sarà imputabile per delitto di aborto doloso (art. 342 C.p., eventualmente quello della gestante, *ex art.* 344 C.p.); (ii) non rilevano eventuali concorsi "colposi" della gestante (l'auto-aborto colposo non è previsto come reato); (iii) medici che rilascino false diagnosi saranno imputabili *ex art.* art. 345, C.p., mentre non rileva l'errore diagnostico colposo (l'art. 345 C.p. punisce solo la forma dolosa).

(3) La terza indicazione riguarda l'ipotesi in cui la gravidanza «sia conseguenza di una violenza sessuale, a condizione che non siano trascorse più di dodici settimane di gestazione». Nel caso si tratti di una gestante «di età inferiore a 14 anni, l'interruzione della gravidanza può essere eseguita purché non siano trascorse più di quattordici settimane di gestazione» (art. 119, co. 1, n. 3, C.s.).

La *ratio* può essere individuata nella inesigibilità dell'obbligo di tollerare una gravidanza prodotta da un atto sessuale non consensuale, che costituirebbe una forma di tortura³⁸. Sullo sfondo, quindi, troviamo ancora l'integrità e la salute, in tutte le due dimensioni, e l'autonomia della donna³⁹.

Formalmente, l'art. 119-*bis*, co. 3, C.s. richiede che venga costituita un'*équipe* sanitaria al fine di verificare che la gravidanza sia stata il prodotto di violenza e che non siano state superate le dodici o, se del caso, le quattordici settimane di gestazione⁴⁰. Se la gestante è minorenni, il responsabile del centro ospedaliero deve sporgere denuncia al Pubblico Ministero, alla polizia o a un Tribunale di garanzia competente (artt. 369 C.p., 175-d e 200 C.p.p.), nonché notificare il fatto al Servizio Nazionale per i minori. Se invece la gestante è maggiorenne e non ha denunciato il reato, lo stesso responsabile è tenuto soltanto ad informare il Pubblico Ministero.

³⁷ Dovrebbe comunque sempre valere il criterio medico: se c'è fondato pericolo, l'aborto è lecito come in qualunque altro caso. D'altra parte, in un sistema di *indicazioni tassative*, la soluzione più ragionevole appare quella di "liberalizzare" del tutto questa indicazione, consentendo che basti constatare il rischio di suicidio (come tale dichiarato dall'interessata) per accedere all'interruzione di gravidanza, così da evitare incentivi perversi (ad es. atti auto-lesivi) e di far ripiombare la gestante nella tentazione dell'aborto clandestino o comunque non assistito dal Sistema Sanitario.

³⁸ A. ZÚÑIGA, *La constitucionalidad del aborto*, cit.; con l'avvertenza di non intendere detta *inesigibilità* in senso paternalistico, ma come ragione oggettivamente giustificante.

³⁹ Al riguardo, v. ad es. A. MONTERO VEGA, *Algunas consideraciones y reflexiones en torno al debate sobre el aborto y su despenalización por tres causales en Chile*, in *Aborto en tres causales en Chile*, cit., 115 ss.

⁴⁰ L'*équipe* può essere un organo permanente dell'istituto ospedaliero oppure può essere costituita *ad hoc* per un caso specifico. La legge non fissa regole per la sua costituzione o le sue modalità di funzionamento. Né disciplina la procedura di risoluzione delle controversie tra i suoi membri.

Quanto alle condizioni per questa indicazione, il C.s. stabilisce che si deve trattare di «*violación*», concetto al quale appaiono riconducibili: (i) il delitto di «*violación*» di cui all'art. 361 C.p. (accesso carnale non consentito), nonché quello commesso contro una minore di quattordici anni, punito dall'art. 362 C.p.; (ii) qualunque abuso sessuale⁴¹; (iii) il delitto di «*estupro*», cioè l'accesso carnale commesso nei confronti di una persona con più di quattordici anni ma ancora minorenni, punito a determinate condizioni indicative dell'assenza di un consenso pieno all'atto, ai sensi dell'art. 363 C.p. Ad ogni modo, la questione dell'esatta definizione dei reati idonei ad integrare l'indicazione appare più virtuale che reale, poiché è da escludere che a un'*équipe* medica possa essere richiesto di determinare, non solo la fattispecie ipoteticamente integrata, ma anche se reato c'è stato. Dovrebbe quindi bastare, come criterio generale, che appaia credibile/verosimile che la gestante abbia subito una violenza sessuale, nel senso più ampio possibile; cioè che dichiari che la gravidanza è prodotta di un atto sessuale avvenuto senza il suo (pieno) consenso. Appare comunque discutibile, in questa terza ipotesi, la scelta di obbligare la gestante che intenda accedere alla prestazione sanitaria a subire anche lo scrutinio di un'*équipe* medica.

6. L'ampliamento dell'obiezione di coscienza da parte del Tribunal Constitucional (2017)

Soffermiamoci ora sulle questioni di costituzionalità sollevate durante l'iter legislativo mediante due ricorsi al *Tribunal Constitucional* (d'ora in poi: TC)⁴², il quale, all'esito del vaglio preventivo, con sentenza del 28 agosto 2017 ha stabilito la generale costituzionalità del progetto di Legge (d'ora in poi: p.d.L.), salvo in materia di obiezione di coscienza⁴³.

Il TC si muove fra le seguenti coordinate costituzionali: 1) la protezione del concepito, di cui all'art. 19, n. 1 (par. 1-2), Const.⁴⁴; 2) il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazioni arbitrarie⁴⁵; 3) la

⁴¹ M.A. REYES, J.A. WINTER, *op. cit.*, 23.

⁴² Il TC, nell'ordinamento cileno, può svolgere anche un penetrante controllo preventivo di legittimità costituzionale (ai sensi degli artt. 92 ss. Const., spec. art. 93, n. 3), ragion per cui, criticamente, è stato percepito come una sorta di terza camera politica, espressione della volontà del costituzionalismo autoritario storico di ostacolare qualunque istanza riformista che intenda allontanarsi dal modello del 1980. Cfr. ad es. *infra*, nota 70. Eloquenti, al riguardo, le affermazioni di Jaime Guzmán Errázuriz (costituzionalista al servizio del regime militare e membro della *Comisión Ortúzar*, redattrice della Const. del 1980), sull'obiettivo – in buona parte raggiunto – di «*neutralizar la agencia política del pueblo*»; circoscrivere cioè un terreno costituzionale che, «qualora arrivino a governare gli avversari», faccia sì che «si vedano costretti a seguire una linea d'azione non tanto diversa da quella che uno desidererebbe», facendo cioè in modo «che – si perdoni la metafora – il margine di alternative che il campo effettivamente impone a chi ci gioca sia sufficientemente ridotto da rendere estremamente difficile agire altrimenti»: J. GUZMÁN E., *El camino político*, in *Rev. Realidad*, 1, 7, 1979, 19.

⁴³ Trib. Const., Rol 3729-17, 28 agosto 2017 (d'ora in poi: TC-2017), disponibile anche in <https://www.biodiritto.org> (ultima consultazione 12/01/2023). Per alcuni commenti di diverso orientamento, cfr., da una parte, Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *Comentarios relativos a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres casuales*, in *Anuario de Derecho Público*, 2018, 125 ss.; V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 121 ss., 133 ss.; dall'altra, R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 173 ss.

⁴⁴ TC-2017, cit., 21 ss.

⁴⁵ TC-2017, cit., 30 ss.

libertà di coscienza e il diritto ad esercitare la professione sanitaria⁴⁶; 4) l'autonomia dei corpi intermedi⁴⁷.

La sentenza si articola in due capitoli⁴⁸: il primo a proposito delle tre indicazioni "scriminanti"; il secondo sull'obiezione di coscienza⁴⁹. Fra gli altri profili di interesse, vale la pena porre l'accento su quelli riguardanti lo statuto del nascituro, le facoltà del legislatore, i diritti fondamentali della donna e l'obiezione di coscienza⁵⁰.

Quanto alla prima parte, il TC ritiene non fondate tutte le questioni. I ricorsi, presentati da alcuni esponenti conservatori del Congresso, sostenevano che la previsione delle tre ipotesi di aborto lecito e l'istituzione delle rispettive prestazioni sanitarie avrebbero violato l'*obbligo costituzionale di tutela della vita del nascituro* (art. 19, n. 1, Const.)⁵¹.

Rispetto a questo presunto obbligo di tutela penale, la sentenza esprime un mutamento radicale di orientamento rispetto a quanto asserito dallo stesso TC quando, a proposito della pillola abortiva, aveva stabilito che il concepito godeva di un diritto alla vita, costituzionalmente garantito e di carattere assoluto⁵². Questa volta, il TC abbandona il dogma dell'equiparazione fra concepito e persona (considerando 40) e afferma che la protezione del nascituro incontra un limite nella tutela dei diritti della donna, che devono prevalere (c. 79)⁵³. Il TC chiarisce inoltre che l'art. 19 Const. non prevede alcun obbligo di sanzione penale dell'aborto; il legislatore resta libero di stabilire come tutelare l'esistenza prenatale (cc. 32 e 92)⁵⁴. Insomma: la decisione di disciplinare l'interruzione di gravidanza risponde ad un'opzione legislativa costituzionalmente legittima (cc. 10, 88, 89, 103)⁵⁵.

Il ragionamento di questa prima parte si completa con la specificazione degli interessi prevalenti, cioè i diritti della donna come *persona* e come *paziente*. Quanto al secondo profilo⁵⁶, il TC ricolloca

⁴⁶ TC-2017, cit., 32 ss.

⁴⁷ TC-2017, cit., 35 ss.

⁴⁸ Approvati a maggioranza: sei voti favorevoli contro quattro, la prima parte; otto contro due, la seconda.

⁴⁹ TC-2017, cit., 44 ss.

⁵⁰ Per maggiori dettagli e argomenti circa i medesimi profili, Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 125 ss.

⁵¹ Sulle tesi contenute nei ricorsi presentati dai deputati e dai senatori della destra parlamentare, per tutti i riferimenti, cfr. Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 128; V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 125 ss., 133 ss.

⁵² Sentenza del TC, 740-2007. Al riguardo, cfr. ancora V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 132-133; Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 130.

⁵³ TC-2017, cit., 103. Già la sentenza della *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, nel caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, del 28 novembre 2012, negò che il *concepito* fosse *persona* ai sensi dell'art. 4.1 della *Convención Americana de Derechos Humanos* («derecho a la vida»).

⁵⁴ TC-2017, cit., 110. Sul punto, per la tesi infine accolta dal TC, v. la relazione di V. UNDURRAGA VALDÉS, *Presentación ante Comisión de Salud del Senado. Proyecto que Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales (Boletín N. 9895-11)*, 18 luglio 2016, criticando anche la pretesa del legislatore storico, contraria al principio della *ultima ratio*, di incentivare la prosecuzione della gravidanza per mezzo della minaccia e del simbolismo troppo spesso associato all'esercizio del potere punitivo.

⁵⁵ TC-2017, cit., 108 ss. Su questi profili, Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 131 ss.

⁵⁶ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 136, osserva come curiosamente il TC si soffermi molto su aspetti che non dovrebbero sollevare dubbi. Nel c. 35, ad es., leggiamo: «[...] la mujer es persona; como tal sujeto de derecho. Por lo mismo, tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre los primeros, puede hacer valer en su favor: su libertad e igualdad (artículo 1 inciso 1° y 19 N° 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 N° 2), su derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1), su derecho (artículo 1) N° 9), a la privacidad (artículo 19 N° 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1°). La mujer es,

l'intervento abortivo nell'alveo delle prestazioni sanitarie e dell'autonomia di chi le riceve: chiarendo che «la maternità è un atto volontario, non un'imposizione dello Stato ad ogni costo» (c. 47); riconoscendo l'autonomia della donna quanto alle decisioni legate alla gravidanza (c. 99); ricalcando che sulla protezione del concepito prevalgono i diritti della gestante (c. 79)⁵⁷; e sottolineando, in merito alla terza indicazione, che la donna non deve sopportare il peso degli effetti della violenza subita e che le convenzioni internazionali impongono allo Stato di adottare misure volte a evitare violenze fisiche, sessuali e psicologiche nei suoi confronti (c. 109)⁵⁸.

In sintesi, il TC giunge ad assicurare che la disciplina dell'interruzione di gravidanza per le tre indicazioni previste non configura un nuovo diritto all'aborto né un privilegio, ma s'inserisce nell'alveo del «diritto alla tutela della salute che le donne esercitano in condizioni di parità rispetto a qualunque altra persona». Il legislatore non può imporre alle donne più oneri di quelli richiesti a chiunque altro e deve rispettare la sua autonomia, garantendole la corrispondente prestazione sanitaria⁵⁹.

La seconda parte affronta la questione dell'OC, adottando, in sede di controllo preventivo, una decisione di incostituzionalità parziale del p.d.L. e comportando un ampliamento molto rilevante del campo d'applicazione dell'istituto.

Il p.d.L., oggetto di ricorso, prevedeva che la OC potesse essere «invocata da chiunque facesse parte del personale coinvolto nell'interruzione di gravidanza che si trovasse nel reparto al momento dell'intervento» (art. 1, n. 3, p.d.L: la OC avrebbe quindi avuto carattere strettamente personale, mai istituzionale), anche trattandosi di personale sanitario del sistema pubblico, ma a condizione che l'intervento medico potesse essere rinviato, qualora si trattasse della *prima indicazione*, e soltanto se la scadenza del termine non fosse imminente, nel caso della *terza*.

Questo regime è modificato dal TC, che interviene (i) sulle disposizioni che attribuivano la facoltà di invocare l'OC solo alle persone fisiche (personale medico o tecnico del reparto), consentendo invece l'OC istituzionale, e (ii) su quelle che la escludevano in ipotesi di imminenza dei termini della *terza indicazione*, situazione in cui l'OC è ora invocabile.

L'art. 119-ter C.s., come infine approvato all'esito dell'esame di costituzionalità, stabilisce che: «*El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo [...] podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención [...]*».

en el lenguaje de la Constitución, una persona humana». Su quella parte della sentenza (anche i cc. 38-39), «timida» e «goffa» ma «lucida», cfr. V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto*, cit., 136.

⁵⁷ Argomento, quest'ultimo, idoneo a fornire elementi sufficienti a sostenere la costituzionalità di una depenalizzazione *molto più ampia* di quella prevista dalla L. 21.030: Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 137.

⁵⁸ TC-2017, cit., 117.

⁵⁹ Al riguardo, ampiamente, V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 134 ss., 137 ss., 140 ss., 143 ss., anche a proposito dell'opportuno richiamo del TC alla L. 20.584 (*Ley del paciente*), che riconosce – sia pur parzialmente – il valore del consenso informato quale espressione del principio di autonomia. Prima della sentenza, sull'idea di matrice kantiana per cui impone la gravidanza significa essenzialmente trattare la donna come *strumento* e non come *fine in sé stesso*, e quindi sui limiti opponibili ai doveri di solidarietà, A. ZÚÑIGA FAJURI, *op. cit.*; V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 145; per una sensibilità contraria al riguardo, R. GUERRA, R. MADRID, L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 176-177.

«La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución»⁶⁰.

Un limite rispetto alla possibilità di invocare la OC da parte del professionista sanitario resta solo rispetto alla *prima indicazione*:

«En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención».

Negli altri casi (seconda e terza indicazione), a fronte dell'OC del personale (medico o meno) di turno, si prevede che:

«[...] el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia»⁶¹.

Alla base del ragionamento che porta a questo regime, asserisce il TC che l'OC trova riparo nella «dignità delle persone che – singolarmente o in associazione con altri –, rifiutano di partecipare a determinate attività [...] per ragioni etiche, morali, religiosi, professionali, o altre di rilevanza qualificata» (c. 131)⁶².

Su questo punto – si è rilevato –, discostandosi notevolmente dalla tradizione comparatistica, il TC rende indistinguibili i confini tra OC e mera «libertà ideologica»⁶³. Basandola «non solo sulla tutela delle convinzioni religiose e morali, ma anche sulla libertà di associazione e sulla tutela dell'autonomia dei gruppi intermedi», si stravolgono i fondamenti dell'OC⁶⁴.

Circa la sua titolarità, il TC sostiene quindi che non vi sarebbe «alcun motivo giuridico per limitare l'obiezione di coscienza alle persone fisiche che esercitino la professione sanitaria; anche chi non lo è potrebbe avere legittime remore in coscienza» (c. 135)⁶⁵.

Oltre all'imperscrutabile nesso fra la dignità personale e la riscrittura del p.d.L. mediante l'inserimento dell'OC istituzionale⁶⁶, l'assenza di criteri chiari e restrittivi idonei a distinguere quali convinzioni possano giustificare l'OC e quali no – è stato osservato – è assai «inquietante». Atteso il ragionamento del TC, infatti, «per giustificare il rifiuto di porre in essere qualsiasi comportamento

⁶⁰ La contraddittoria redazione della disposizione (della seconda parte attesa la prima) si spiega in quanto il TC può, nel dichiarare che una norma è contraria alla Costituzione, procedere operando una “ablazione” totale o parziale della stessa, ma non può riscriverla. Il TC ha pertanto soppresso le parole «in nessun caso» dalla disposizione del p.d.L. che originariamente prevedeva che la «obiezione di coscienza è personale e in nessun caso può essere invocata da un'istituzione». Al riguardo, criticamente, V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 122, nota 3.

⁶¹ V., *infra*, nota 69.

⁶² TC-2017, cit., 128.

⁶³ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 138-139.

⁶⁴ V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia*, cit., 146 ss., 150, anche sulla successiva sent. del TC, Rol 5572-18-CDS, dove si torna a ricondurre l'OC alla tutela dei gruppi intermedi e alla libertà di associazione.

⁶⁵ TC, cit., 129-130.

⁶⁶ Esito duramente criticato anche da V. TORRES JELDES, *La despenalización del aborto en tres causales bajo una perspectiva humanista cristiana*, in *Aborto en tres causales en Chile*, cit., 67-68.

per legge doveroso [...] potrebbe essere invocata non solo una convinzione religiosa o ideologica, ma anche qualsiasi altra preferenza, desiderio, capriccio e persino un motivo discriminatorio individuale o istituzionale»⁶⁷.

Ad ogni modo, «benché lo Stato sia obbligato a rispettare la libertà di coscienza di tutti i cittadini, è obbligato anche a rispettare equamente i diritti che spettano ai medesimi e a farli rispettare»⁶⁸. Ampliando i margini dell'OC come fa il TC, però, si consente che, nella pratica, l'autonomia delle gestanti (in circostanze che possono essere drammatiche) resti – come difatti accade – subordinata alle decisioni corporative di ospedali, cliniche, università e personale sanitario, anche a prescindere dal fatto che si tratti o meno di conflitti di coscienza rilevanti⁶⁹.

Insomma, a dispetto dei diritti fondamentali, sessuali e riproduttivi, teoricamente assicurati nella prima parte della sentenza, l'esito della seconda in materia di OC finisce col pregiudicare notevolmente l'autonomia e la pari dignità delle donne⁷⁰.

7. La promessa mancata del processo costituente (2019-?)

Anche il TC ha comunque riconosciuto che l'attuale Costituzione non impedisce al legislatore di consentire l'interruzione volontaria di gravidanza a determinate condizioni idonee a garantire, prevalendo gli interessi della persona (la gestante), un *qualche grado* di protezione al concepito. Tuttavia, atteso l'esito descritto, era prevedibile che, nel nuovo scenario politico-costituente scaturito dalle rivolte sociali che dall'ottobre 2019 hanno attraversato il Cile⁷¹, la questione finisse nuovamente al centro del dibattito pubblico.

⁶⁷ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 140.

⁶⁸ F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 97.

⁶⁹ Questo scenario è denunciato dal report giornalistico di G. PIZARRO, *Todos los obstáculos y presiones que impiden a las mujeres acceder al aborto por tres causales*, in *Ciper Chile*, 04.09.2018, dove si mostrano le cifre di medici obiettori comunicate al Ministero della Salute a un anno dall'entrata in vigore della L. 21.030 e l'incapacità di garantire la prestazione sanitaria teoricamente assicurata dal C.s. anche all'interno delle strutture ospedaliere pubbliche. Nell'ottobre 2018 è stato pubblicato il *Reglamento del Ministerio de Salud* che disciplina l'esercizio dell'OC ai sensi dell'art. 119-ter C.s. (disponibile in: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/03/Reglamento-IVE.pdf>). Nel *Titulo III* si stabilisce che l'OC istituzionale non potrà essere invocata dalle strutture pubbliche, ma neppure da quelle private rispetto alle prestazioni ostetriche e ginecologiche comprese fra quelle "convenzionate" e che per loro natura debbano essere assicurate all'interno della struttura medesima (art. 13, co. 2).

⁷⁰ Y. ZÚÑIGA AÑAZCO, *op. cit.*, 141. Non trovando una base costituzionale rilevante, l'intervento del TC rappresenta – anche in questa occasione – «un'ingerenza difficilmente accettabile nell'esercizio della deliberazione democratica»: così, F. HARBOE BASCUÑÁN, I. CASTILLO VAL, *op. cit.*, 99-100; in termini equivalenti, V. TORRES JELDES, *op. cit.*, 68.

⁷¹ Ci si riferisce alle rivolte sociali esplose il 18 ottobre 2019, cui seguì l'*Acuerdo por la paz social y la Nueva Constitución* siglato il 14 novembre 2019 dalla maggioranza delle forze politiche rappresentate nel Congresso. L'accordo diede inizio al processo costituente e, con la promessa di superare – con la *Constitución Política* del 1980 – il modello neoliberale imposta dalla dittatura di Pinochet, alla progressiva ricomposizione dell'ordine pubblico. La L. 21.200, del 24 dicembre 2019, riformò il Cap. XV della vigente *Const.* (artt. 127 ss.) e stabilì la disciplina della fase costituente conclusasi con un drammatico arresto – come si dirà a breve – il 4 settembre 2022. La storia, cronologica e documentale, dell'intercorso processo costituente (2019-2022) è disponibile in: <https://www.bcn.cl/historia-de-la-constitucion/propuesta-2022> (ultima consultazione 15/02/2023).

La proposta per una “nuova costituzione” presentata il 4 luglio 2022 ha cercato così di riflettere una sensibilità culturale crescente – e da alcuni imprudentemente percepita come dominante nel Paese – nei confronti delle questioni di genere.

Facendosi interprete di quelle istanze, l’art. 61 del testo sottoposto a referendum popolare di approvazione prevedeva quanto segue:

- «1. *Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción.*
2. *El Estado garantiza su ejercicio sin discriminación, con enfoque de género, inclusión y pertinencia cultural; así como el acceso a la información, educación, salud, y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones.*
3. *La ley regulará el ejercicio de estos derechos.*
4. *El Estado reconoce y garantiza el derecho de las personas a beneficiarse del progreso científico para ejercer de manera libre, autónoma y no discriminatoria estos derechos».*

Questa disposizione, mettendo al centro la *libera (autonoma e informata) disposizione del proprio corpo* da parte della gestante e garantendo espressamente un *diritto all’aborto*, precisava che l’interruzione di gravidanza avrebbe dovuto essere disciplinata dal legislatore; eventualmente, quindi, oltre le tre ipotesi scriminate dalla riforma del 2017.

La proposta per una “nuova costituzione”, sottoposta all’approvazione popolare, è stata però respinta all’esito del referendum celebratosi, con voto obbligatorio, il 4 settembre 2022 (l’opzione *rechazo* ha raggiunto il 62%).

Una nuova fase costituente, avviata da un ulteriore accordo siglato da diverse forze politiche il 12 dicembre 2022 (cd. *Acuerdo por Chile*), è ora in corso⁷²; ma non è possibile, allo stato, prevederne gli esiti.

Ad ogni modo, nonostante l’attuale incertezza e vigente la Costituzione del 1980, pare auspicabile a chi scrive che la discussione pubblica, accademica e parlamentare in materia di aborto prosegua al fine di consentire l’esercizio effettivo dei diritti riconosciuti dal TC (nella prima parte della sentenza esaminata) e quindi nell’ottica di un futuro superamento della mera depenalizzazione in “*tres causas*” e della disciplina in materia di OC prevista dalla Ley 21.030 del 2017⁷³.

⁷² L’annuncio è disponibile in: <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=presidentes-del-senado-y-de-la-camara-anuncian-acuerdo-para-un-nuevo-proceso-constitucional> (ultima consultazione 15/02/2023).

⁷³ Depongono a favore di un regime di termini (a prescindere dalle indicazioni) alcuni spunti accennati, in particolare, nelle note 37 e 57, circa l’opportunità e la costituzionalità, rispettivamente, di una depenalizzazione più ampia rispetto a quella vigente. A proposito del p.d.L. n. 12038-34 – già archiviato e quindi non più in discussione –, che, in questo senso, prevedeva la depenalizzazione (atipicità in senso stretto, non mera “giustificazione”) dell’aborto volontario, a prescindere dai motivi, entro la quattordicesima settimana di gravidanza, ci si può comunque confrontare con F. LONDOÑO MARTÍNEZ, *Sobre la despenalización del aborto en régimen de plazo: velo de ignorancia, persona y libertad*, in *Humanitas*, 97, 2021, 276 ss., il quale, rievocando la posizione della dottrina cattolica (l’assunzione del *concepito* come *persona* titolare del diritto alla vita), propone un provocatorio

Special issue

esercizio critico basato sulla «teoria della giustizia» di J. Rawls, invitando il lettore a – cercare di – porsi *al di qua* del famoso «velo d'ignoranza». Cfr. i contributi cit. *supra*, note 24 e 59.



La saga della depenalizzazione dell'aborto in Messico

Irene Spigno*

THE SAGA OF THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN MEXICO

ABSTRACT: This text analyzes the situation of abortion in Mexico in the light of the judgment *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, with which the Supreme Court of Justice of the Nation declared the unconstitutionality of the provision of the Coahuila's Penal Code, according to which the voluntary interruption of pregnancy, apart from specific conditions, was a crime. This is a leading case, first of all because this is the very first time in which the discussion on the constitutionality of the prison sentence for women who decide to terminate their pregnancy voluntarily has been carried out from a gender perspective. Secondly, the ruling adopts an inclusive perspective that recognizes the right to decide for women and other people with gestational capacity (such as trans men, non-binary people, and other identities). Finally, the judgment recognizes the constitutional guarantee of women's right to decide on their life plan linked to motherhood.

KEYWORDS: Abortion; gender perspective; Supreme Court of Justice of the Nation; judicial doctrine; Mexico

ABSTRACT: Il presente testo analizza la situazione dell'aborto in Messico alla luce dell'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, con la quale la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha dichiarato l'incostituzionalità della norma del Codice penale di Coahuila che considerava l'interruzione volontaria della gravidanza, al di fuori di specifiche condizioni, un delitto. Si tratta di una sentenza di fondamentale importanza per varie ragioni. Innanzitutto, la discussione sulla costituzionalità della pena detentiva per le donne che decidono di interrompere volontariamente la gravidanza è stata svolta per la prima volta con una prospettiva di genere. In secondo luogo, la sentenza adotta una prospettiva inclusiva che riconosce il diritto di decidere non solo alle donne ma anche ad altre persone con capacità di gestazione (come gli uomini trans, le persone non binarie e altre identità). Infine, la sentenza riconosce la garanzia costituzionale del diritto delle donne di decidere sul proprio progetto di vita legato alla maternità.

* *Professoressa ordinaria di diritto costituzionale comparato e direttrice generale dell'Accademia Interamericana de Derechos Humanos dell'Universidad Autónoma de Coahuila (México). L'autrice ringrazia Paloma Lugo Saucedo e Santiago Daniel Sánchez Juárez, ricercatori dell'Accademia Interamericana de Derechos Humanos, per il loro fondamentale contributo all'attività di ricerca sul tema dell'aborto in Messico. Mail: irenespi-gno@uadec.edu.mx. Contributo su invito.*

PAROLE CHIAVE: Aborto; prospettiva di genere; Suprema Corte di Giustizia della Nazione; giurisprudenza; Messico

SOMMARIO: 1. Premessa. Il panorama della disciplina dell'aborto in America latina – 2. La depenalizzazione dell'aborto in Messico a livello locale – 3. La *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* – 4. A che punto siamo? Riflessioni finali.

1. Premessa. Il panorama della disciplina dell'aborto in America latina

L'interruzione volontaria della gravidanza continua ad essere al centro di forti polemiche in diverse parti del mondo.

Si tratta di un dibattito che si articola, da un lato, in una tendenza piuttosto chiara, che configura l'aborto come un delitto e, dall'altro lato, in un'inclinazione che invece lo considera come un diritto delle donne. I protagonisti della discussione sono sia le Assemblee legislative sia i tribunali e, in particolare, i giudici costituzionali, spesso chiamati a pronunciarsi sulla costituzionalità delle norme che permettono o proibiscono tale pratica¹.

In America latina, la disciplina dell'aborto è oggetto di una vivace polemica e di una grande varietà di regolamentazioni che possono essere sistematizzate nelle seguenti categorie. Innanzitutto, la cultura giuridica di alcuni Paesi latinoamericani (come El Salvador², Honduras³, dove il divieto di aborto è

¹ Secondo delle recenti ricerche, i tribunali latinoamericani si sono occupati del tema dell'aborto più negli ultimi vent'anni che nei cento anni precedenti: cfr. P. BERGALLO, *Aborto y justicia reproductiva. Una mirada desde el derecho comparado*, in *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 7.1, 2010, 1139-1166 e I.C. JARAMILLO SIERRA, *Introducción*, in P. BERGALLO, I.C. JARAMILLO SIERRA, J.M. VAGGIONE (comp.), *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Argentina, 2018.

² Il Codice penale de El Salvador, è stato riformato nel 1997 per includere un divieto assoluto della pratica abortiva: cfr. M.A. PEÑAS DEFAGO, *El aborto en El Salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres*, in *Península*, XIII, 2, 2018, 213-234, spec. 213. La riforma avvenne dopo la guerra civile degli anni Ottanta durante l'instaurazione di un nuovo sistema democratico, con i settori conservatori, politici e religiosi che si battevano per l'eliminazione della legislazione in vigore fino al 1974, che non puniva gli aborti terapeutici ed eugenetici e neanche quelli realizzati nel caso in cui la gravidanza era conseguenza di uno stupro: cfr. M.A. PEÑAS DEFAGO, *El aborto en El Salvador: tres décadas de disputas sobre la autonomía reproductiva de las mujeres*, cit., 216-217. Attualmente il Capitolo II del Codice penale de El Salvador è dedicato ai "delitti relativi alla vita dell'essere umano in formazione" e punisce l'aborto consensuale e personale (art. 133), l'aborto realizzato senza il consenso della persona gestante (art. 134), l'aborto aggravato, che si configura nel caso in cui l'aborto sia praticato da personale sanitario che abitualmente se dedica a realizzare tale pratica (art. 135), l'induzione o l'aiuto all'aborto (art. 136), quello colposo (art. 138), le lesioni colpose al nascituro (art. 139), la manipolazione genetica volontaria (art. 140) e quella colposa (art. 141). Per questi reati, le sanzioni possono andare dalla multa – per quelli colposi – fino a dodici anni di reclusione nel caso dell'aborto aggravato. L'art. 1 della Costituzione salvadoregna del 1983 considerava persona ogni essere umano dal momento del concepimento. Tale porzione normativa è stata poi abrogata nel 1999.

³ In Honduras, il divieto dell'aborto è previsto, a livello legislativo, nell'art. 196 del Codice penale.

sancito anche a livello costituzionale, dopo la riforma all'art. 67 della Costituzione avvenuta nel 2021⁴, Nicaragua⁵, Repubblica Dominicana⁶ e Haiti⁷) proibisce la pratica abortiva in termini assoluti, risultando questa vietata in ogni caso, ivi compresi quelli in cui la gravidanza sia conseguenza di uno stupro, il feto presenti delle gravi malformazioni o quando la vita della gestante sia in grave pericolo. Un secondo gruppo di Paesi dell'area permette l'aborto a certe condizioni, che possono essere previste dal legislatore (come nel caso del Brasile⁸, Costa Rica⁹, Guatemala¹⁰, Paraguay¹¹, Perú¹² e Venezuela¹³) o dalla giurisprudenza, come in Bolivia, Cile, ed Ecuador.

⁴ L'art. 67 della Costituzione dell'Honduras stabilisce che «*al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la ley*»: cfr. il decreto n. 192-2020.

⁵ L'art. 143 del Codice penale nicaraguense stabilisce che «*Quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión. Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario. A la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá pena de uno a dos años de prisión*». Tale disposizione è stata modificata nel 2007 dalla *Ley 641 de Reforma al Código Penal*, impulsata dal *Frente Sandinista de Liberación Nacional*, il cui leader è José Daniel Ortega Saavedra, attuale Presidente della Repubblica, al potere dal 2007: cfr. R. GRANELLI, *La penalización del aborto en Nicaragua. Una práctica de feminicidio de Estado*, Tesis de Maestría, Universidad de Granada y Università di Bologna, España e Italia, 2011.

⁶ L'art. 107 del Codice penale della Repubblica Dominicana prevede la sanzione con la reclusione da due a tre anni per chiunque, mediante alimenti, bevande, medicinali, sonde, trattamenti o qualsiasi altro mezzo, cagioni l'interruzione della gravidanza della donna o concorra a detto fine, anche quando la donna sia consenziente. La stessa pena è prevista per la donna che si auto-provoca l'aborto. Ciononostante, nel Paese vi è una forte pressione da parte di alcuni gruppi parlamentari per la depenalizzazione dell'aborto. Sul punto si v. A. BALBUENA, *El debate sobre el aborto y las tres causales: la cuestión de la autonomía de la mujer*, in *Perspectivas*, 2, 2018, 1-8, spec. 6. Nel 2017, fu presentato dalla *Comisión de Género* della Camera dei Deputati un disegno di legge di riforma del Codice penale, poi discusso e rigettato nel 2021, per cui l'aborto non è stato depenalizzato: si v. Amnesty International, *República Dominicana: Cámara de Diputados pone en riesgo la vida y salud de millones de mujeres y niñas*, 2021. Infine, l'art. 37 della Costituzione, riconosce il diritto alla vita dal momento del concepimento fino alla morte.

⁷ L'art. 262 del Codice penale di Haiti stabilisce che «*el aborto es punible en todos los casos y por todos los medios, con privación de la libertad tanto para la mujer cuanto para cualquiera otra persona que se involucre en el acto. Profesionales de salud y farmacéuticos que se involucren en el acto tendrán que prestar trabajos forzados*».

⁸ L'art. 126 del Codice penale brasiliano punisce l'aborto con una pena che va da uno a quattro anni. L'art. 128 stabilisce che l'aborto non sarà punito se non vi è un altro mezzo per salvare la vita della gestante o se la gravidanza è il risultato di uno stupro. Cfr. M.R.D.A. MACHADO, R.J. COOK, *Constitutionalizing Abortion in Brazil*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 5, 2018, 185-231.

⁹ In Costa Rica, le eccezioni all'aborto sono previste nelle cause di estinzione della pena in generale, poiché i nn. 4 e 5 dell'art. 121 del Codice penale indicano che, con sentenza, i giudici possono concedere la grazia a chi ha causato un aborto per salvare il proprio onore o lo ha prodotto a tal fine a un ascendente o discendente per consanguineità, o se la donna si è procurata un aborto nel caso in cui la gravidanza sia il prodotto di uno stupro. Sull'aborto in Costa Rica, si v. M.C. BARRANTES MASÍS, *Des-*



In Bolivia, il Codice penale sanziona il cd. “aborto semplice”, inteso come il cagionare la morte di un feto nel grembo materno o provocarne l’espulsione prematura, con la pena della privazione della libertà da due a sei anni, nel caso in cui l’aborto venga eseguito senza il consenso della donna o nel caso in cui questa sia minore di sedici anni. Nel caso in cui l’aborto sia stato praticato con il consenso della donna, è prevista una pena detentiva da uno a tre anni. Nel caso in cui l’aborto rimanga nello

penalización del aborto en Costa Rica desde una perspectiva médico-legal y social, in *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, 2, 33, 2022, 1-29.

¹⁰ L’art. 3 della Costituzione del Guatemala del 1985 riconosce il diritto alla vita dal momento del concepimento. Il Codice penale guatemalteco punisce l’aborto all’art. 133, sanzionando anche una serie di figure derivate dall’aborto cd. “semplice” come quello procurato (art. 134), con o senza consenso (art. 135), qualificato, che si configura nel caso in cui muoia la donna sottoposta ad aborto (art. 136), illegale, come conseguenza di un atto di violenza su una donna incinta (art. 138), tentato e colposo (art. 139). Tuttavia, l’art. 137 prevede la non punibilità di questa pratica nel caso in cui sia eseguito da un medico, con il consenso della gestante, e con una diagnosi preventiva favorevole di almeno un altro medico. Nel 2022 il Congresso guatemalteco approvò il Decreto 18-2022 che prevedeva un aumento delle pene e una criminalizzazione *tout court* (oltre che a proibire i matrimoni tra persone dello stesso sesso). Tuttavia, per la reazione sociale, il Presidente della Repubblica ha posto il veto all’entrata in vigore della normativa. Sull’aborto in Guatemala, secondo una prospettiva comparatista, si v. N.C. CABRAL, *Analisis Comparativo de las Leyes sobre el Aborto: Nicaragua, Guatemala y Estados Unidos*, in *ILSA J. Int’l & Comp. L.*, 28, 2021, 437 ss., spec. 451.

¹¹ L’art. 109 del Codice penale paraguayano stabilisce che la morte del feto è punita con pene detentive fino a cinque anni quando interviene la volontà della donna e fino a otto anni se avvenuta senza consenso. Ma nello stesso tempo ricorda che «non agisce illecitamente chi cagiona indirettamente la morte di un feto, se ciò, secondo la conoscenza e l’esperienza dell’arte medica, è necessario per proteggere la vita della madre da grave pericolo». Inoltre, l’art. 4 della Costituzione del Paraguay stabilisce che «*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción.*»: cfr. C. SOTO, M. MORAGAS, *Aborto, sistema penal y derechos humanos de las mujeres*, Centro de Documentación y Estudios, Paraguay, 2013, 17-24.

¹² Il Perù penalizza l’aborto – e lo classifica come auto-aborto – nell’art. 114 del suo Codice penale, così come l’aborto consensuale, non consensuale e preterintenzionale (artt. 115-118). Come il Paraguay, nemmeno il Perù considera punibile l’aborto praticato da un medico con il consenso di una donna incinta o del suo rappresentante legale, quando la vita della donna o la sua salute sono in grave pericolo (art. 119). Inoltre, viene sanzionato, ma con pene non superiori a tre mesi, anche l’aborto cd. “sentimentale” (nel caso in cui la gravidanza sia il risultato di uno stupro extraconiugale o fecondazione assistita non consensuale extraconiugale) e quello eugenetico, quando l’essere in formazione ha un’alta probabilità accertata di nascere con gravi difetti fisici o mentali: sull’aborto cd. “sentimentale” si v. P.L.V. Sánchez, *Delito de Aborto Sentimental en el Perú y su Despenalización*, in *Revista Ciencia y Tecnología*, 17, 3, 2021, 115-121.

¹³ Il Venezuela sanziona l’aborto “semplice” consensuale all’articolo 340 del Codice penale con la pena della reclusione da sei mesi a due anni. Solo nel caso in cui l’interruzione della gravidanza è necessaria per salvare la vita della madre, l’aborto non sarà punibile (art. 433). Allo stesso modo, nel caso in cui venga praticato l’aborto per salvare il proprio onore, quello della moglie, della madre, o del suo discendente, della sorella o figlia adottiva, la pena può essere ridotta da uno a due terzi. Cfr. M. León, *¿Es posible la despenalización del aborto en Venezuela?*, in *Revista venezolana de estudios de la mujer*, 20, 44, 2015, 35-52.



stadio del tentativo, la donna non è punibile¹⁴. Il Codice penale boliviano punisce anche l'aborto seguito da lesione o morte (art. 264), quello *honoris causa* (art. 265); l'aborto non punibile, che si configura quando l'aborto è conseguenza di un altro delitto come lo stupro o se necessario per proteggere la vita o salute della donna, sempre se praticato da un medico e previa autorizzazione giudiziaria (art. 266); quello preterintenzionale (art. 267), colposo (art. 268); e la pratica abituale dell'aborto (art. 269)¹⁵.

Tali disposizioni furono impugnate davanti al *Tribunal Constitucional Plurinacional*, che con sentenza 0206/2014 del 5 febbraio 2014 ne confermò la costituzionalità. In tale decisione, il Giudice costituzionale ha ritenuto che l'aborto non debba essere considerato un'attività legale in termini assoluti, in quanto contraria al principio costituzionale del rispetto del diritto alla vita; tuttavia, ha riconosciuto che tutte quelle barriere legali all'accesso a un aborto legale devono essere rimosse nei casi di incesto, stupro o rischio per la vita o la salute della donna¹⁶.

In Cile, fino al 2017, vi era un divieto assoluto di aborto¹⁷. Il 3 agosto di quell'anno, il Congresso Nazionale approvò il disegno di legge presentato nel 2015 dal governo di Michelle Bachelet che depenalizzava parzialmente l'aborto. Su tale progetto di legge si è espresso anche il *Tribunal Constitucional* confermandone la legittimità costituzionale¹⁸ e affermando che il mandato costituzionale previsto dall'art. 19 sulla protezione della vita del nascituro¹⁹ non costituisce in sé né una protezione né una mancanza di protezione, quanto piuttosto un obbligo per il legislatore di disciplinare determinate situazioni per evitare che le donne vengano utilizzate come strumenti per proteggere la vita del nascituro²⁰.

¹⁴ Si v. l'art. 263 del Codice penale della Bolivia.

¹⁵ Sull'aborto in Bolivia si v. O.F. CAMPOHERMOSO RODRÍGUEZ, R. SOLÍZ, *Legalización del aborto en Bolivia*, in *Revista Cuadernos*, 58, 2, 2017, 87-100.

¹⁶ Si v. la sentenza del *Tribunal Constitucional Plurinacional* 0206/2014, 5 febbraio 2014, *Fundamento jurídico* III.8.7.

¹⁷ L'aborto fu definito reato nel Codice penale del 1874. Tuttavia, nel 1931 furono stabilite eccezioni a scopo terapeutico nel Codice sanitario. Questa eccezione è stata mantenuta fino al 1989, quando la dittatura militare di Augusto Pinochet ha nuovamente penalizzato ogni tipo di interruzione volontaria di gravidanza: cfr. A. PALAVECINO CÁCERES, *Dilemas éticos y jurídicos a propósito del aborto en Chile*, in *Polis. Revista Latinoamericana*, 38, 3 settembre 2014.

¹⁸ Si v. la sentenza del *Tribunal Constitucional* cileno 3729/2017 del 28 agosto 2017: cfr. V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto del Tribunal Constitucional de Chile: evitando la excepcionalidad en el trato de la mujer embarazada como sujeto de derecho*, in L. CASAS BECERRA, G.M. VARGAS, (comp.), *Aborto en tres causales en Chile. Lecturas del proceso de despenalización*, Chile, 2019. Sul controllo preventivo di costituzionalità in Cile si v. S. VERDUGO, *Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador*, in *Estudios constitucionales*, 8, 1, 2010, 201-248 e J.L. SERÓN CANALES, *El Tribunal Constitucional Chileno: Órgano Jurisdiccional? Político o Legislador?*, in *En las Fronteras del Derecho*, 1, 2022, 1-6..

¹⁹ L'art. 19 della Costituzione cilena prevede che «*La ley protege la vida del que está por nacer.*»

²⁰ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, *Aborto y TC: Un fallo con profundas consecuencias éticas y jurídicas*, in *Ideas y Propuestas*, 232, 2017, 1-14, spec. 9.



Di conseguenza, grazie alla pronuncia del *Tribunal Constitucional*, il 14 settembre 2017 è stata approvata la Ley 21.030²¹ che modifica l'art. 119 del Codice sanitario cileno permettendo l'aborto nel caso in cui: 1) la gestante sia in pericolo di vita e l'interruzione della gravidanza eviti un pericolo per la sua vita; 2) l'embrione o il feto sia affetto da patologia congenita, acquisita o genetica, incompatibile con la vita extrauterina autonoma o comunque di natura letale; 3) la gravidanza sia conseguenza di uno stupro, purché non siano trascorse più di dodici settimane di gestazione. Tale termine viene esteso alle quattordici settimane di gestazione nel caso in cui la vittima dello stupro abbia un'età inferiore ai quattordici anni.

In Ecuador, l'art. 45 della Costituzione del 2008 stabilisce che lo Stato riconoscerà e garantirà la vita dal momento del concepimento e l'art. 149 del *Código Orgánico Integral Penal* (approvato nel 2014), prevede la pena privativa della libertà personale da uno a tre anni nel caso di aborto consensuale²². L'aborto non sarà punibile, secondo quanto previsto dall'art. 150, nei casi di pericolo per la vita o salute della gestante e se tale pericolo non può essere evitato con altri mezzi o se la gravidanza è conseguenza di stupro su donna affetta da disabilità psichica. L'ultima porzione normativa dell'art. 150 è stata analizzata dalla Corte Costituzionale ecuadoriana, con la sentenza *34-19-IN/21 y acumulados* del 28 aprile 2021, secondo la quale il fatto di prevedere l'esclusione della punibilità dell'aborto solamente nei casi in cui la donna vittima di violenza sia affetta da una disabilità mentale rappresenta una violazione ai principi di uguaglianza e non discriminazione nei confronti delle donne che sono comunque state vittime di violenza ma non hanno nessun tipo di disabilità, concludendo per l'incostituzionalità di tale norma. Dopo tale sentenza, l'art. 150 è stato modificato e attualmente prevede la non punibilità dell'aborto con riferimento a tutti i casi nei quali la gravidanza sia conseguenza di uno stupro.

Infine, alcuni Paesi dell'America latina permettono l'interruzione volontaria della gravidanza senza che sia necessaria nessuna condizione ma pur sempre dentro un determinato limite temporale. Anche in questo caso, alcuni Paesi hanno introdotto questa possibilità mediante una decisione del parlamento (così in Argentina²³, Cuba²⁴, Guyana²⁵ e Uruguay²⁶), mentre altri l'hanno fatto attraverso la

²¹ V. UNDURRAGA VALDÉS, *La sentencia de aborto del Tribunal Constitucional de Chile: evitando la excepcionalidad en el trato de la mujer embarazada como sujeto de derecho*, cit., 122 e ss.

²² Si v. G.G. MARITAN, *El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte*, in *Revista jurídica piélagus*, 15, 2016, 71-85.

²³ In Argentina, la Ley n. 27.610 del 30 dicembre 2020 ha depenalizzato l'aborto terapeutico, in caso di stupro e in ogni altro caso purché avvenga entro le prime quattordici settimane di gestazione: cfr. J.N. LAFFERRIÈRE, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610*, Argentina, 2021, 9. Sia consentito rinviare a I. Spigno, *Il finale felice della lunga storia dell'aborto in Argentina*, in *Blog Diritti-Comparati*, 12 aprile 2021.

²⁴ Cuba è stato uno dei primi Paesi al mondo a disciplinare l'aborto. Già nel 1936 stabilì nel suo Codice di Difesa Sociale (art. 443) l'ammissibilità dell'aborto in tre casi: nel caso in cui sia necessario per salvare la vita della madre o per evitare gravi danni alla sua salute; nel caso in cui la gravidanza sia il prodotto della commissione di un reato quale lo stupro o il rapimento non seguito da matrimonio; oppure, quando con il consenso di entrambi i genitori, l'aborto è necessario per evitare la trasmissione al feto di una grave malattia ereditaria o contagiosa: cfr. M.E. BENÍTEZ PÉREZ, *La trayectoria del aborto seguro en Cuba: evitar mejor que abortar*, in *Novedades en Población CEDEM*, 20, 2014, 87-

via giudiziale. Così è successo in Colombia, dove, grazie alla sentenza della Corte Costituzionale C-055-22 del 21 febbraio 2022, si è stabilita la depenalizzazione durante le prime ventiquattro settimane di gestazione; mentre, a partire da questo momento per il resto del periodo di gravidanza possono essere applicati i tre presupposti stabiliti dalla Corte costituzionale in una pronuncia di sedici anni fa – la sentenza C-355-06 – che ricorrono quando sussiste pericolo per la salute fisica o psichica della donna, nel caso in cui il feto abbia una grave malformazione tale da rendere impraticabile la sua vita extrauterina e, infine, nel caso di stupro, o del trasferimento di un ovulo fecondato o fecondazione artificiale non consensuale.

Anche in Messico, è stata la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN) a depenalizzare l'aborto, con la *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* che, oltre a dichiarare incostituzionali le disposizioni del Codice penale dello Stato di Coahuila che punivano l'aborto con una pena privativa della libertà personale, potrebbe favorire l'uniformazione all'interno di un quadro giuridico piuttosto variegato a livello statale. Il Messico è, infatti, uno Stato federale e tale caratteristica ha permesso che la disciplina dell'interruzione della gravidanza sia stata affidata all'autonomia normativa delle entità federative. Pertanto, non sorprende che molti Stati della Repubblica lo consentissero, mentre altri lo vietavano. Nelle pagine che seguono si analizzerà, innanzitutto, la progressiva (e purtroppo ancora limitata) depenalizzazione dell'aborto in Messico a livello locale (par. 2), per poi concentrarsi sulla citata sentenza *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, sottolineando i principali argomenti sviluppati dal giudice supremo messicano nella definizione del contenuto e della portata del diritto delle donne e delle persone gestanti a decidere il proprio progetto di vita in materia di maternità (par. 3). Chiudono il testo alcune riflessioni finali su quelle che possono essere, a quasi due anni di distanza dalla pronuncia, le sfide ancora aperte (par. 4).

104, spec. 93. Attualmente, il Codice penale del 1979 consente l'aborto nella sua forma più generale, essendo proibito solo l'aborto illegale nel caso in cui non sia praticato in una istituzione sanitaria ufficiale o praticato da una persona che non è un medico o senza il consenso della gestante.

²⁵ Nella Guyana, l'art. 4 del *Medical Termination of Pregnancy Act* del 1995 stabilisce che entro le prime otto settimane di gravidanza, è sufficiente il consenso della donna prestato davanti a un medico abilitato; tra le otto e le dodici settimane, l'aborto può essere praticato se sussiste un rischio per la salute della donna o del feto; tra le dodici e le sedici settimane, la gravidanza può essere interrotta se la salute della donna o del feto è in grave pericolo: cfr. N.G. CHIAPPARRONE, *El derecho al aborto en América Latina y el Caribe*, in *Revista Internacional de Estudios Feministas*, 3, 1, 2018, 192-223, spec. 202 e V. ARORA, I. VERMA, *Comentario: la Ley de Terminación Médica del Embarazo (Enmienda, 2021): Un paso hacia la liberación*, in *Ética india de J Med.*, VII, 1, 2022, 1-7.

²⁶ La *Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo* del 2012 stabilisce che l'aborto è sempre legale entro le prime dodici settimane di gestazione, mentre nei casi di stupro il termine è esteso a quattordici settimane, a condizione che venga presentata denuncia giudiziaria. Inoltre, il processo di aborto deve essere svolto da un gruppo interdisciplinare composto da esperti in ginecologia, psicologia e assistenza sociale per fornire quante più informazioni su rischi e possibili alternative: cfr. M. SCHENCK, *El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*, Ministerio de Desarrollo Social, Uruguay, 2013, 38 ss.

2. La depenalizzazione dell'aborto in Messico a livello locale

Il Messico è un Paese federale: ogni entità federativa ha autonomia normativa e, di conseguenza, la previsione dell'aborto come diritto o come reato dipende, *a priori*, da ogni congresso locale²⁷. L'art. 4 della Costituzione messicana riconosce sia il diritto umano all'eguaglianza, alla non discriminazione, alla salute, alla vita e alla libertà, ma anche il diritto di ogni persona a decidere in modo libero, responsabile e informato circa il numero e il momento in cui avere dei figli. La Carta fondamentale messicana riconosce, quindi, il diritto all'autonomia riproduttiva.

Nonostante ciò, l'aborto è ancora un delitto in ventuno Stati della Repubblica. Secondo il federalismo messicano, la materia penale – in termini generali²⁸ – corrisponde alla sfera locale. Di conseguenza, ciascuno dei codici penali delle trentadue entità federative disciplina il tema dell'interruzione volontaria della gravidanza diversamente: alcuni la considerano un reato con cause di esclusione della responsabilità (che quindi implicano che nel caso in cui venga praticato l'aborto in determinate circostanze questo non possa essere considerato delitto) o circostanze di non punibilità (e di conseguenza, anche se la condotta realizzata integra il tipo penale, questa non viene sanzionata).

La prima entità della Repubblica a depenalizzare l'aborto è stato l'allora Distretto Federale (ora Città del Messico)²⁹, nel 2007, dove da quel momento è possibile abortire durante le prime dodici settimane di gestazione senza la necessità che sussista una specifica condizione, essendo richiesto solo il consenso della persona gestante³⁰.

A seguito della depenalizzazione dell'aborto nel Distretto Federale, venti entità federative della Repubblica, sotto l'impulso di gruppi conservatori, hanno generato un'onda costituente per l'inclusione, nelle costituzioni locali, di disposizioni dirette a proteggere la vita dal momento del concepimento. Il proposito di tale strategia era quella di "blindare" gli Stati in modo che non seguissero l'esempio di Città del Messico. Due Stati, Coahuila³¹ e Chihuahua³², avevano già incluso norme simili nella propria Costituzione. La maggior parte di tali disposizioni continuano a essere vigenti³³.

²⁷ Si v. K. FELITTI, R. RAMÍREZ MORALES, *Pañuelos verdes por el aborto legal: historia, significados y circulaciones en Argentina y México*, in *Encartes*, 3, 5, 2020, 111-145, spec. 121.

²⁸ Vi sono comunque una serie di reati che rientrano nella competenza federale: cfr. l'art. 51 della *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*. Si v. inoltre SCJN, *Competencia de los juzgados de menores del fuero común para conocer de los delitos federales cometidos por adolescentes menores de 18 años y mayores de 12 años (régimen de transición constitucional)*, México, 2010, 15-36.

²⁹ Tale modifica è stata realizzata mediante riforma costituzionale ed è entrata in vigore nel 2018 con la nuova Costituzione politica di Città del Messico.

³⁰ Secondo l'art. 144 del Codice penale del Distretto Federale l'aborto è l'interruzione della gravidanza dopo la dodicesima settimana di gestazione e la pena prevista è quella della reclusione da tre a sei mesi o da 100 a 300 giorni di lavoro a favore della collettività.

³¹ L'art. 173, comma III, della Costituzione di Coahuila è stato introdotto nel 1989 e prevede il dovere dei genitori di garantire il diritto dei minori al soddisfacimento delle loro necessità e la loro salute fisica e mentale dal momento del concepimento. Tale disposizione è ancora vigente.

³² Si veda l'art. 5 della Costituzione di Chihuahua, introdotto nel 1994 e ancora vigente.

³³ Si vedano, a tale proposito, gli artt. 7 della Costituzione della Baja California e 1bis della Costituzione di Morelos, entrambi introdotti nel 2008. Sono stati invece introdotti nel 2009, e continuano a essere vigenti, gli artt. 4 della Costituzione del Chiapas, 3 della Costituzione di Durango, 1 della Costitu-

Mentre a Colima³⁴ e Oaxaca³⁵ tali disposizioni sono state abrogate da una riforma costituzionale, negli Stati di Aguascalientes³⁶, Nuevo León³⁷, Sinaloa³⁸ e Veracruz³⁹ è intervenuta la SCJN a dichiararle incostituzionali, sulla base della considerazione che le decisioni delle donne e delle persone gestanti sul proprio corpo sono protette dal diritto all'autodeterminazione, alla salute, al progetto di vita e a godere di una vita degna, sottolineando altresì come non spetta né alle corti e né agli organi legislativi stabilire in che momento inizia la vita, visto che non esiste un consenso nemmeno a livello scientifico su questo punto. In questo senso, secondo il giudice costituzionale messicano, riconoscere la protezione della vita dal momento della fecondazione implicherebbe garantire più diritti a un embrione piuttosto che a una persona⁴⁰.

Oaxaca è stato il secondo Stato messicano a depenalizzare l'aborto nel 2019 (dodici anni dopo Città del Messico)⁴¹. A partire da giugno 2021, sono intervenuti anche i legislatori di Hidalgo⁴², Veracruz⁴³,

zione di Guanajuato, 4 della Costituzione di Jalisco, 7 della Costituzione di Nayarit, 26 della Costituzione di Puebla, 2 della Costituzione di Querétaro, 13 della Costituzione di Quintana Roo, 16 della Costituzione di San Luis Potosí, 1 della Costituzione di Sonora e 1 della Costituzione dello Yucatán. Tamaulipas modificò l'art. 16 della sua Costituzione nel 2010.

³⁴ L'art. 1 della Costituzione di Colima, introdotto nel 2009, è stato abrogato dal decreto del 24 novembre 2021.

³⁵ Oaxaca ha depenalizzato l'aborto realizzato nelle prime dodici settimane di gestazione mediante una riforma legislativa intervenendo sia sulla *Ley de Salud* che sul Codice penale (si vedano gli artt. 312 e 315). La normativa oaxaqueña prevede la pena da tre a sei mesi di reclusione nel caso in cui l'aborto venga realizzato oltre le dodici settimane di gestazione o da 100 a 300 giornate di lavoro a favore della collettività (art. 315). Inoltre, l'art. 12 della Costituzione di Oaxaca, che prevedeva la protezione del diritto alla vita dal momento della fecondazione, è stato abrogato dal decreto 43 del 23 ottobre 2021.

³⁶ L'art. 2 della Costituzione di Aguascalientes è stato introdotto nel 2021 e poi dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 10 ottobre 2022 mediante la *Acción de Inconstitucionalidad 72/2021*.

³⁷ L'art. 1 della Costituzione di Nuevo León è stato introdotto nel 2019 e dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 26 maggio 2022, mediante le *Acciones de Inconstitucionalidad 41/2019 y su acumulada 42/2019*.

³⁸ L'art. 4bis della Costituzione di Sinaloa secondo il quale «*El Estado tutela el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido*» è stato introdotto nel 2018 e dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 9 settembre 2021, mediante la *Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018*.

³⁹ Anche l'art. 4 della Costituzione di Veracruz, introdotto nel 2017 per riconoscere la garanzia del diritto alla vita della persona dal momento del concepimento fino alla morte naturale, è stato dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 30 maggio 2022, mediante la *Acción de Inconstitucionalidad 85/2016*.

⁴⁰ In questo senso si v. *ex plurimis* la *Acción de Inconstitucionalidad 106/2018*.

⁴¹ Si v. *supra* nota n. 29.

⁴² Lo Stato di Hidalgo non aveva nemmeno introdotto una clausola costituzionale diretta a proteggere la vita dal momento della fecondazione. Nel 2021 si modificò l'art. 154 del Codice penale per consentire la depenalizzazione dell'aborto nelle prime dodici settimane di gestazione, anche se le pene aumentano da sei mesi a un anno e la multa da dieci a quaranta giorni (art. 155 del Codice penale).

⁴³ Il 30 maggio 2022 la SCJN, con la *Acción de inconstitucionalidad 85/2016*, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 (modificato nel 2017) che conteneva una clausola di protezione della vita dal momento del concepimento (v. *supra*), nel luglio dello stesso anno, l'aborto è stato depenaliz-

Baja California⁴⁴, Colima⁴⁵, Sinaloa, Guerrero⁴⁶, Baja California Sur⁴⁷ e Quintana Roo⁴⁸: in tutti questi Stati è possibile realizzare liberamente l'aborto durante le prime dodici settimane di gestazione (nel caso di Sinaloa tale possibilità è consentita fino alla tredicesima settimana⁴⁹) con sanzioni piuttosto lievi nel caso in cui l'aborto venga praticato in un momento successivo⁵⁰. Inoltre, l'art. 159 del Codice penale di Guerrero riconosce come causa di esclusione della responsabilità penale nel caso in cui un'autorità si rifiuti di praticare un aborto entro le prime dodici settimane e i Codici penali della Baja California Sur e di Quintana Roo fanno riferimento non solamente alle donne ma anche alle persone gestanti⁵¹, estendendo la titolarità di tale diritto anche a altre persone con capacità di portare avanti una gravidanza (come le persone non binarie o gli uomini trans).

Attualmente, quindi, sono solo undici le entità federative che consentono l'aborto liberamente, purché realizzato entro le prime dodici settimane di gestazione, mentre ancora ventuno stati prevedono delle sanzioni penali con delle discipline profondamente diverse tra di loro anche se con alcune carat-

zato se praticato nelle prime dodici settimane di gestazione (art. 149 del Codice penale). La normativa veracruzana prevede una delle pene più basse per chi commette il reato di aborto – al di fuori delle dodici settimane – con una pena da quindici giorni a due mesi di trattamento in libertà, consistente nell'applicazione di misure sanitarie e psicologiche; mentre chi cagiona l'aborto con il consenso della donna sarà punito da quindici giorni a due mesi di reclusione o da 50 a 100 giorni di lavoro a favore della collettività (art. 150 cp).

⁴⁴ Anche le entità federative della Baja California e Colima modificarono la propria legislazione nel 2021, dopo la sentenza della Suprema Corte. Nel 2021, si modificò l'art. 132 del Codice penale della Baja California, secondo il quale l'aborto è punibile solo se commesso dopo le prime dodici settimane di gestazione, con pene che vanno da tre mesi a un anno di reclusione o da 50 a 200 giorni di lavoro a favore della collettività (articolo 133).

⁴⁵ Anche a Colima, nel dicembre del 2021 si modificò l'art. 138 del Codice penale, prevedendo la non punibilità dell'aborto durante le prime dodici settimane di gestazione. Nel caso in cui l'aborto venga praticato dopo la dodicesima settimana di gestazione e le pene saranno da un mese a tre mesi di trattamento in libertà, consistente nell'applicazione di misure sanitarie psicologiche integrali (articolo 139).

⁴⁶ Si v. l'art. 155 del Codice penale di Guerrero.

⁴⁷ Si v. l'art. 152 del Codice penale della Baja California Sur, che prevede la pena di un massimo di due mesi o sessanta giorni di lavoro a favore della comunità per la donna o persona con capacità di gestazione che chiede volontariamente l'aborto o per chi lo realizza.

⁴⁸ Si v. l'art. 92 del Codice penale di Quintana Roo. Nello stato di Quintana Roo le pene sono più severe in quanto è prevista la pena della detenzione da sei mesi a due anni sia per il personale sanitario che pratica l'aborto sia per donna o persona gestante che abbia prestato il suo consenso.

⁴⁹ Si v. l'art. 154 del Codice penale di Sinaloa.

⁵⁰ Nel caso di Sinaloa, l'art. 155 del Codice penale prevede come pene un rimprovero privato e l'applicazione di misure di salute e attenzione psicologica integrali da uno a tre mesi. Allo stesso tempo, è importante evidenziare che l'articolo 4 Bis A, comma I della Costituzione di Sinaloa, secondo il quale «[...] *El Estado tutela el derecho a la vida desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente, hasta su muerte, respetando en todo momento la dignidad de las personas.*» è stato dichiarato incostituzionale dalla SCJN il 9 settembre 2021, mediante la *Acción de Inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018*.

⁵¹ Si v. l'art. 152 del Codice penale dello stato di Baja California Sur e l'art. 93 del Codice penale di Quintana Roo.

teristiche in comune. In tre Stati, Guanajuato, Querétaro e Nayarit, l'aborto non è punibile solo con riferimento a due situazioni, indipendentemente dallo stato di avanzamento della gestazione: si tratta del caso in cui sia causato colposamente dalla donna oppure la gravidanza sia conseguenza di uno stupro⁵² (questa causa è contemplata in tutte le entità federative).

A queste due eccezioni, negli Stati di Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Durango, Nuevo León e Sonora se ne aggiunge una terza che è rappresentata dal pericolo per la salute⁵³ o morte⁵⁴ della donna. Il Codice penale del Chiapas e quello dell'Estado de México escludono la punibilità dell'aborto nel caso in cui il feto soffra di alterazioni genetiche o congenite che implicherebbero la nascita del bambino con gravi disturbi fisici o mentali, previo parere medico⁵⁵. Nello Stato di Tabasco, la normativa penale esclude la punibilità della condotta, oltre che nei casi in cui la gravidanza sia il risultato di uno stupro o di una fecondazione non consensuale anche nel caso in cui la vita della donna sia in pericolo⁵⁶.

⁵² Si vedano, in questo senso, gli artt. 163 del Codice penale di Guanajuato, 142 del Codice penale di Querétaro e 371 del Codice penale di Nayarit, 103 (che richiede l'autorizzazione di un giudice nel caso dello stupro) e 196 del Codice penale di Aguascalientes, 159 del Codice penale di Campeche, 146 del Codice penale di Chihuahua che fa riferimento all'aborto come conseguenza della condotta "imprudente" della donna, 150 del Codice penale di Durango, 136 del Codice penale di Tabasco, 181 del Codice penale del Chiapas (che nel caso dello stupro richiede che l'aborto venga realizzato nei novanta giorni successivi al concepimento), 251 del Codice penale dell'Estado de México che richiede la presenza del consenso della madre, 229 del Codice penale di Jalisco, 343 del Codice penale di Puebla, 150 del Codice penale di San Luis Potosí, 361 del Codice penale di Tamaulipas, 312 del Codice penale di Zacatecas, 146 del Codice penale di Michoacán (purché si realizzi nelle prime dodici settimane di gestazione), 119 del Codice penale di Morelos, 243 Codice penale di Tlaxcala e 393 del Codice penale dello Yucatán.

⁵³ Così gli artt. 159 del Codice penale di Campeche, 146 del Codice penale di Chihuahua, 229 del Codice penale di Jalisco, 361 del Codice penale di Tamaulipas, 313 del Codice penale di Zacatecas, 146 del Codice penale di Michoacán (purché si realizzi nelle prime dodici settimane di gestazione).

⁵⁴ Così gli artt. 101 del Codice penale di Aguascalientes, 150 del Codice penale di Durango, 136 del Codice penale di Tabasco, 331 del Codice penale di Nuevo León, 251 del Codice penale dell'Estado de México che richiede la presenza del consenso della madre, 229 del Codice penale di Jalisco, 343 del Codice penale di Puebla, 150 del Codice penale di San Luis Potosí, 361 del Codice penale di Tamaulipas, 313 del Codice penale di Zacatecas, 119 del Codice penale di Morelos e 243 del Codice penale di Tlaxcala.

⁵⁵ Cfr. l'art. 181 del Codice penale del Chiapas. Analoghe disposizioni sono contenute anche negli artt. 251 del Codice penale dell'Estado de México che richiede la presenza del consenso della madre, 343 del Codice penale di Puebla, che fa riferimento a gravi cause eugenetiche, 146 del Codice penale di Michoacán (purché si realizzi nelle prime dodici settimane di gestazione), 119 del Codice penale di Morelos, 243 del Codice penale di Tlaxcala e 393 del Codice penale dello Yucatán.

⁵⁶ Si v. l'art. 136 del Codice penale di Tabasco. Tale causa di esclusione della punibilità per il delitto di aborto è prevista anche dell'art. 150 del Codice penale di San Luis Potosí. L'art. 146 del Codice penale di Michoacán prevede la non punibilità dell'aborto praticato nelle prime dodici settimane di gravidanza quando questa sia stata il prodotto oltre che di uno stupro, anche di una inseminazione artificiale o procreazione assistita non consenziente. Nello stesso senso sono anche gli artt. 119 del Codice penale di Morelos, 243 del Codice penale di Tlaxcala e 393 del Codice penale dello Yucatán.

Inoltre, l'art. 146 del Codice penale di Michoacán include tra le cause di non punibilità dell'aborto (purché praticato nelle prime dodici settimane di gestazione) la precaria situazione economica (senza ulteriori specificazioni). Sulla stessa linea, ma più specifico è l'art. 393 del Codice penale dello Yucatán che esclude la punibilità dell'aborto quando vi siano delle cause economiche gravi e giustificate, sempre che la donna incinta, abbia almeno tre figli.

Infine, il caso dello Stato di Coahuila, dove le disposizioni che punivano l'aborto⁵⁷ sono state dichiarate incostituzionali dalla SCJN con l'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*, sarà trattato in modo più approfondito nel paragrafo successivo.

3. La Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 della Suprema Corte de Justicia de la Nación

Come è stato già sottolineato, la disciplina dell'aborto in Messico rientra nella competenza delle entità federative. Pertanto, esiste una variegata gamma di situazioni in presenza delle quali è possibile interrompere una gravidanza a seconda del luogo in cui ci si trova, ad eccezione dello stupro, l'unico motivo riconosciuto in tutte le entità federative come situazione che legittima un aborto legale.

Il 7 settembre 2021, la SCJN ha pronunciato una sentenza di fondamentale importanza. Nonostante non sia stata la prima volta che la figura dell'aborto viene discussa dalla massima giurisdizione a livello nazionale⁵⁸, l'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* porta al centro del dibattito diverse questioni di carattere costituzionale che hanno contribuito a potenziare anche a livello sociale la cd. "marea verde"⁵⁹ per promuovere la depenalizzazione dell'aborto in tutto il Paese.

La decisione della SCJN nasce a seguito di un'azione di costituzionalità presentata dalla Procura generale il 27 novembre 2017 contro alcune disposizioni del Codice penale dello stato di Coahuila del 2017⁶⁰. In particolare, il giudice supremo messicano era chiamato a pronunciarsi sulla costituzionalità

⁵⁷ Si tratta degli artt. 196, 198 e 199 del Codice penale vigente. Il caso di Coahuila è particolare in quanto la sua legislazione riconosce ancora l'aborto in qualsiasi momento della gravidanza come reato punibile da uno a tre anni di reclusione (articoli 195 e 196). Tuttavia, lo stesso Codice penale riconosce che l'articolo 196 è stato dichiarato invalido dalla Corte Suprema di Giustizia della Nazione nel settembre 2021 dall'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*. Pertanto, la mancata modifica del Codice penale coahuilense è responsabilità esclusiva del Congresso locale.

⁵⁸ Tra le importanti pronunce della SCJN in materia di aborto si segnalano: l'*Acción de Inconstitucionalidad 10/2000*, in materia di depenalizzazione dell'aborto per motivi di salute della donna gestante; l'*Acción de Inconstitucionalidad 146/2007* sulla presunta incostituzionalità della normativa del Distrito Federale che depenalizzava l'aborto in quella entità; e l'*Acción de Inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009*, che risolveva la validità delle riforme alle Costituzioni della Baja California e San Luis Potosí dirette a proteggere la vita dal momento del concepimento, sempre e quando tale protezione era compatibile con i diritti delle donne.

⁵⁹ Con l'espressione "marea verde" si fa riferimento al movimento femminista latino-americano nato in Argentina a favore dei diritti sessuali e riproduttivi e dell'autodeterminazione del proprio corpo, in particolare il riconoscimento legale, sicuro e gratuito dell'aborto: si v. S. ELIZALDE, N. MATEO, *Las jóvenes: entre la "marea verde" y la decisión de abortar*, in *Salud colectiva*, 14, 2018, 433-446.

⁶⁰ Il nuovo Codice penale coahuilense è stato introdotto dal Decreto 990 pubblicato nel *Periódico Oficial del Estado* il 27 ottobre 2017. Oltre agli artt. 195 e 196, tra le norme impugnate vi erano anche gli artt. 13, lett. A e 224, fraz. I. La prima norma menzionata stabiliva i casi nei quali poteva essere dispo-

delle norme impugnate che prevedevano la sanzione della pena detentiva per le donne che decidevano volontariamente di interrompere la gravidanza.

Più nel dettaglio, le norme impugnate di maggiore interesse per il presente scritto erano gli artt. 195 e 196 del Codice penale di Coahuila. In particolare, l'art. 195, intitolato "*Aborto para efectos penales*" descriveva solo la condotta dell'aborto, senza indicare nessuna sanzione, nei seguenti termini: «L'aborto è commesso da chiunque cagioni la morte del prodotto del concepimento, in qualsiasi momento durante la gravidanza». L'art. 196, invece, prevedeva la pena della reclusione da uno a tre anni per la donna che volontariamente praticava un aborto o alla persona che la faceva abortire con il suo consenso. Secondo il ricorrente, tali norme dovevano dichiararsi incostituzionali in quanto violavano i diritti di autonomia e libertà riproduttiva delle donne, istituendo un reato che impediva l'interruzione volontaria della gravidanza nella prima fase della gestazione.

Mentre la Corte non ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 195, dato che tale precetto non sarebbe attinente al contenuto del diritto di decidere, limitandosi a dare una definizione di "aborto", l'ha dichiarata con riferimento all'art. 196, con una sentenza particolarmente importante per tre ordini di ragioni: innanzitutto, la discussione sulla costituzionalità della pena detentiva per le donne che decidono di interrompere volontariamente la gravidanza è stata svolta per la prima volta nel contesto messicano con una prospettiva di genere e di diritti umani; in secondo luogo, la sentenza adotta una prospettiva inclusiva che riconosce non solo il diritto fondamentale di decidere alle donne, ma anche a quelle persone con capacità di gestazione, come gli uomini trans, le persone non binarie e altre identità; infine, al di là della discussione sulla costituzionalità o meno del tipo penale, la sentenza costituisce un messaggio chiaro e forte in merito al diritto delle donne di decidere, il cui fondamento risiede nel luogo più importante e sicuro dell'ordinamento messicano: la Carta costituzionale.

Il fondamento costituzionale in base al quale il giudice supremo messicano costruisce la propria argomentazione che lo condurrà a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 196 del Codice penale di Coahuila, è l'art. 4 secondo il quale «Ogni persona ha il diritto di decidere liberamente, responsabilmente e informata circa il numero e momenti di nascita dei propri figli». La Costituzione messicana, quindi, garantisce il diritto di ogni persona di decidere in modo responsabile, libero e informato su quando avere figli, nonché quanti averne. L'analisi di tale disposizione costituzionale è compiuta dalla Corte attraverso il prisma della prospettiva di genere che le consente non solo di estendere la titolarità del diritto all'autodeterminazione delle donne in materia di maternità alle persone con capacità di gestazione, ma anche di stabilire l'esclusività della titolarità di tale diritto con conseguente esclusione di altri soggetti, tra i quali lo stesso Stato.

sta la misura preventiva della custodia in carcere (senza possibilità di revisione) (che comprendeva anche i casi di aborto). Secondo il Procuratore generale, tale norma era da considerarsi incostituzionale dato che invadeva la competenza federale (dato che la disposizione di tali misure rientrerebbe nella competenza esclusiva della Federazione e non degli stati). Sull'incostituzionalità di tale norma, la SCJN si era già pronunciata nell'*Acción de inconstitucionalidad 143/2017* il 9 luglio 2019, escludendola. Con riferimento invece all'art. 224, fraz. II, la SCJN non la annulla, ma prende atto del fatto che nel frattempo tale articolo è stato emendato nell'aprile del 2019 nel senso di equiparare la pena prevista per il reato di stupro tra coniugi con quella stabilita per il reato di stupro in genere.

Innanzitutto, secondo la SCJN, la *ratio* del diritto all'autodeterminazione delle donne in materia di maternità risiede nel principio della dignità umana, declinato nella scelta di una maternità libera come elemento imprescindibile della dignità delle donne, concretizzando con ciò una prospettiva di genere che consente di trovare l'uguaglianza nelle differenze. Tale prospettiva viene analizzata dal giudice supremo messicano anche alla luce della decisione della Corte interamericana dei diritti umani *Artavia Murillo e altri (fecondazione in vitro) c. Costa Rica* (2012)⁶¹, per sostenere che la decisione di essere madre o meno fa parte del diritto alla vita privata, sottolineando che l'effettività di tale diritto è determinante per la possibilità di esercitare l'autonomia personale sul corso futuro degli eventi rilevanti per la qualità della vita della persona. Tale costruzione argomentativa è rafforzata dalla Corte mediante l'interpretazione di altri diritti costituzionalmente garantiti, legati al diritto all'autodeterminazione delle donne e di altre persone con capacità di gestazione come il diritto all'autonomia, al libero sviluppo della personalità e alla privacy, da intendersi come la possibilità di scegliere in modo libero e volontario il proprio progetto di vita, senza l'interferenza di altre persone o dello Stato.

In questo contesto, la Corte intende la libertà come un più ampio potere sulla propria vita, piuttosto che minore ingerenza in essa da parte di altri, Stato compreso⁶², ancor più con il suo potere punitivo. Pertanto, la SCJN sottolinea che questi diritti devono essere intesi come una prerogativa interdipendente del principio di una vita dignitosa, in particolare della possibilità di costruire un progetto di vita personale, che si basi sul "desiderio" della donna. Risulta piuttosto interessante come il giudice supremo messicano sottolinei la questione del "desiderio" come elemento essenziale per la maternità volontaria, affermando che il diritto di decidere sulla possibilità di essere o non essere madre, deve essere considerato come uno strumento per esercitare il libero sviluppo della personalità, l'autonomia personale e il diritto alla vita privata, di scegliere chi si vuole essere e quale progetto di vita costruire, dato che la maternità è una questione di volontà e di desiderio di ciascuna donna o persona con capacità di gestazione⁶³.

Tale visione della Corte respinge quella tendenza paternalista ampiamente diffusa in quegli ordinamenti che puniscono l'interruzione volontaria della gravidanza e che concepiscono tali sanzioni come dirette a proteggere le donne anche se in realtà non fanno altro che comprometterne i diritti riproduttivi. Tendenza paternalista che oltre a violare il diritto all'autodeterminazione delle donne e delle altre persone con capacità di gestazione, viola anche il principio di laicità – da intendersi come neutralità di fronte al pluralismo di idee e credenze religiose⁶⁴ – che impone allo Stato di mantenersi al margine delle scelte e convinzioni personali sull'esercizio dei diritti sessuali e riproduttivi⁶⁵.

⁶¹ Corte IDU, *Artavia Murillo et al (In Vitro Fertilization) c. Costa Rica* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), IACtHR Series C No 257 (28 November 2012).

⁶² Si v. T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, España, 2003.

⁶³ SCJN, *Acción de inconstitucionalidad 148/2017*, cit., par. 28.

⁶⁴ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, España, 2007, 185-187.

⁶⁵ A. RUIBAL, *Feminismo frente a fundamentalismos religiosos. Movilización y contramovilización en torno a los derechos reproductivos*, in *Revista Brasileira de Ciência Política*, 2014, 17. In questo senso, la SCJN definisce nella sentenza la laicità come un "pilastro dello stato di diritto costituzionale democratico e come tale, cerca di tutelare un dovere di neutralità religiosa da parte dello Stato": SCJN, *Ac-*

Inoltre, la previsione di sanzioni in materia di interruzione volontaria della gravidanza costituisce una violazione del diritto all'eguaglianza giuridica, dato che tali pene violano e restringono il diritto delle donne e delle persone con capacità di gestazione alla libertà, considerandole come esseri irrazionali, incapaci di prendere decisioni individuali e autonome secondo i propri progetti di vita.

Argomenti questi che per tanto tempo hanno reso impossibile una vera eguaglianza giuridica tra donne e uomini e che hanno discriminato il genere femminile rispetto all'esercizio di vari diritti (come il diritto di voto) ma anche dalla possibilità di realizzare diversi lavori, considerati come unica ed esclusiva prerogativa maschile e che sono stati costruiti sulla base di stereotipi di genere che non hanno fatto altro che "incastrare" le donne in gravidanze e maternità indesiderate, in una vita che non hanno scelto e che, di fatto, obbliga solamente le donne, non essendo previsto nessun obbligo per gli uomini a rimanere "incastrati" in paternità non desiderate⁶⁶. Tale "differenza" in realtà sarebbe una vera e propria discriminazione, proibita da quanto previsto dall'art. 4 della Costituzione⁶⁷.

Se, da un lato, questi sono i pilastri sui quali la SCJN costruisce il diritto all'autodeterminazione delle donne e delle persone con capacità di gestazione circa la libertà di decidere sul proprio progetto di vita legato alla maternità, è anche vero che la Corte ne definisce il contenuto e la portata, stabilendo alcuni limiti all'esercizio del diritto e stabilendo degli obblighi dello Stato che devono accompagnare il riconoscimento di tale diritto, in particolar modo per quanto riguarda le caratteristiche socio-economiche e culturali del contesto messicano, ma anche per quanto concerne i limiti che all'esercizio di tale diritto derivano dal bilanciamento con il diritto costituzionalmente garantito alla vita del nascituro.

Di conseguenza, se da un lato lo Stato deve stare completamente al di fuori dal circuito delle motivazioni che possono condurre una donna a voler interrompere in modo volontario la propria gravidanza senza poterne valutare, autorizzare, o anche solo conoscere, le ragioni, dall'altro, esiste una serie di obblighi che definiscono condizioni e azioni specifiche che lo Stato è chiamato ad adottare e che si rivelano di fondamentale importanza affinché le donne e le persone gestanti possano esercitare il loro diritto di decidere.

Innanzitutto, lo Stato deve rafforzare l'educazione sessuale come pilastro delle politiche pubbliche in materia di salute riproduttiva. Questa prima implicazione è estremamente fondamentale, poiché sebbene il diritto di decidere debba permeare tutte le politiche pubbliche in materia di salute riproduttiva, la Corte sottolinea come l'interruzione volontaria della gravidanza non deve essere considerata come un metodo contraccettivo o di pianificazione familiare, quanto piuttosto come un'opzione disponibile.

ción de inconstitucionalidad 148/2017, cit., par. 29). Su tale punto, si v. anche P. LUGO, *Aborto, Género y Derechos Humanos. Un análisis desde la perspectiva feminista*, Tesis de Maestría en Derecho con acentuación en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Coahuila, México, 2017.

⁶⁶ SCJN, *Acción de inconstitucionalidad 148/2017*, cit., par. 40.

⁶⁷ La costituzionalizzazione dell'eguaglianza tra uomini e donne sancita nell'art. 4 della Costituzione messicana, la cui *ratio* risiede nella necessità di superare la storica discriminazione sofferta dalle donne, non si è ancora tradotta in una eguaglianza reale o sostanziale: sul punto si v. A. FACIO, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Costa Rica, 1992.

Secondo la SCJN, il diritto a decidere è possibile solo in un quadro di partecipazione attiva dello Stato nei compiti di insegnamento, accompagnamento in materia di salute riproduttiva e di lavoro continuo per superare quelle condizioni di disuguaglianza, emarginazione e precarietà che caratterizzano la società messicana. In tal senso è fondamentale che lo Stato garantisca anche l'accesso a informazioni obiettive, chiare, senza pregiudizi o stereotipi di genere, laiche, scientifiche, vere e verificabili sui metodi di pianificazione familiare e controllo delle nascite (trattandosi questa di un obbligo costituzionalmente previsto nell'art. 4 della Costituzione), in modo che la persona gestante prenda una decisione informata e completamente libera e volontaria in merito all'interruzione o al proseguimento della gravidanza. Inoltre, lo Stato deve garantire la possibilità che la persona titolare in modo esclusivo del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza possa esercitare tale diritto in modo accessibile, gratuito, riservato, sicuro, rapido⁶⁸ e non discriminatorio. Secondo la sentenza, il riconoscimento costituzionale del diritto di decidere richiede che gli Stati rispettino il loro obbligo di fornire il servizio in modo accessibile, in conformità con i più alti standard qualitativi possibili, che includono competenza tecnica, gamma di opzioni disponibili e informazioni scientifiche aggiornate, garantendo anche il diritto all'obiezione di coscienza senza che questo in nessun modo possa pregiudicare o ostacolare l'esercizio del diritto di decisione da parte di qualsiasi altro personale sanitario.

Infine, il diritto a decidere della donna non è concepito dalla SCJN come un diritto assoluto ma rinviene il proprio limite sia in un elemento temporale (potendo essere esercitato solamente durante le prime dodici settimane di gestazione) ma anche nella protezione costituzionale del *nasciturus*. Su tale punto la Corte, nel richiamare alcuni degli argomenti già sviluppati nell'*Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*, afferma che anche se la vita è una condizione necessaria per poter garantire l'esistenza di altri diritti, da ciò non può derivare che la sua protezione debba ricevere preferenza o un valore maggiore rispetto a qualsiasi altro diritto, specialmente con riferimento al feto, dato che non vi è unanimità circa il momento in cui inizia la vita umana e quindi non vi è certezza per stabilire da quale momento la vita deve essere tutelata dallo Stato.

Secondo la Corte, anche se l'embrione non può essere considerato persona e di conseguenza non può essere titolare di diritti umani (tra cui lo stesso diritto alla vita)⁶⁹, questo non significa che non vi sia un margine di protezione, dato che il *nasciturus* deve essere considerato come un essere che indipendentemente dal processo biologico in cui si trova vive uno sviluppo continuo e costante a se-

⁶⁸ Il diritto di decisione della donna o della persona gestante non può che includere la procedura di interruzione della gravidanza entro un breve periodo prossimo all'inizio del processo di gestazione. Questa implicazione si basa sul riconoscimento che il diritto di scegliere, come ogni altro diritto, non è assoluto e ha dei limiti. In questo caso, il limite è rappresentato dalla tutela costituzionale del *nasciturus*. Anche se la SCJN non determina un limite temporale specifico per l'esercizio dell'interruzione volontaria della gravidanza, tale limite viene fissato, come era già successo precedentemente nella legislazione dell'allora Distretto Federale, nelle prime dodici settimane di gestazione.

⁶⁹ Tale affermazione si basa, in primo luogo, sulle disposizioni della Costituzione messicana, ma anche sul complesso normativo internazionale in materia di diritti umani che attribuisce la titolarità piena dei diritti solamente alle persone già nate: in questo senso è anche l'orientamento della Corte IDU, che nella sentenza *Artavia Murillo et al (In Vitro Fertilization) c. Costa Rica*, cit., parr. 221-223, stabilisce che «non è fattibile sostenere che un embrione sia il titolare ed eserciti i diritti fondamentali, quindi non è opportuno concedere lo status di persona all'embrione».

conda del momento della gestazione in cui si trova e tale circostanza determina il dovere dell'ordinamento giuridico di proteggere il processo di gestazione.

Di conseguenza, il diritto di decidere è possibile solo entro un breve termine (le prime dodici settimane di gestazione), in modo che l'interruzione volontaria della gravidanza avvenga in un momento nel quale ancora non si sono sviluppate le facoltà sensoriali e cognitive del nascituro, nonché quando interrompere della gravidanza non generi gravi conseguenze per la salute della donna.

È sulla base di tali argomenti che il giudice supremo messicano ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 196 del Codice penale di Coahuila che, come visto, prevedeva la pena della reclusione da uno a tre anni alla donna che interrompeva volontariamente la propria gravidanza così come alla persona che praticava l'aborto, sottolineando in particolare come un disposizione come quella impugnata violava il diritto delle donne e delle persone gestanti alla libertà riproduttiva e quindi di decidere di essere o non essere madri. Non si tratta solamente di un limite a tale diritto, quanto piuttosto di un suo totale annullamento, mediante un meccanismo – quello più aggressivo – rappresentato dalla sanzione della pena privativa della libertà personale che, oltre a non raggiungere gli obiettivi perseguiti dal legislatore (e quindi quello di sradicare la pratica abortiva), produce effetti dannosi alla salute e vita delle donne.

Di conseguenza, il reato dell'aborto, nella sua formulazione "classica" come recepito anche dal Codice penale coahuilense, violava i diritti riproduttivi delle donne, in quanto non prevedeva la possibilità di interruzione volontaria della gravidanza nella prima fase della gestazione. In altre parole, la criminalizzazione totale e assoluta di chi decide di interrompere la gravidanza, a prescindere dai motivi, presuppone una violazione totale del diritto di decidere delle donne e delle persone gestanti, costituzionalmente riconosciuto.

4. A che punto siamo? Riflessioni finali

La pronuncia della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* con la *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* ha un'importanza fondamentale per vari motivi. Innanzitutto, il giudice supremo messicano supera l'annosa dicotomia del falso dilemma tra "aborto come delitto" e "aborto come diritto", demistificandolo mediante l'elaborazione del diritto delle donne e delle persone gestanti a decidere il proprio progetto di vita in materia di maternità, la cui titolarità è esclusiva della persona incinta, con esclusione dell'intervento di altre persone e dello stesso Stato. Secondo l'elaborazione della Corte, la rilevanza del diritto a decidere in materia di maternità, secondo quanto previsto dall'art. 4 della Costituzione, risiede proprio nella possibilità di optare liberamente sia per l'alternativa di proseguire la gravidanza sia per interromperla.

Inoltre, la rilevanza della pronuncia analizzata risiede non solo nell'aver determinato che la criminalizzazione assoluta dell'interruzione volontaria della gravidanza è incostituzionale, ma anche nel fatto che tale pronuncia ha una portata di più ampio respiro, dato che – almeno in linea teorica – costituisce un precedente vincolante⁷⁰, producendo effetti giuridici anche su tutte le altre legislazioni sta-

⁷⁰ A tale proposito si vedano gli artt. 222 e 223 della *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, secondo i quali, a seguito della riforma del potere giudiziario avvenuta nel 2021, gli argomenti delle decisioni della SCJN costituiscono un precedente obbligatorio per tutte le autorità giudiziaria sia fe-

tali che ancora oggi prevedono delle sanzioni penali per le persone che decidono di interrompere volontariamente una gravidanza.

Nonostante l'importanza di tali aspetti, in realtà, vi sono ancora vari nodi irrisolti. Il primo è che nonostante la Suprema Corte abbia riconosciuto che l'aborto, come disciplinato dal Codice penale dello Stato di Coahuila, è incostituzionale non fa emergere automaticamente il diritto delle donne e delle persone gestanti a decidere, dato che la sentenza non ha effetti autoapplicativi ed è necessario l'intervento in questo senso del Congresso locale⁷¹, che intervenga sia sulla legislazione penale ma anche sulla disposizione costituzionale che protegge il diritto alla vita dal momento del concepimento⁷². Ancora oggi, ben ventuno Stati della Repubblica non hanno modificato la propria legislazione. Gli unici intervenuti con riforme legislative dopo la sentenza della Corte sono stati Oaxaca, Hidalgo, Veracruz, Baja California, Colima, Sinaloa, Guerrero, Baja California Sur e Quintana Roo.

Negli Stati di Aguascalientes e Nuevo León, è dovuta intervenire di nuovo la Corte, dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni costituzionali dirette a proteggere la vita dal momento del concepimento, ma la legislazione penale continua a sanzionare l'interruzione volontaria della gravidanza (con le eccezioni sopra indicate).

In questo contesto, che succede nel caso in cui una donna interrompa volontariamente una gravidanza? Potrebbe essere aperto nei suoi confronti un procedimento penale, in applicazione della normativa penale vigente. L'ordinamento giuridico messicano, in questo caso, offre la possibilità che si presenti o un ricorso di *amparo* indiretto, nei confronti della norma che costituisce il fondamento giuridico di detto procedimento⁷³ o un ricorso di *amparo* diretto nei confronti della sentenza definitiva⁷⁴ che, eventualmente, l'avesse dichiarata colpevole del delitto di aborto. Per risolvere la questione, il giudice adito mediante lo strumento dell'*amparo* diretto o indiretto applicherebbe comunque i criteri elaborati dalla Corte in quanto precedente vincolante. In ogni caso, si tratterebbe comunque di una garanzia non automatica di un diritto costituzionalmente riconosciuto quanto piuttosto di una protezione che deve comunque passare per la via giudiziaria.

Inoltre, a oltre un anno di distanza dalla pronuncia della Corte⁷⁵, il Congresso locale di Coahuila non ha ancora modificato la legislazione vigente⁷⁶. Nel Codice penale è stata introdotta una postilla nella quale si da conto del fatto che l'art. 196 è stato dichiarato incostituzionale. Di conseguenza, nessuna donna o persona gestante può – in linea teorica – essere sottoposta a procedimento penale nel caso in cui decida di interrompere volontariamente una gravidanza.

Infine, prendendo come punto di partenza le stesse considerazioni elaborate dalla Corte sul contenuto del diritto delle donne e delle persone gestanti a decidere circa l'interruzione volontaria o la conti-

derali che a livello statale, se sono state prese con almeno 8 voti nel caso del *Pleno* o 4 voti nel caso in cui la Corte sia riunita in *Sala*.

⁷¹ A tale proposito si v. *infra* nota 76.

⁷² Si v. *supra* nota 31.

⁷³ Secondo quanto previsto dall'art. 107 della *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁷⁴ Si veda a tale proposito l'art. 170 della *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁷⁵ Il presente scritto è stato concluso nel mese di febbraio 2023.

⁷⁶ È stata presentata un'iniziativa che però non è stata ancora discussa dal Congresso locale.

nuazione della propria gravidanza, è necessario che si metta in moto la macchina statale con l'obiettivo di adottare misure, politiche pubbliche e prevedere un'apposita infrastruttura sia giuridica che istituzionale che permetta la realizzazione pratica di tale diritto⁷⁷. Difatti, è necessario prevedere una politica pubblica integrale in materia di sessualità e riproduzione, che includa anche l'educazione sessuale, l'accesso all'informazione in materia di programmazione familiare e metodi anticoncettivi, che preveda delle garanzie minime e chiare sia per quanto riguarda la protezione del diritto ad essere madre ma anche quello a non esserlo, per quanto riguarda l'accesso ai servizi sanitari, includendo in particolare l'accesso a un aborto libero, sicuro e gratuito. Senza questi elementi minimi non si potrebbe parlare di un effettivo diritto a decidere delle donne e delle persone con capacità di gestazione.

Il diritto che coinvolge i diritti umani – e specialmente i diritti umani delle donne –, incluso quello di produzione giurisprudenziale, esprime anche un discorso sociale capace di inviare un messaggio in una certa direzione attribuendo un certo significato al comportamento e alle decisioni delle persone, rendendoli legittimi o meno; la sua rilevanza giuridica, politica e sociale ha un grande significato e, in virtù della sua forza performativa, è in grado di riconoscere o ignorare, includere o escludere, definire o delimitare i confini di ciò che può essere ammesso in quanto legale e ciò che invece non può essere ammesso in quanto illegale⁷⁸. In questo panorama così complesso e articolato di grande discriminazione e diseguaglianza sociale, la sentenza della Suprema Corte nell'*Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* rappresenta un importante *turning point* nella protezione dei diritti delle donne nel cammino verso una eguaglianza di genere non solo teorica ma anche reale, necessaria ma non ancora sufficiente.

⁷⁷ Si v. S. SERRANO, D. VÁZQUEZ, *Guía 3. Marco Normativo Nacional e Internacional en Género, México*, 2013, 59.

⁷⁸ A. RUIZ, *Cuestiones acerca de mujeres y derecho*, in R. ÁVILA, J. SALGADO, L. VALLADARES (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, 2009.