

La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche

Marilisa D'Amico*

LAW N. 194/1978 BETWEEN SCIENTIFIC ADJUSTMENTS, CONSCIENTIOUS OBJECTION AND IDEOLOGICAL BATTLES

ABSTRACT: The essay focuses on the most recent issues of the debate that still surrounds the l. n. 194 of 1978, forty years after its approval. The analysis involves declarations of gynecologists, public bodies (e.g. Lombardy Region) or prominent personalities in the world of culture, against abortion, as well as the phenomenon of the increasing number of conscientious objectors. The A. proposes a method where the conflicts between rights of mothers and the ones of fetuses are solved with the technique of constitutional balance and not for ideological purposes.

KEYWORDS: Abortion; scientific innovation; conscientious objection; constitutional balance; ideological choice

SOMMARIO: 1. I fatti – 2. I problemi: una proposta di metodo – 3. I diritti della donna e quelli del concepito nel bilanciamento del legislatore del 1978 nel quadro dei principi delineati dalla Corte costituzionale – 4. Gli aspetti tecnico-scientifici controversi – 5. Il diritto di sollevare obiezione di coscienza (art. 9, legge n. 194 del 1978) – 5.1. Diritto alla salute della donna e obiezione di coscienza del medico al cospetto del Comitato europeo dei diritti sociali – 5.2. L'obiezione di coscienza del giudice tutelare nell'ambito della procedura interruttiva della gravidanza da parte di donna minorenni – 5.3. Gli ulteriori tentativi di estensione dell'ambito applicativo dell'obiezione di coscienza – 6. L'ideologia non difende i diritti – 7. Conclusioni.

1. I fatti

N ultimi anni, e a ormai 40 anni dalla sua entrata in vigore, la legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza continua ad essere al centro di vivaci e accesi contrasti¹.

Il dibattito intorno alla legge n. 194 si è però acceso sin dalla sua approvazione, mettendo in luce posizioni ideologiche contrastanti sul significato stesso della vita o sulla possibilità di conciliare posizioni, come quelle della madre e del concepito, ritenute da molti in perenne conflitto.

* *Professore ordinario in diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano. Mail: marilisa.damico@unimi.it. Contributo su invito.*

¹ In generale, sulla legge n. 194 del 1978, si vedano G. GALLI, V. ITALIA, F. REALMONTE, M. SPINA, C.E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, 1978; C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194)*, Padova, 1978.

Il clima culturale sorto in seguito all'approvazione della legge è messo ben in luce da un'interessante intervista rilasciata al Corriere della Sera l'8 maggio 1981 da Norberto Bobbio.

Secondo Bobbio in tema di aborto il conflitto tra diritti è insanabile poiché «solo il diritto del concepito è fondamentale; gli altri, quello della donna e quello della società, sono derivati». Per di più, Bobbio, da sempre ritenuto uno dei massimi esponenti del mondo laico, ribadiva «il diritto fondamentale del concepito, quel diritto di nascita sul quale, secondo me, non si può transigere. È lo stesso diritto in nome del quale sono contrario alla pena di morte. Si può parlare di depenalizzazione dell'aborto, ma non si può essere moralmente indifferenti di fronte all'aborto».

Più recentemente, invece, il dibattito si è spostato nelle piazze, come dimostrano le diverse manifestazioni organizzate contro la legge.

Più dei movimenti, sporadici e meno organizzati negli ultimi anni, risulta significativa la discussione sviluppatasi intorno all'interruzione volontaria di gravidanza, guidata da Giuliano Ferrara in occasione della c.d. "moratoria contro l'aborto", che nel lontano 2008 aveva posto la legge n. 194 del 1978 e l'ideologia "pro life" al centro della campagna elettorale.

Quella vicenda, sebbene non più attuale almeno in termini di cronaca, nonostante le periodiche manifestazioni su questi temi, continua però a conservare e ad attirare intorno a sé l'attenzione dello studioso nel suo essere stata indubbiamente emblematica della grande confusione fra il piano scientifico e culturale e quello dello scontro politico-ideologico che, purtroppo, ha caratterizzato e caratterizza tuttora non solo la legge n. 194 del 1978, ma anche la legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita.

D'altra parte alcune delle coeve vicende andavano tutte in quella direzione. Si pensi, per esempio, al documento presentato al termine di un convegno scientifico da parte dei direttori delle cliniche di ostetricia e ginecologia delle quattro facoltà di medicina delle università romane che sono intervenuti direttamente nel dibattito politico sulla possibilità di mantenere in vita neonati estremamente prematuri, anche nel caso di un aborto terapeutico². I medici si erano pronunciati, naturalmente in termini scientifici, sulla superiorità del diritto alla vita del feto, che avrebbe dovuto essere rianimato anche se la madre fosse stata contraria.

Il documento, però, era stato immediatamente ripreso anche dall'allora Pontefice, il quale aveva elogiato una presa di posizione medica di "sostegno alla vita"; era stato commentato adesivamente da altri medici, che sottolineavano come i ginecologi romani si fossero espressi nel solco di una pratica medica condivisa; è stato oggetto di critiche da parte dell'allora Ministro della Salute, Livia Turco, che aveva sottolineato come fosse «immorale e inutilmente crudele tenere fuori dalla decisione i genitori», ritenendo strumentale il documento: infatti la commissione di esperti, nominata dal ministero, aveva già anticipato, in relazione alle cure da prestare ai feti prematuri, il limite delle 22 settimane, in linea con la legge n. 194, che pure non pone alcun limite temporale numerico al trattamento interruttivo, per cui le cure adeguate sono necessarie, sempre che siano idonee a salvaguardare la vita del feto e non sfocino, dunque, nell'accanimento terapeutico.

² Si tratta, più precisamente, di un documento congiunto, firmato dai direttori delle cliniche di Ostetricia e Ginecologia di tutte e quattro le facoltà di Medicina delle università romane: La Sapienza, Tor Vergata, la Cattolica e il Campus Biomedico, il 2 febbraio 2008.

Ci sembra utile ripercorrere le tappe del movimento di opinione in discorso, per comprendere meglio i piani e, soprattutto i soggetti coinvolti.

Esso affonda le sue radici in uno “scontro ideologico”, tuttora in corso, che aveva avuto inizio a ridosso della “vittoria” della campagna di astensione al referendum sulla procreazione medicalmente assistita, propagandata come vittoria dei sostenitori della legge n. 40 del 2004³.

Fra il 2005 e il 2006, facendo traballare il principio di laicità nella sua accezione della separazione degli ordini, la Chiesa cattolica, per bocca dell’allora Cardinale Camillo Ruini, si lancia in anatemi nei confronti delle leggi che violano la “vita”.

Intanto un Ministro della Repubblica, Francesco Storace, inaugura una campagna “per la vita”, “inviano” i volontari del movimento per la vita nei consultori e negli ospedali⁴. Effettivamente, la stessa legge n. 194 del 1978 prevede questa possibilità (v. l’art. 2, lett. d): ma una cosa è che, nel rispetto della legge, nelle strutture pubbliche trovi spazio anche un volontariato di consulenza e orientato ad aiutare la donna a superare le difficoltà, in vista della prosecuzione della gravidanza; cosa ben diversa, invece, è che un Ministro di una Repubblica si schieri da una parte soltanto, promuovendo un valore a senso unico e interpretando in modo non imparziale una legge molto chiara, nei presupposti e nei contenuti.

L’episodio da ultimo citato può considerarsi l’apice (non certo definitivo) di un attacco generale alla legge n. 194 del 1978 (che pure al suo primo articolo impegna lo Stato non solo a garantire il valore sociale della maternità, ma anche a tutelare la vita umana dal suo inizio), ammantato del nobile richiamo della “difesa della vita”.

Un altro attacco alla legge n. 194 del 1978 viene, poi, mosso dalla Regione Lombardia, quando il 6 febbraio 2007 era intervenuto un regolamento regionale a parziale modifica di quello del 2004 in materia di attività funebri e cimiteriali: qualificando i feti sotto le 20 settimane non come “rifiuti ospedalieri speciali”, ma come “prodotti del concepimento”, il legislatore regionale intende garantirne la dignità di essere umano a partire dal concepimento (aspetti, tutti, che comportano una pesante intrusione nella sfera personale della donna che decide di interrompere la gravidanza)⁵.

Successivamente, l’attacco ideologico diventa chiaro e frontale: Giuliano Ferrara inaugura la allora tristemente nota come “moratoria contro l’aborto”, equiparando quest’ultimo alla “pena di morte”,

³ Per considerazioni critiche su questo tipo di campagne, v. A. MORRONE, *E' legittimo astenersi e invitare a disertare le urne?*, in www.forumcostituzionale.it.

⁴ Nel novembre del 2005.

⁵ Si possono segnalare ulteriori iniziative relative alle procedure di sepoltura dei feti, in particolare adottate dalla Regione Marche (regolamento n. 3 del 2009 modificato nel 2015, relativo alle attività funebri e cimiteriali, che prevede che nelle strutture ospedaliere siano predisposti opuscoli informativi sulla possibilità di richiedere la sepoltura del feto o del prodotto abortivo) e dal Comune di Firenze (deliberazione n. 53 del 2013 modificata nel 2015, relativo al regolamento di polizia mortuaria), oltre che il Regolamento di polizia mortuaria (Decreto del Presidente della Repubblica n. 285 del 1990, recante “Approvazione del regolamento di polizia mortuaria”). Per ulteriori considerazioni sul “destino” dei feti dopo l’intervento interruttivo, con specifico riferimento alla possibilità di sepoltura dei feti o dei prodotti abortivi, si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 526 ss.

moratoria che riceve il plauso non soltanto di politici credenti o atei devoti, ma addirittura del Pontefice⁶.

Nel frattempo erano venuti alla luce alcuni aspetti di adeguamento scientifico della legge n. 194 del 1978, come quello dovuto alla possibilità che il feto fosse vitale e potesse vivere alla 24^a settimana. A fronte della legge n. 194, che opportunamente non ha inteso cristallizzare il termine ultimo oltre il quale non è più possibile effettuare l'intervento interruttivo oltre i primi tre mesi di gravidanza (art. 6), mentre ha indicato la generale clausola della "possibilità di vita autonoma del feto" (art. 7), il Ministero della Salute aveva all'uopo istituito una commissione, mentre la Regione Lombardia riteneva di sua spettanza recepire le linee guida di alcuni ospedali in un atto di indirizzo regionale, fissando nelle 22 settimane più 3 giorni il termine ultimo oltre il quale non sarebbe più stato possibile ricorrere all'intervento interruttivo oltre i primi tre mesi⁷.

Si pensi, ancora, alle ben note problematiche relative alla effettiva applicazione della disciplina con specifico riguardo al riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza che pure la legge n. 194 del 1978 limita alle sole attività specificamente e necessariamente connesse all'intervento interruttivo (art. 9)⁸.

L'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e, soprattutto, la disorganizzazione delle strutture ospedaliere e delle Regioni che invece dovrebbero garantire sempre questa prestazione (come espressamente richiesto dallo stesso art. 9) pongono, come si vedrà oltre, notevoli criticità rispetto alla garanzia del diritto alla salute delle donne e del principio di non discriminazione, che sono state accertate in due occasioni dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali (cui si dedicherà il par. 5.1).

Vi è un ultimo, recente episodio che merita di essere menzionato, perché, seppure meno dirimente quanto ai suoi effetti giuridici, da un punto di vista simbolico e culturale ben esprime la tendenza qui in esame ad esautorare il contenuto della l. n. 194 del 1978 e ne mette in luce i rischi: si tratta della mozione del Consiglio comunale di Verona, approvata il 27 settembre 2018, in cui viene approvato il finanziamento a progetti ed attività di sostegno alla donna che decida, al termine della gravidanza, di non essere nominata come madre del bambino, affidandolo ai servizi sociali in vista di un'adozione. Nel perseguire questa meritoria variazione di bilancio, la mozione però addita, facendo leva su dati non conformi alle relazioni ministeriali⁹, un'applicazione asseritamente troppo disinvolta della l. n. 194 del 1978 come la causa dello scivolamento dell'interruzione volontaria di gravidanza da strumento di attuazione di una genitorialità responsabile a mezzo contraccettivo in spregio al diritto alla vita, affermando incidentalmente che il ricorso alle pillole abortive inverte una vera e propria "uccisione nascosta". In questa sede non si intende certo mettere in discussione l'importanza di un sostegno alla gestante che decida di partorire rimanendo anonima. Ci si limita tuttavia a mettere in evidenza

⁶ La moratoria è stata presentata a Milano, il 15 gennaio 2008.

⁷ Cfr. il Decreto della direzione generale della sanità del 22 gennaio 2008, n. 327, intitolato Atto di indirizzo per la attuazione della legge 22 maggio 1978 n. 194 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza", di cui si dirà meglio oltre, par.

⁸ Tra le più recenti opere monografiche sul punto, cfr. D. PARIS, *Obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014. In tema, si rinvia poi alla bibliografia citata ai parr. 5, 5.1, 5.2, 5.3.

⁹ Così v. E. TARQUINI, *La legge e il corpo delle donne: la mozione del consiglio comunale di Verona del 27 settembre 2018*, in *Questione Giustizia*, 10 ottobre 2018.

che, attraverso l'ideologica prospettazione degli esiti applicativi della l. n. 194 del 1978, o la velata criminalizzazione della scelta abortiva, il Consiglio comunale di Verona non ha certo aiutato la donna a ritrovare nella scelta del legislatore del 1978 un punto di riferimento autorevole cui guardare nel difficile percorso che la attende.

2. I problemi: una proposta di metodo

Alla luce di alcuni degli episodi di cronaca che hanno caratterizzato gli ultimi 20 anni di applicazione della legge risulta allora evidente che si oscilla fra tre piani differenti, che si intendono esaminare in modo distinto: la valutazione di aspetti-tecnico scientifici della disciplina sull'interruzione della gravidanza (nella quale rientra il tema, comune a tutte le leggi soggette al decorso del tempo, dell'adeguamento all'eventuale progresso della scienza); la valutazione del bilanciamento compiuto dal legislatore nell'adozione della disciplina fra la posizione della donna e quella del concepito, valutazione che è stata oggetto anche di pronunce costituzionali; la rivendicazione soltanto ideologica della difesa della vita, compiuta in nome dei diritti del nascituro, ma in realtà diretta contro la donna e controproducente per gli stessi diritti del nascituro, solo apparentemente difesi¹⁰.

È evidente che, stando al dibattito politico contingente, si potrebbe immaginare di rispondere soltanto su un piano "ideologico": il tentativo di queste riflessioni è quello di mantenere aperto uno spazio di discussione razionale, il solo che possa contribuire davvero alla difesa dei diritti.

3. I diritti della donna e quelli del concepito nel bilanciamento del legislatore del 1978 nel quadro dei principi delineati dalla Corte costituzionale

In materia di aborto assistiamo a scelte legislative profondamente diverse, corrispondenti alle possibili scelte di principio che gli ordinamenti possono adottare.

Si può osservare come esistano almeno tre modelli: quello che vieta penalmente l'aborto, ritenendolo un "omicidio"; quello che, all'opposto, colloca la scelta nella totale libertà e disponibilità della donna, come se si trattasse di un fatto riguardante solo il "corpo" della donna; quello che, pur ritenendo che il nascituro goda di un "diritto" alla vita, sviluppa una disciplina orientata alla consulenza e all'aiuto alla donna, ritenendo che lo stato abbia il dovere di aiutare la donna a superare le difficoltà, essendo questa l'unica strada per tutelare in modo bilanciato i diritti della donna e quelli del nascituro (in questo caso si parla di modello "discorsivo", adottato in Germania nel 1994¹¹).

La disciplina italiana sull'interruzione volontaria della gravidanza si affida ad un modello fondato sulla libertà di scelta della donna, all'interno di un procedimento che tiene in massima considerazione il compito informativo e di sostegno della consulenza statale¹².

¹⁰ In tema, v. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 432 ss.

¹¹ Sia consentito il rinvio alle più ampie e approfondite considerazioni svolte in M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994. Per ulteriori profili comparati, si veda G. BOGNETTI, *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti scelti di Giovanni Boggetti*, Milano, 2015, 1 ss.

¹² In tema sia permesso rinviare a M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, 2016, 48 ss.

I dati relativi all'applicazione della legge dimostrano che tale disciplina ha annullato il numero degli aborti clandestini e che, nel complesso, il ricorso all'aborto è diminuito, soprattutto fra le donne italiane¹³: dato da cui si deduce che la prima parte della legge, quella che nega il carattere dell'aborto alla stregua di uno strumento contraccettivo, è stata valorizzata nella prassi.

Occorre osservare anche che il nostro modello legislativo si presterebbe ad una interpretazione "alla tedesca", attraverso una valorizzazione e un potenziamento del ruolo dei consultori, in un'ottica che dia la massima importanza alla possibilità che la donna decida, dopo adeguata riflessione, di non interrompere la gravidanza.

Rispetto ai diritti del nascituro, occorre distinguere fra i primi tre mesi della gravidanza, dove il problema più che medico è psicologico, e dove veramente il ruolo orientativo del consulente è essenziale proprio per garantire al massimo la libertà di scelta della donna (la cui salute fisica e psichica potrebbe essere compromessa da una decisione non meditata), e il secondo semestre, dove l'interruzione della gravidanza è legata a processi patologici della donna o del feto e dove la responsabilità nella diagnosi da parte del medico è massima.

La Corte costituzionale non si sottrae in tema di aborto a decisioni che affrontano in modo approfondito il bilanciamento fra le posizioni della donna e del concepito ed è la stessa Corte costituzionale, nel 1975, che detta l'impostazione di principio che sarà alla base delle scelte del legislatore nella legge n. 194 del 1978, offrendo spazio, nella decisione n. 35 del 1997, da molti letta ingiustamente come contraddittoria rispetto alla giurisprudenza precedente, a modi più equilibrati di interpretazione della disciplina.

Nella sentenza n. 27 del 1975, la Corte, giudicando sulla norma che puniva penalmente l'aborto e dichiarandone la parziale incostituzionalità, giustifica l'interruzione della gravidanza nei casi di problemi fisici e psichici della donna. Nella pronuncia la Corte sancisce il principio in base al quale non vi è equivalenza fra il diritto alla vita e alla salute di chi è già persona (la donna) e il diritto di chi persona deve ancora diventare (l'embrione). Tale indicazione di principio è stata recepita dal legislatore nel 1978, ponendola alla base del bilanciamento che caratterizza la prima disciplina in materia di interruzione di gravidanza.

Successivamente, in una pronuncia meno nota, il giudice costituzionale si è occupato di una diversa questione, il cui eventuale accoglimento avrebbe determinato l'estensione dell'art. 6 anche alle ipotesi di trattamento interruttivo entro i primi tre mesi, introducendo una nuova fattispecie incriminatrice.

Di fatto, si trattava della richiesta di estensione di una norma penale, che la Corte ritiene inammissibile «perché ne preclude l'esame il principio di legalità, sancito nel codice e consacrato nella Carta repubblicana, come fondamentale valore dello Stato di diritto» (sentenza n. 108 del 1981). Si approfondisce, in questa decisione, il significato della punizione penale per un diritto penale "laico", una visione per la quale lo strumento penale non può essere utilizzato per la promozione di determinati valori. Non esiste, secondo questa impostazione, un obbligo costituzionale di tutela penale, anche nel caso in cui il valore sia fondamentale e si trovi al vertice della scala di valori (Wertordnung) costitu-

¹³ Cfr. la "Relazione annuale del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza dagli anni del 22 dicembre 2017", riguardante l'anno 2016, ma che riporta anche alcuni dati degli anni precedenti.

zionale. Tale obbligo non sussiste, allorché lo stesso valore possa essere tutelato efficacemente con uno strumento diverso rispetto al diritto penale.

La decisione n. 35 del 1997 è molto importante per una lettura “nuova” da parte del giudice costituzionale del bilanciamento dei valori in gioco¹⁴: la sentenza viene resa in un giudizio sull’ammissibilità del referendum dallo stesso contenuto di quello portato dinanzi alla Corte nel 1981 (la sentenza è la n. 26), relativo cioè all’abrogazione di alcuni articoli della l. n. 194 riguardanti i consultori e la procedura di certificazione. Questa richiesta aveva l’obiettivo di alleggerire, “liberalizzando” completamente, l’aborto.

Nella decisione la Corte ribadisce con chiarezza, richiamandosi alla sua giurisprudenza precedente, che ha fondamento costituzionale la tutela del concepito; che del pari ha fondamento costituzionale la protezione della maternità (art. 31, comma 2, Cost.); che sono diritti fondamentali anche quelli relativi alla vita e alla salute della donna gestante; che il bilanciamento fra questi diritti fondamentali, quando entrambi siano esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto; che al fine di realizzare in modo legittimo questo bilanciamento «è obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l’aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre nel proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell’aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla».

Diversamente da quanto avvenuto nel 1981, il giudice costituzionale ritiene inammissibile questa richiesta referendaria, perché la disciplina avente ad oggetto l’interruzione volontaria della gravidanza rientra fra quelle aventi un contenuto costituzionalmente vincolato.

Il principio espresso dalla Corte è in sostanza molto vicino all’impostazione tedesca, nella quale è valorizzato il momento della consulenza da parte dello Stato: la decisione di una donna di interrompere la gravidanza non è un fatto soltanto privato, perché lo Stato nella procedura con cui si arriva in ipotesi a tale decisione deve tutelare sia il diritto alla vita del concepito, sia la salute fisica e psichica della gestante.

4. Gli aspetti tecnico-scientifici controversi

Chi continua a invocare la “revisione” della legge n. 194 del 1978 strumentalizza un problema che è proprio di tutte le leggi rispetto al decorrere del tempo: quello del loro adeguamento al tempo trascorso e anche all’eventuale cammino della scienza.

Il problema principale in gioco è costituito dal termine che viene individuato quale momento ultimo dalla prassi medica per l’aborto terapeutico, che potrebbe diventare un termine troppo avanzato rispetto ai progressi della scienza quanto alle possibilità di vita dei neonati molto prematuri. Questi ul-

¹⁴ Sulla pronuncia, v. C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, in *Giur. cost.* 1997, 293 ss.; M. OLIVETTI, *La Corte e l’aborto, fra conferme e spunti innovativi*, in *Giur. cost.*, 1997, 312 ss.; M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull’ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*, in *Giur. It.*, 1997, I, 348 ss. Sia permesso inoltre rinviare a M. D’AMICO, *Una lettura della disciplina sull’interruzione della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, in *Giur. Cost.*, 1997, 1139 ss.

timi, infatti, oramai anche alla 22ma settimana presentano segni di vitalità che consentirebbero loro di sopravvivere. Rispetto a tale problema, però, la legge stessa prevede un adeguamento interpretativo, facendo opportunamente riferimento, nell'art. 7, u.c., al concetto di "possibilità di vita autonoma" del feto, definita altrimenti "vitalità" del feto, come limite all'aborto terapeutico.

Interpretando la legge, allora, molti ospedali hanno già adottato linee guida che anticipano il limite temporale per l'applicazione del trattamento.

Tale limite è stato oggetto di un opportuno provvedimento ministeriale, che detta «raccomandazioni per le cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse»¹⁵ e, anche, di uno specifico, a mio avviso meno opportuno, provvedimento della Regione Lombardia. In un "atto di indirizzo regionale"¹⁶, infatti, si erano recepite le linee-guida di alcuni ospedali lombardi, stabilendo non soltanto il limite delle 22 settimane più tre giorni¹⁷, ma anche specifiche norme sulla necessità del parere di due medici e sul divieto di aborto selettivo nel caso di gravidanza gemellare. Meno opportuno perché la disciplina di diritti fondamentali, nei loro contenuti essenziali, non è di competenza regionale, non tollerando essa soluzioni diverse da regione a regione. Questo atto di indirizzo è stato annullato dalla decisione del TAR Lombardia¹⁸, che ha accolto le tesi dei ricorrenti, riconoscendone il carattere lesivo delle competenze statali e la sua contrarietà alla legge, quale atto secondario.

Un altro profilo che si invoca per un aggiornamento della legge è in realtà un problema di interpretazione e di applicazione: si vorrebbe, cioè, che la parte dedicata alla prevenzione e all'aiuto alla donna nella decisione di interrompere la gravidanza fosse effettivamente attuata e garantita concretamente. Il ruolo dei consultori è centrale nell'impianto della legge, ma sembra che la prassi sia insufficiente: questo profilo, però, attiene alla pratica applicazione della legge.

5. Il diritto di sollevare obiezione di coscienza (art. 9, legge n. 194 del 1978)

Come si è accennato, nel corso degli ultimi anni è emerso un ulteriore ambito in cui la legge n. 194 del 1978 viene strumentalizzata per ragioni ideologiche, con cui viene oscurato l'obiettivo vero della legge, ovvero la ricerca di un corretto bilanciamento tra diritti: ci si riferisce all'obiezione di coscienza, invocata oramai in molte zone del paese dalla maggioranza dei medici, la quale, proprio per la sua applicazione massiccia, ha il rischio di paralizzare l'efficacia delle norme che permettono l'aborto¹⁹.

¹⁵ Il documento si può leggere in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_765_allegato.pdf.

¹⁶ Si tratta del Decreto della direzione generale della sanità del 22 gennaio 2008, n. 327, intitolato Atto di indirizzo per la attuazione della legge 22 maggio 1978 n. 194 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza".

¹⁷ Per un'analisi critica del provvedimento regionale, si v. S. CATALANO, *Note a margine del decreto della Regione Lombardia di 'attuazione' della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in www.federalismi.it (1 aprile 2008).

¹⁸ L'ordinanza del Tar Lombardia è datata 9 maggio 2008, pubblicata in www.federalismi.it. Dopo quest'ultima pronuncia, l'ordinanza cautelare del TAR ha trovato confermato nella sentenza di merito del 29 dicembre 2010, sui cui, si veda F. BIONDI, *La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it (4 febbraio 2011).

¹⁹ In generale, in tema di obiezione di coscienza, v. A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 251 ss., il quale sottolinea l'esigenza che l'obiezione di coscienza sia prevista dal legislatore, facendo dunque leva sulla necessità di una *interpositio legislatoris*, nonché che siano previste obbligazioni alternative; nella stessa direzione, v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2013, 142 ss.; similmente, ma nella prospettiva della filosofia del diritto, v. M. SAPORITI, *La coscienza disobbediente*.

Infatti, la legge n. 194 del 1978 all'art. 9 prevede che il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non sia tenuto a prendere parte alle procedure e agli interventi per l'interruzione della gravidanza, nel caso in cui sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione.

L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento di procedure e attività che siano specificamente e necessariamente dirette a provocare l'interruzione di gravidanza, mentre non riguarda le attività di assistenza antecedente e conseguente all'intervento.

Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate devono in ogni caso garantire l'accesso al trattamento richiesto e le Regioni devono controllare e garantire l'idonea organizzazione degli stessi ospedali, anche attraverso la mobilità del personale.

In un unico caso la legge n. 194 prevede che il diritto di obiezione di coscienza receda rispetto alla posizione giuridica della donna. L'obiezione di coscienza, infatti, non può essere esercitata quando, a fronte delle circostanze concrete, il personale intervento del medico anche obiettore sia indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo.

A fronte di queste disposizioni contenute nell'art. 9 si è assistito a molteplici tentativi di estenderne la portata applicativa. In particolare, viene in rilievo la circostanza che, nella prassi, si sia registrato un elevato e sempre crescente numero di medici obiettori di coscienza che, anche a fronte della mancata organizzazione degli ospedali e delle Regioni, hanno di fatto ostacolato il corretto esercizio del diritto – alle condizioni previste pur sempre dalla legge n. 194 – delle donne di accedere al trattamento richiesto²⁰.

Il ricorso massiccio e "disinvolto" da parte dei medici all'obiezione di coscienza è suscettibile di compromettere non solo la posizione della donna (e quindi il diritto di accesso alla prestazione richiesta,

Ragioni tutele e limiti, Milano, 2014, passim e spec. 213 ss.; più di recente, si confronta con le problematiche dell'obiezione di coscienza con uno sguardo aperto anche ai contributi provenienti a livello sovranazionale. A. SPERTI, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, www.federalismi.it, n. 20/2017.

Per un autorevole commento sull'art. 9 della l. n. 194 del 1978, ancorchè risalente, v. A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, in AA. VV., *Commentario alla l. 22 maggio 1978, n. 194*, a cura di C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 1650 ss.; sulle problematiche sottese all'esercizio dell'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria di gravidanza, in generale, e sulle problematiche dovute al suo incipiente ricorso da parte di un numero ginecologi quantitativamente sempre più elevato, si veda tra i primi G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 815 ss.

²⁰ Cfr. ancora la "Relazione annuale del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza dagli anni del 22 dicembre 2017", riguardante l'anno 2016, ma che riporta anche alcuni dati degli anni precedenti.

Sulle modalità per far fronte al fenomeno dell'elevata quantità di ginecologi obiettori, v. le recenti proposte di A. BURATTI, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza: spunti a partire da un recente bando per "non obiettori"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 28 marzo 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; L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017; F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2015, 89 ss.; S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. profili critici e ipotesi di superamento*, in *Rivista Aic*, 2/2017.

secondo quanto prescrive la legge n. 194), ma anche quella dei medici non obiettori di coscienza, che sono costretti a fare fronte al complessivo carico di lavoro, derivante, ancora una volta, dall'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e dalla correlativa disorganizzazione degli ospedali e delle Regioni.

Le problematiche legate alla difficoltà di accesso da parte delle gestanti all'interruzione di gravidanza non sono mai giunte al cospetto della Corte costituzionale, forse anche in considerazione delle difficoltà pratiche che le donne incontrano in quelle situazioni.

Si pensi innanzitutto alla circostanza per cui occorre rispettare le limitazioni anche temporali poste dalla legge n. 194 per l'accesso al trattamento interruttivo della gravidanza. Le difficoltà nell'accesso al servizio determinano la necessità per le donne di recarsi in un'altra struttura, della stessa città, della stessa Regione, di un'altra Regione o addirittura di un altro paese. Si pensi anche alle concrete difficoltà che incontrano i medici non obiettori di coscienza, che subiscono conseguenze negative anche sul piano lavorativo derivanti dal tipo di prestazione che offrono senza soluzione di continuità.

5.1. Diritto alla salute della donna e obiezione di coscienza del medico al cospetto del Comitato europeo dei diritti sociali

Assumono allora una peculiare rilevanza le procedure che sono state instaurate davanti al Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa, che nel caso di un primo Reclamo ha accertato rispetto al trattato internazionale della Carta Sociale Europea la violazione dei diritti delle donne cui è impedito o ostacolato l'accesso all'aborto e che in relazione al secondo Reclamo collettivo ha ribadito lo stato di violazione del diritto alla salute e del principio di non discriminazione, accogliendo l'ulteriore profilo di violazione della posizione dei medici non obiettori di coscienza²¹.

Il Comitato Europeo, in relazione al Reclamo collettivo n. 87 del 2012 promosso dall'organizzazione internazionale non governativa *International Planned Parenthood Federation European Network*, ha riconosciuto che l'Italia non assicura, come prescrive l'art. 9 della legge n. 194, l'accesso al trattamento interruttivo della gravidanza.

Questa mancata garanzia si traduce in una diretta violazione del diritto alla salute delle donne (art. 11 della Carta Sociale Europea), cui l'accesso all'aborto è funzionale, e del principio di non discriminazione (art. E della Carta Sociale Europea), poiché si determinano irragionevoli discriminazioni fra categorie di donne di tipo territoriale ed economico.

A seguito della decisione di merito adottata in relazione a questo primo Reclamo collettivo – e della relativa procedura nel corso della quale hanno depositato ulteriore documentazione sia

²¹ Sulle decisioni rese nei confronti dell'Italia dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali rispetto ai due reclami presentati da IPPF EN e dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro si vedano M. D'AMICO, *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in M. D'AMICO, G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, 2014, 219 ss.; L. LANZONI, B. LIBERALI, *The Protection of the Right to Health and the Procedures for Voluntary Termination of Pregnancy between European Court of Human Rights and European Committee of Social Rights*, ivi, 231 ss.; B. LIBERALI, *Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali e la salute quale fattore di discriminazione multipla*, in M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, 128 ss.; L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo OnLine*, 2016, II, 311 ss.

l'organizzazione reclamante sia il Governo italiano, ma anche soggetti terzi interessati a diverso titolo a sostenere le posizioni delle parti – il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha inviato all'Italia una Raccomandazione (30 aprile 2014), con cui ha preso atto dello stesso accertamento, richiedendo l'adozione di specifiche misure – quelle che il nostro ordinamento riterrà opportune – per dare soluzione alle criticità riscontrate.

Il Ministro della Salute, già nell'ottobre del 2014 e, in senso analogo, nell'ottobre del 2015, ha presentato in occasione della annuale Relazione al Parlamento sullo stato di applicazione della legge n. 194, i primi risultati del Tavolo di monitoraggio istituito per mappare la situazione e la concreta prassi applicativa relativa all'obiezione di coscienza in materia e ha ribadito che non vi sono problemi nella garanzia del servizio.

Rispetto al secondo Reclamo collettivo, promosso dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (n. 91 del 2013), il Comitato Europeo dei Diritti Sociali ha accolto la richiesta del Governo italiano di tenere una pubblica udienza il 7 settembre 2015 alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e successivamente ha accertato che lo stato di violazione della Carta Sociale Europea non è stato superato, dichiarando altresì la violazione dei diritti dei medici non obiettori di coscienza.

Sarà dunque necessario per l'Italia, nell'ambito del c.d. follow up delle decisioni di merito, rendere conto delle misure positive adottate per dare soluzione alla condizione di violazione della Carta Sociale Europea derivante dalla insoddisfacente applicazione della legge n. 194.

Peraltro questa situazione, accertata a livello sovranazionale, si traduce anche in una violazione del primo comma dell'art. 117 Cost., proprio in relazione al parametro interposto costituito dalla Carta Sociale Europea, laddove prescrive al legislatore nazionale e regionale di rispettare gli obblighi internazionali, in questo caso derivanti dalla stessa Carta Sociale Europea²².

5.2. L'obiezione di coscienza del giudice tutelare nell'ambito della procedura interruttiva della gravidanza da parte di donna minorenni

Un ulteriore profilo di problematicità che riguarda la concreta applicazione della legge n. 194 si è presentato in ordine al tentativo di estendere l'ambito applicativo dell'art. 9, laddove consente il diritto di sollevare obiezione, anche alle attività, che pure si inseriscono nella procedura abortiva, svolte dal giudice tutelare.

²² Rispetto alla Carta Sociale Europea e ai meccanismi di controllo sul rispetto delle relative disposizioni si vedano G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in www.forumcostituzionale.it, M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013; E. STRAZIUSO, *La Carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, in www.gruppodipisa.it; C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2016.

Con specifico riguardo ai rapporti fra la Carta Sociale Europea e il nostro ordinamento, in particolare rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, si veda B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in www.federalismi.it, 13 settembre 2017; G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, in www.forumcostituzionale.it, 20 settembre 2018, a proposito della sent. n. 120 del 2018, che considera la Carta Sociale europea parametro interposto nel giudizio di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 12, è chiamato, durante i primi novanta giorni di gestazione, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone che esercitano la potestà o la tutela nei confronti della donna minorenni oppure quando le stesse persone non prestino il loro consenso o esprimano pareri difformi, a sentire la donna e, «tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli» dal consultorio, dalla struttura socio-sanitaria o dal medico di fiducia, può provvedere ad autorizzare la stessa, «con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza».

L'art. 12, inoltre, prescrive che in caso di urgenza (determinata da un grave pericolo per la salute della minorenni) il medico possa emettere il certificato che legittima l'interruzione di gravidanza, a prescindere dal consenso prestato da parte di chi esercita la potestà o la tutela della minorenni e senza coinvolgere il giudice tutelare.

Nei casi in cui l'interruzione di gravidanza debba intervenire oltre i primi tre mesi, invece, vengono applicate le procedure prescritte all'art. 7, indipendentemente quindi dalla minore età e dal consenso di chi esercita la potestà o la tutela.

È interessante mettere in rilievo che la Corte costituzionale è più volte intervenuta per chiarire la peculiare portata dell'intervento del giudice tutelare nella procedura di interruzione di gravidanza della minorenni.

In particolare, il Giudice delle Leggi, con la sentenza n. 196 del 1987 ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale che era stata sollevata sugli artt. 9 e 12 della legge n. 194, rispetto agli artt. 3 Cost., in quanto avrebbero determinato un trattamento irragionevolmente differenziato per i giudici tutelari e per il personale sanitario, e 2, 19 e 21 Cost.

Quanto al primo profilo, in particolare, la Corte ha ritenuto che il provvedimento del giudice tutelare «rimane esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravidica. Ed una volta che i disposti accertamenti siansi identificati quale antifatto specifico e presupposto di carattere tecnico, al magistrato non sarebbe possibile discostarsene; intervenendo egli, come si è chiarito, nella sola generica sfera della capacità (o incapacità) del soggetto, tal quale viene a verificarsi per altre consimili fattispecie [...]. Né potrebbe, peraltro, indurre a diversa considerazione la dizione della norma secondo cui il giudice 'può' autorizzare la donna, poiché il termine è piuttosto da riferire, in particolare, alla attività sostitutiva, anche in presenza di rifiuto da parte della patria potestà. Tali essendo i ben circoscritti e non cospicui margini di intervento del giudice tutelare (ed integre restando, comunque, le successive valutazioni della gestante abilitata essa sola a decidere) non sussiste disparità col personale sanitario, al quale soltanto - come riconosce la stessa ordinanza di remissione - competono gli accertamenti intesi alla previsione d'aborto: nessuna lesione, perciò, per difetto di omogeneità nei differenti stadi della procedura, ricorre nei confronti dell'art. 3 Cost.».

Rispetto al secondo, in modo altrettanto significativo e chiaro, il Giudice delle Leggi esclude ogni profilo di violazione della Costituzione, poiché il «magistrato è tenuto ad adempiere con coscienza appunto [...] ai doveri inerenti al suo ministero: si ricompongono in tal modo, nella realtà oggettiva della pronuncia, e i suoi convincimenti e la norma obiettiva da applicare. È propria del giudice, invero, la valutazione, secondo il suo 'prudente' apprezzamento: principio questo proceduralmente indicato, che lo induce a dover discernere – secondo una significazione già semantica della prudenza – intra

virtutes et vitia. Ciò beninteso in quei moduli d'ampiezza e di limite che nelle singole fattispecie gli restano obiettivamente consentiti realizzandosi, in tal guisa, l'equilibrio nel giudicare».

Questa decisione è stata peraltro richiamata dalla ordinanza n. 293 del 1993, con la quale si è ribadito che l'intervento del giudice tutelare nella procedura interruttiva di gravidanza risulta «esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione della gravidanza».

A fronte di questa impostazione, dunque, si esclude la possibilità per il giudice tutelare di sollevare obiezione di coscienza, poiché la sua attività non rientra fra quelle specificamente e necessariamente dirette all'aborto, come peraltro si evince dalla stessa lettura dell'art. 9 e dalle previsioni che stabiliscono i diversi accertamenti necessari per l'accesso al trattamento.

La Corte costituzionale ha rafforzato questo orientamento anche escludendo che il giudice tutelare svolga una attività di codecisione rispetto all'aborto ed affermando che, al contrario, si tratta di una verifica del corretto formarsi della volontà della donna minorenni.

Solo in parte connessa a questa questione, ma pur sempre meritevole di attenzione, è una vicenda che ha visto nel 2012 il Tribunale di Spoleto sollevare una questione di legittimità costituzionale sull'art. 4 della legge n. 194.

Più precisamente, il Tribunale di Spoleto aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale sull'art. 4, nella parte in cui prevede la stessa possibilità di interrompere volontariamente la gravidanza, in riferimento agli artt. 2, 11, 32, primo comma, e 117, primo comma, Cost.

Premessa di un intervento nel merito della Corte, tuttavia, era il riconoscimento di un ruolo decisionale del giudice tutelare in merito all'aborto. In assenza di un simile riconoscimento, infatti, l'art. 4 della legge n. 194 non avrebbe trovato reale applicazione nel caso di specie e, dunque, non avrebbe potuto essere messo al centro dell'ordinanza di rinvio al Giudice delle leggi della questione di costituzionalità.

Ebbene, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 196 del 2012, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione per irrilevanza, proprio perché, non essendo il giudice *a quo* chiamato «a decidere, o a codecidere, sull'an della interruzione della gravidanza», nel giudizio principale non deve essere fatta applicazione della norma censurata²³.

Ancora una volta, dunque, la Corte costituzionale impedisce al giudice tutelare di strumentalizzare la procedura per l'autorizzazione della minorenni ad abortire (anche considerando quanto rilievo assume, nella specifica procedura, il fattore temporale) al fine di mettere in discussione la conformità a Costituzione dell'art. 4 della legge 194 del 1978.

In conclusione, a fronte del quadro giurisprudenziale complessivo, per cui la Corte costituzionale nega in modo monolitico che il giudice tutelare possa decidere sull'an dell'aborto e rinviare alla Corte stessa una questione sull'art. 4, di cui non è affatto chiamato a fare applicazione, pare possibile individuare nelle questioni descritte una sorta di tentativo ideologico di mettere in discussione l'impianto

²³ Per ulteriori osservazioni a commento della decisione, si rinvia alle considerazioni critiche di G. FINOCCHIARO, *Un grave sospetto: il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale può essere abusivo e mascherare l'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione dell'aborto della minore?*, in *Giustizia civile*, 2013, VII-VIII, 1349 ss. Per un punto di vista maggiormente adesivo, v. S. ATTOLLINO, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *Stato, chiese e pluralismi confessionali*, 2013, 13 ss.

di fondo della legge, senza guardare con attenzione al caso concreto e ricercare la miglior soluzione per la tutela dei diritti in gioco.

Si pensi solo, infatti, alle conseguenze pratiche che si determinano e si sono determinate nei casi al cospetto dei vari giudici tutelari indicati: nel caso del Tribunale di Spoleto, per esempio, nell'attesa del giudizio costituzionale la minorenni, per non incorrere in una ipotesi di aborto illegale (ossia posto in essere oltre i termini di cui all'art. 4) e clandestino (con tutti i correlati rischi per il diritto alla salute, che la stessa disciplina mira invece a scongiurare) ha dovuto rivolgersi ai genitori, con i quali avrebbe preferito – coinvolgendo appunto il giudice tutelare – non confrontarsi per autodeterminarsi nella scelta, a lei comunque spettante, di interrompere la gravidanza.

5.3. Gli ulteriori tentativi di estensione dell'ambito applicativo dell'obiezione di coscienza

Da ultimo, occorre soffermarsi sui tentativi posti in essere per estendere la facoltà dell'obiezione di coscienza in particolare alle attività prestate all'interno dei consultori.

Poste le considerazioni svolte precedentemente in relazione alle attività che possono rientrare nell'ambito del diritto di sollevare obiezione di coscienza – ovvero quelle necessariamente e specificamente dirette all'aborto, con conseguente esclusione delle attività di assistenza precedente e successiva e con contestuale imposizione di intervenire anche per il medico obiettore laddove sia in pericolo la vita della donna – occorre considerare quanto prevede l'art. 5 della legge n. 194.

Quest'ultima disposizione prescrive che «Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta d'interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, 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».

E, ancora, in modo significativo l'art. 5 prevede che «Quando il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, rilascia immediatamente alla donna un certificato attestante l'urgenza. Con tale certificato la donna stessa può presentarsi ad una delle sedi autorizzate a praticare la interruzione della gravidanza. Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciatole ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate».

Posta questa disciplina, e considerato che la prima parte del primo comma dell'art. 9 prescrive che «Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di

coscienza, con preventiva dichiarazione», si è posto il problema di interpretare congiuntamente le diverse disposizioni e verificare se e in quale misura il diritto di obiezione di coscienza possa essere riconosciuto anche al personale che svolga le proprie prestazioni – comunque connesse con l'intervento abortivo – nei consultori.

A questo proposito risultano significative da un lato la decisione del TAR della Puglia del 2010, con cui si è riconosciuta l'illegittimità di un bando di concorso riservato a medici non obiettori di coscienza per svolgere attività consultoriali, e dall'altro lato l'iniziativa della Regione Lazio, che con proprio decreto ha tenuto a specificare che nei consultori l'obiezione non può essere correttamente esercitata e che negli stessi presidi occorre prescrivere e applicare gli anticoncezionali.

Con riguardo alla decisione del TAR della Puglia²⁴, come si è anticipato, se da un lato è stato effettivamente riconosciuto il carattere discriminatorio della clausola di riserva che intendeva selezionare soggetti non obiettori di coscienza, dall'altro lato in modo significativo lo stesso giudice amministrativo ha svolto importanti considerazioni rispetto alla presenza dei medici obiettori o meno nei consultori.

Il TAR della Puglia, infatti, afferma che la qualifica di obiettore o non obiettore nei consultori è "assolutamente irrilevante", dal momento in cui al loro interno non si svolgono trattamenti interrutivi della gravidanza.

Nei consultori, prosegue il TAR, si svolge solo attività di assistenza psicologica e di informazione e consulenza per le donne, oppure funzioni di ginecologo, che per definizione non rientrano nella procedura abortiva.

Da questa premessa discende dunque che «la presenza teorica di soli obiettori all'interno del Consultorio [...] appare irrilevante ai fini di una corretta doverosa applicazione della l. n. 194». Cionondimeno il TAR della Puglia arriva a consigliare la strutturazione di un bando che, pur consapevole delle difficoltà pratiche e dell'elevato numero di medici obiettori di coscienza anche nei consultori, sia esente da vizi in ordine alla discriminazione nei confronti della categoria dei medici obiettori: la soluzione, afferma il TAR, potrebbe essere un bando che riservi la metà dei posti disponibili a entrambe le categorie di medici.

Il secondo esempio significativo attiene al Decreto della Regione Lazio (relativo alle Linee di indirizzo per le attività dei consultori familiari del 12.5.2014), con cui da un lato si è affermato che l'art. 9 riguarda le attività degli operatori che sono impegnati esclusivamente nel trattamento interrutivo della gravidanza, mentre coloro che lavorano nel consultorio non vi sono direttamente coinvolti, e dall'altro ha chiarito che nei consultori occorre prescrivere i contraccettivi ormonali e applicare quelli meccanici.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto «assistito da profili di fondatezza» l'appello cautelare (che era stato proposto da Federazione Nazionale dei Centri e Movimenti per la Vita D'Italia, Associazione Italiana dei Medici Cattolici e Associazione Italiana Ginecologi Ostetrici Cattolici contro l'ordinanza cautelare n. 4843 del 2014 del TAR Lazio), nella parte in cui «contesta il dovere del medico operante presso il

²⁴ TAR Puglia, sez. II, sentenza n. 3477 del 14 settembre 2010, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 1995 ss., con commento critico di D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in www.statoechiese, 2011.

Consultorio familiare di attestare, anche se obiettore di coscienza, lo stato di gravidanza e la richiesta della donna di voler effettuare l'IVG, ai sensi dell'art. 5, comma 4,» della legge n. 194.

Il TAR del Lazio ha successivamente respinto il ricorso contro il provvedimento della Regione, escludendo che l'accertamento dello stato di gravidanza possa turbare la coscienza del medico obiettore, essendo una attività meramente preliminare²⁵.

Risultano altrettanto significative, sempre nella prospettiva di verificare in che modo la disposizione relativa all'obiezione di coscienza che impone in ogni caso la garanzia della prestazione del servizio interruttivo sia effettivamente attuata, le iniziative intraprese da alcuni ospedali, con bandi tesi ad assicurare la presenza di medici non obiettori di coscienza. Si pensi, per esempio, ai bandi dell'ospedale S. Camillo Forlanini nella Regione Lazio, tesi a individuare due medici dirigenti specializzati in ostetricia e ginecologia che garantiscano l'applicazione della legge n. 194. Si pensi, ancora, al Policlinico Umberto I, che ha bandito un concorso pubblico per conferire a due laureati in medicina e chirurgia, specialisti in ostetricia e ginecologia, un incarico di collaborazione coordinata e continuativa di un anno, rinnovabile, sempre per l'esclusiva applicazione della legge n. 194. L'Azienda ospedaliera Pugliese Ciaccio di Catanzaro ha bandito un posto per dirigente medico in ginecologia e ostetricia a tempo determinato di sei mesi, riservato espressamente ai non obiettori di coscienza²⁶.

6. L'ideologia non difende i diritti

Tornando ai fatti presentati in apertura, anche se ormai risalente, la vicenda che aveva fatto seguito al documento predisposto dai medici romani si rivela ancora attuale a motivo del suo essere emblematica della natura ideologica di alcune posizioni, ammantate di scientificità, ma al tempo stesso dei rischi dell'ideologia per la tutela effettiva dei diritti.

Si è poco sopra osservato come vi siano alcuni profili interpretativi e di adeguamento scientifico della legge n. 194 del 1978 di cui la scienza medica e la stessa politica si sono fatti carico.

Con il documento ripreso in apertura, invece, alcuni medici avevano scelto di affrontare direttamente il tema da un punto di vista ideologico: è in nome della superiorità della "vita" che si apriva il documento, proponendo poi le soluzioni concrete; ed è alla luce della stessa impostazione che l'allora Pontefice Benedetto XVI, il giorno successivo, rivolgeva il suo appello ai fedeli.

²⁵ TAR Lazio, sez. III-*quater*, sentenza n. 8990 del 2 agosto 2016, in *www.biodiritto.org*. Sulla precedente decisione del Consiglio di Stato emessa in sede cautelare si vedano le osservazioni di B. LIBERALI, *L'obiezione di coscienza alla luce di alcune recenti vicende giudiziarie e amministrative*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, II, 416 ss.

²⁶ Rispetto a queste iniziative di bandi tesi ad assicurare una idonea presenza di medici non obiettori di coscienza nelle strutture si vedano i riferimenti contenuti in M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, II, 350 ss.; D. PARIS, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge*, ivi, 353 ss.; A. BURATTI, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, ivi, 357 ss.; B. LIBERALI, *'Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194': una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia)*, in *Osservatorio AIC*, 2017, I.

Se così è, occorre sviluppare alcune riflessioni; la prima riguarda la posizione del “medico” nel dibattito politico-culturale su questi temi; la seconda, riguarda la tecnica di tutela effettiva dei diritti e il rischio di una loro difesa soltanto ideologica; la terza, infine, attiene alla visione che vorrebbe contrapporre la singola donna, la singola vita e la vita umana, in generale.

Una grossa novità, su cui ragionare, sembra essere costituita dalla circostanza che il medico, che in effetti sta diventando il soggetto principale nelle tematiche che riguardano l’inizio e la fine della vita, decida di intervenire proponendo una sua visione “ideologica”.

Si è assistito nel passato ad atti medici dal “significato ideologico”: basti pensare alla decisione del dott. Riccio di seguire le indicazioni di Piergiorgio Welby, all’interno di un’interpretazione corretta della disciplina e della deontologia medica. In quell’occasione, però, il singolo medico agiva secondo l’interpretazione della legge, occupandosi da medico di un problema concreto; nel caso dei ginecologi, invece, un gruppo (minoritario) di medici interviene nel dibattito pubblico e a prescindere dal riferimento a casi concreti, per esprimere il proprio orientamento, partendo da una univoca interpretazione della scala di valori coinvolti. È come se i medici romani avessero voluto imporre, nell’interpretazione della legge n. 194, una visione nella quale il rapporto del medico sia esclusivamente in funzione della vita del nascituro, da garantire in ogni modo e a prescindere dalla volontà dei genitori. Si tratta non di una interpretazione, ma di una proposta “politica”, che risente, però, del fatto di essere espressione di un gruppo ristretto di soggetti chiamati ad applicare la legge e le norme di deontologia alla luce di regole generali, che necessitano di applicazione nel caso concreto.

La seconda osservazione riguarda il modo di difendere i diritti e il rischio che essi diventino oggetto di battaglie soltanto ideologiche, secondo una tendenza affermatasi ormai da qualche tempo proprio sull’aborto e, in generale, sulla vita prenatale, come dimostra anche la lunga e travagliata vicenda della legge n. 40 del 2004, ma anche sul fine vita. Si è dovuto attendere la fine del 2017, a dieci anni di distanza dalla nota decisione della Corte di Cassazione sul c.d. “caso Englaro”, perché l’Italia si dotasse di strumenti giuridici propri di gestione della fase terminale della vita e di regolamentazione del principio cardine di qualsiasi relazione medico-paziente, ossia il consenso informato²⁷.

Pensare di imporre una visione astratta e generale quando si parla di diritti, in relazione a questioni scientificamente ed eticamente controverse, è doppiamente fuorviante.

Da un lato, perché si limita la possibilità di trovare una soluzione condivisa e di tutela effettiva, per far prevalere una ideologia e un valore che alla fine rischia però di essere sacrificato nei fatti. Così è stato per la materia della fecondazione medicalmente assistita, dove le regole rigide per la tutela dell’embrione, astrattamente inteso, poi censurate dalla Corte costituzionale con le decisioni n. 151 del 2009 n. 162 del 2014 e 96 del 2015, oltre che n. 229 del 2015, hanno finito per limitare il numero di interventi e favorire il “turismo procreativo” delle coppie all’estero, con irragionevole sacrificio del-

²⁷ Per i profili sottesi alla disciplina, si vedano F. G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull’istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall’articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *BioLaw Journal*, 2018, I, 54 ss.; U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in www.lacostituzione.info; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2017; B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 giugno 2018.

lo stesso diritto alla salute. Dall'altro, perché il bilanciamento e la ricerca di regole attiene al caso e consente al diritto di apprestare una tutela reale e non serve a imporre una morale²⁸.

La terza riflessione riguarda la contrapposizione che si crea in tutta la discussione che si sta sviluppando sulle tematiche dell'aborto, fra posizioni giuridiche, quella della donna e quella del nascituro, che l'ordinamento deve disciplinare in modo bilanciato, e il valore della vita umana, in generale.

Si tratta di temi che rimandano in modo evidente alle domande ultime che ogni società, collettivamente, può porsi, e che ogni persona, prima o poi, affronta o decide di non affrontare. È positivo, quindi, che queste domande siano oggetto di discussione: nella società, nello spazio democratico, i valori non sono più estranei, ma entrano a far parte delle costruzioni e delle valutazioni importanti. E, tuttavia, è necessario chiedersi come, alla fine, si possa trovare un terreno omogeneo all'interno di una tale contrapposizione: l'appello alla vita, astrattamente inteso, prevale in ogni caso. Ma esso non risolve il dramma, individuale, di una donna che ha deciso di interrompere una gravidanza, di un feto che presenta segni di vitalità, di un medico che, alla fine, secondo il proprio codice deontologico, deve prestare l'assistenza adeguata, ma evitare ogni forma di accanimento terapeutico.

Contrapporre la vita alla morte, rendere ancora più forte e senza soluzioni bilanciabili il dramma di un parto molto prematuro o di un'interruzione di una gravidanza non riuscita alimenta una discussione che non intende risolvere meglio problemi importanti, ma che vuole far prevalere con la forza un punto di vista ideologico, e generale, su tanti drammi individuali.

Più in generale, e per concludere, quando le tematiche dei diritti fondamentali, nei casi critici, non sono analizzate in modo bilanciato, ma sono giocate una contro l'altra, come in Italia sta drammaticamente succedendo proprio sul tema dell'aborto di nuovo a quarant'anni dall'entrata in vigore della legge, diventa impossibile ragionare in termini reali e i diritti fondamentali vengono strumentalizzati ideologicamente.

Ma vi è di più, con la minaccia della pena, con una ideologica, ma falsa, contrapposizione fra soggetti diversi, con la rinuncia ad un bilanciamento di posizioni e di principi, quello che viene da ultimo sacrificato è proprio il diritto alla vita del nascituro, dal momento che la minaccia della pena spinge ancora di più la donna a vivere da sola e in modo irrisolvibile la sua situazione, aumentando quindi il numero di aborti.

Non a caso l'ormai unico Stato europeo, l'Irlanda, che ancora manteneva un'impostazione proibizionista, costringendo le donne a dolorosi viaggi oltre mare per interrompere una gravidanza, ha dovuto cedere di fronte alle spinte di una volontà popolare forte che, con coraggio, ha rivendicato il diritto delle sue cittadine di autodeterminarsi, riespandendo la propria sfera di vita privata²⁹.

In definitiva, la campagna contro l'aborto avrebbe come esito finale il ritorno alla punizione penale della donna: ma la minaccia della pena, come è ampiamente dimostrato, non è di alcuna utilità, diventando semmai controproducente per la effettiva tutela del valore che si dice difendere.

Il bilanciamento compiuto dal legislatore del 1978, letto in una visione che tenga conto dei diritti della donna e del nascituro, come ha già fatto la Corte costituzionale, e attraverso la valorizzazione della

²⁸ Sul metodo di soluzione di profili di incostituzionalità basato sulla ricerca di un effettivo bilanciamento tra diritti, sia permesso rinviare a M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit.

²⁹ In tema v. A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda: la regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2018.

consulenza statale che non deve convincere, ma soltanto garantire una scelta consapevole, è lo strumento giuridico migliore per garantire una effettiva tutela dei diritti coinvolti.

Chi ancora oggi si schiera contro l'aborto non cerca una tutela reale e più forte del diritto alla vita del nascituro – che con la minaccia della pena verrebbe invece indebolito, perché costringerebbe le donne a rifugiarsi nell'illegalità, come succedeva in passato –; chi agita questa battaglia cerca in realtà soltanto una vittoria, ideologica, di una parte della società su un'altra, irrilevante o controproducente per una effettiva e seria tutela di tutti i diritti.

Come affermava Hassemer, con riguardo alla religione, in uno stato laico, la religione, se c'è si difende da sola³⁰; così, parafrasando Hassemer si può dire che la famiglia, se è un valore, quando lo è davvero, si difende da sola; così, infine, la "possibile vita" del concepito non si difende contro la donna, ma solo offrendole aiuto e sostegno e, alla fine, rispettando la sua scelta.

7. Conclusioni

Sono dunque numerosi gli aspetti problematici che ancora circondano l'applicazione della legge n. 194. Alcuni di questi sono problemi antichi, che si credevano superati proprio per effetto della legge; altri si sono accentuati negli ultimi anni; altri ancora si sono riproposti ma con protagoniste diverse.

Ai primi può ricondursi la diffusione di un sentimento di scarsa consapevolezza, da parte delle più giovani generazioni di donne, delle garanzie e dei diritti salvaguardati dalla legge n. 194 del 1978.

Vi è la tendenza o, almeno, la percezione di una ridotta sensibilità al tema della autodeterminazione della donna in un ambito delicatissimo, quale è quello legato alla maternità. Il rischio è allora che l'interruzione volontaria della gravidanza si trasformi in un atto "dato per scontato", quasi meccanico, di cui, però, non si parla, quasi a voler mettere a tacere la sofferenza che un aborto, sia esso terapeutico oppure scelto nei limiti consentiti dalla legge, porta con sé.

Gli ultimi anni non hanno, poi, testimoniato il superamento di una visione della donna come madre e, quindi, colpevole della scelta di porre fine alla propria gravidanza.

La gravidanza di stereotipi antichi sul ruolo e sul posto della donna nella famiglia e nella società sembrano non cedere il passo ai cambiamenti che pure vive la donna, sul proprio corpo, nel vissuto della propria sessualità e maternità.

Sul versante dei problemi applicativi della legge che negli ultimi anni hanno assunto dimensioni più consistenti, si è già detto diffusamente. L'obiezione di coscienza o meglio i numeri dei medici obiettori bloccano in molti, moltissimi, casi l'attuazione della legge. Una discussione lucida sull'art. 9 della legge nella sede parlamentare e senza invocare o sperare nell'intervento sanante di qualche giudice sarebbe certamente auspicabile.

Infine, non possono negarsi i problemi che vedono protagoniste le donne straniere che soggiornano irregolarmente sul territorio dello Stato e che ricorrono alla pratica degli aborti clandestini. I dati parlano di un problema attuale e consistente che dimostra, ancora una volta, come i divieti, quando si

³⁰ W. HASSEMER, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung*, in I. STAFF, G. DILCHER (a cura di), *Christentum und modernes Recht: Beiträge zum Problem der Säkularisation*, Frankfurt a.M. 1984, 232-251.



parla di diritti fondamentali e in qualunque fonte si trovino affermati, non guidano ma anzi, spesso, si risolvono nella esposizione del singolo alla negazione di diritti costituzionali³¹.

Quali saranno le sorti della legge, come il legislatore e i giudici affronteranno i problemi antichi e quelli nuovi rimane oggetto di osservazione e di analisi per lo studioso.

Come costituzionalista e come donna, ci si limita a esprimere l'auspicio che il diritto fondamentale della donna di autodeterminarsi in relazione a scelte così intime e personali rimanga nella sfera del diritto alla vita privata, che uno Stato laico è chiamato dalla nostra Costituzione a salvaguardare.

³¹ Cfr. la "Relazione sullo stato di attuazione della legge presentata al Parlamento dal Ministero per la Giustizia del 2017", che si sofferma sull'aumento di questo dato, ricavato dall'aumento di procedimenti penali per il reato di cui all'art. 19 della l. n. 194 del 1978, come ricorda L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità*, cit., 22 ss.