

L'aborto "sbilanciato". Il bilanciamento (assente) in *Dobbs* e il bilanciamento (inadeguato) in Corte costituzionale n. 27/1975

Giuditta Brunelli*

THE "UNBALANCED" ABORTION. THE BALANCE (ABSENT) IN DOBBS AND THE BALANCE (INADEQUATE) IN THE CONSTITUTIONAL COURT NO. 27/1975

ABSTRACT: The essay criticizes the US Supreme Court's *Dobbs* ruling on abortion. It contrasts the rigidly originalist theoretical approach of the judgement with the dissenting opinion of Breyer, Sotomayor and Kagan, which focuses on women's freedom, equality and self-determination in the area of reproductive rights. After also criticizing the balance contained in sentence no. 27/1975 of the Italian Constitutional Court, it proposes some reform hypotheses of law no. 194/1978, taking into account the 2022 WHO Abortion care guideline.

KEYWORDS: US Supreme Court; Abortion; Originalism; Women's self-determination; Reform of Italian law no. 194/1978

ABSTRACT: Il saggio critica le argomentazioni della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana in materia di aborto. All'impostazione teorica rigidamente originalista della decisione contrappone la *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan, imperniata sulla libertà, l'eguaglianza e l'autodeterminazione femminile nell'ambito dei diritti riproduttivi. Dopo aver criticato altresì il bilanciamento contenuto nella sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale italiana, propone alcune ipotesi di riforma della legge n. 194/1978, tenendo conto delle Linee guida OMS sull'aborto del 2022.

PAROLE CHIAVE: Corte Suprema USA; Aborto; Originalismo; Autodeterminazione femminile; Riforma della legge n. 194/1978

SOMMARIO: 1. Originalismo e tradizione nella sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana. Il rischio per i diritti privi di base testuale nella Costituzione – 2. Libertà, eguaglianza e autodeterminazione femminile nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan. Il confronto con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975 – 3. Alcune possibili linee di riforma della legge n. 194/1978.

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Ferrara. Mail: bug@unife.it. Contributo su invito.

1. Originalismo e tradizione nella sentenza *Dobbs* della Corte Suprema americana. Il rischio per i diritti privi di base testuale nella Costituzione

Molto si potrebbe dire – e molto è stato detto, quasi sempre con toni giustamente critici e preoccupati – a proposito della sentenza della 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.*, del 24 giugno 2022, in materia di aborto. Mi limiterò in questa sede a poche rapide osservazioni di carattere generale, per poi soffermarmi su alcuni aspetti della decisione che possono rivelarsi utili ad affrontare il caso italiano, da considerarsi – a mio avviso – tutt’altro che soddisfacente in questa controversa materia.

Ciò che, in primo luogo, colpisce è l’impostazione rigidamente originalista della *majority opinion* redatta dal giudice Alito, che finisce per escludere la tecnica del bilanciamento (tipica delle Corti supreme e costituzionali europee)¹, trascurando del tutto la prospettiva delle donne (e le conseguenze discriminatorie derivanti dall’*overruling* delle sentenze *Roe* del 1973 e *Casey* del 1992)², ad esclusivo vantaggio della prevalenza dell’interesse dello Stato a tutelare la vita del concepito³. Un originalismo che rinvia alla tradizione giuridica, identificata nella storia più antica del Paese, senza alcuna considerazione del cinquantennio trascorso dalla pronuncia *Roe v. Wade* e dell’affidamento consolidato da parte delle donne su un sistema che consentiva loro di decidere *se e quando* diventare madri⁴.

¹ N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, *La Lettera: Originalismo e Costituzione* (7/2022). Nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan si legge, a questo proposito: «To the majority “balance” is a dirty word, as moderation is a foreign concept. [...] The constitutional regime we have lived in for the last 50 years recognized competing interests, and sought a balance between them. The constitutional regime we enter today erases the woman’s interest and recognizes only the State’s (or the Federal Government’s)».

² Donne «che dovranno viaggiare per centinaia di chilometri per spostarsi da uno stato federato ad un altro per avere accesso all’interruzione volontaria di gravidanza, donne che non potranno viaggiare – senza mezzi finanziari, con già un ampio carico di cura, con un lavoro precario (discriminazione che si intende intersezionale) –, donne che verranno per questo spiate in base a *app* che geolocalizzeranno coloro che si avvicinano a una clinica abortiva, donne che forse riusciranno ad avere accesso alla telemedicina, ma solo se avranno la capacità di cercare queste informazioni sul *web*, donne che moriranno per le conseguenze di aborti non sicuri»: 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 www.sidiblog.org, 25 luglio 2022, 7-8. In argomento vedi anche F.R. PARTIPILO, *La sentenza Dobbs v. Jackson Women’s Organization ed il diritto all’aborto negli Stati Uniti*, in www.giudicedonna.it, 1, 2022, 7.

³ A. SPERTI, *Il diritto all’aborto e il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 3, 2022, 30. Osserva L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs ad essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 36, che la *Dobbs* non argomenta sulla costruzione teorica «che individua due centri di interesse giuridico in un unico corpo (quello fecondato della donna) che poi consente di operare un bilanciamento tra contrapposti diritti, perché si concentra sull’interesse costituzionale dello Stato a tutelare la vita potenziale». Per M.G. GIAMMARINARO, *La sentenza Dobbs v. Jackson e il diritto costituzionale delle donne all’autodeterminazione*, in www.giudicedonna.it, 1, 2022, 3, ciò che *Dobbs* vuole cancellare è «il radicamento dell’autodeterminazione nella libertà personale, principio essenziale della tradizione giuridica americana così come di quella europea. Importante rilevare che *Dobbs* non nomina in nessuno dei suoi capitoli o paragrafi né le donne né i loro diritti, diffondendosi invece sull’interesse degli Stati a proteggere la vita del feto».

⁴ La mancanza di considerazione delle aspettative maturate dalle donne in cinquant’anni di applicazione di *Roe v. Wade* e la correlativa assenza di qualsiasi tentativo di bilanciamento dei loro diritti, l’uso strumentale del da-

Un'idea indubbiamente recessiva di tradizione, assunta come «esito più o meno cristallizzato di conflitti, di rapporti di potere sulla distribuzione delle risorse, la divisione del lavoro, le gerarchie sociali. Reificare una tradizione significa congelare dei rapporti di forza, invece di consentire di rimetterli in gioco»⁵. Emerge, nella sentenza *Dobbs*, una visione del corpo sessuato e riproduttivo della donna come «una risorsa *privata* (degli uomini loro famigliari) e *pubblica* (della società e dello stato che tramite essa si riproduce)». Per questo non può essere a loro disposizione e per questo le donne «hanno avuto ed hanno tradizionalmente più difficoltà a vedersi riconosciuto quel diritto fondamentale che è *l'habeas corpus*: il diritto ad essere in controllo del proprio corpo, della propria integrità fisica», di non essere obbligate a portare a termine una gravidanza non voluta⁶.

Altro aspetto criticabile e potenzialmente pericoloso della sentenza *Dobbs* riguarda la capacità “espansiva” del ragionamento della Corte Suprema nei riguardi di altri diritti non menzionati dalla Costituzione. Benché nella motivazione di maggioranza ci si premuri di sottolineare la peculiarità del diritto all'aborto, diverso da ogni altro diritto implicitamente protetto dal XIV Emendamento, in quanto, come già riconosciuto nelle sentenze *Roe* e *Casey*, «it destroys what those decisions called “fetal life” and what the law now before us describes as an “unborn human being”», non è un caso che nella sua *concurring opinion* Justice Thomas evochi esplicitamente la possibilità che in futuro la Corte possa rivedere la propria posizione in materia di contraccezione (*Griswold*, 1965), omosessualità (*Lawrence*, 2003) e matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergeffell*, 2015). Delle due l'una, come si legge nel *dissent* già citato. O la maggioranza della Corte non crede davvero nel suo stesso ragionamento, oppure tutti i diritti che non sono «profondamente radicati nella storia e nella tradizione americana» e che sono stati desunti in via interpretativa dal testo costituzionale hanno ora un destino incerto: «additional constitutional rights are under threat».

La questione, è chiaro, è strettamente connessa al ritrarsi della Corte, in coerenza con l'impostazione originalista, dal riconoscimento di un diritto privo di base nel testo della Costituzione e nella storia nazionale, per “restituirne” la regolazione al processo politico rappresentativo («bru-

to storico e l'indebolimento del principio della vincolatività dei precedenti sono segnalati da A. SPERTI, *Il diritto all'aborto*, cit., 35, che per queste ragioni ravvisa in *Dobbs* una sentenza allarmante per i diritti delle donne e delle minoranze negli Stati Uniti.

⁵ C. SARACENO, *Tra uguaglianza e differenza: il dilemma irrisolto della cittadinanza delle donne*, in www.fondazionegorrieri.it, 2008, 28.

⁶ C. SARACENO, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 20 (che evoca la contraccezione, l'aborto, la procreazione assistita, la violenza). Per una descrizione generale di questi temi vedi, da ultimo, F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus “di genere”*, Napoli, 2022. Particolarmente duro, in materia di gravidanza coatta, il documento *Our Statement on Bodily Autonomy* (24 giugno 2022) dell' *Afro American Political Forum*, presieduto da Kimberlé Crenshaw (in www.aapf.org). Esso fornisce una lettura radicalmente alternativa della storia degli Stati Uniti, identificando nella *coerced pregnancy* «the foundation of enslavement and the source of the profits in the slave trade». “The consequence of our’s society failure to see coerced pregnancy as a legacy of enslavement has descended once again upon Black women and all pregnant people with letal force. Had the project of liberation from enslavement been rooted in this recognition, the coerced childbirth would have been prohibited as a foundational principle of freedom. The incompleteness of our conceptions of liberty thus harken back to the unspeakable past and stretch forward into this painful moment, proving once again that the intersections of patriarchy, racism, and heteronormativity will continue to undermine the freedoms that we all take for granted unless we learn how to address them simultaneously». Sul punto vedi anche L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione*, cit., 34-35.

talmente» interrotto dalla sentenza *Roe*) e in particolare ai singoli Stati, ai quali peraltro si indicano in modo accurato gli interessi costituzionali da tutelare, che *non* comprendono la libertà, l'eguaglianza e l'autodeterminazione femminile, ma soltanto il rispetto e la protezione della vita prenatale in ogni stadio del suo sviluppo, la protezione della salute della madre, l'esclusione di procedure mediche «particularly gruesome or barbaric», la tutela dell'integrità della professione medica, la mitigazione della sofferenza fetale e la prevenzione di discriminazioni basate sulla razza, il sesso o la disabilità. Anche questo è un profilo di estrema gravità, che ha a che fare con la natura stessa di un sistema giuridico basato sulla Costituzione rigida e sul sindacato di legittimità costituzionale: affermare che una posizione soggettiva non ha rango costituzionale, affidandola alla mutevolezza e all'imprevedibilità delle maggioranze politiche, significa infatti propugnare un'idea *debole* dei diritti, o meglio di *alcuni diritti*, evidentemente avvertiti come estranei al concetto di «ordinata libertà» di cui si parla nella sentenza (che sembra in questo caso identificarsi con l'*ordine patriarcale costituito*, nei suoi aspetti sociali e giuridici)⁷ e perciò degradati a meri interessi, di cui le assemblee rappresentative potranno in sostanza fare ciò che vogliono. Tale capovolgimento di prospettiva rispetto alle tutele offerte dal costituzionalismo contemporaneo è nettamente respinto dai giudici dissenzienti: «We believe in a Constitution that put some issues off limits to majority rule. Even in the face of public opposition, we uphold the right of individuals – yes, including women – to make their own choices and chart their own futures». Un affidarsi alla legge ordinaria che appare tanto più grave in un contesto istituzionale profondamente frammentato, nel quale, in assenza di una garanzia federale, si produrranno di certo intollerabili diseguaglianze. Nel caso specifico dell'aborto, emerge in modo drammatico il problema della «difesa del diritto *delle singole donne* ad autodeterminarsi anche in un contesto in cui la maggioranza – ivi compresa, talvolta, la maggioranza delle donne – vorrebbe vincolare la loro libertà di scelta»⁸.

⁷ Nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan si sottolinea come all'epoca dell'approvazione del XIV Emendamento (1868) le donne fossero prive dei diritti politici e dunque della possibilità di far sentire la loro voce in materia di diritti riproduttivi: «So it is perhaps not so surprising that the ratifiers were not perfectly attuned to the importance of reproductive rights for women's liberty, or for their capacity to participate as equal members of our Nation. Indeed, the ratifiers – both in 1868 and when the original Constitution was approved in 1788 – did not understand women as full members of the community embraced by the phrase "We the People"». L'interruzione di gravidanza, secondo la *majority opinion* di *Dobbs*, non risponde al modello di «ordinata libertà», dal momento che «l'aborto era considerato illecito penale dalla *common law* (secondo la lettura che ne davano, secoli fa, i suoi studiosi: Bracton, Coke, Hale e Blackstone) e dagli ordinamenti statali all'indomani dell'entrata in vigore del XIV em. Nel 1868, ricorda Alito, l'interruzione di gravidanza era punita, a prescindere dallo stato di avanzamento della gestazione, dalla stragrande maggioranza delle legislazioni statali. In ogni caso, (...) fino a *Roe* nessuno Stato riconosceva un diritto all'aborto in senso proprio» (C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *associazioneidecostituzionalisti.it*, *La Lettera*, cit., 1).

⁸ B.L. KENNY, *L'aborto che sta spaccando l'America*, intervista a Yasmine Ergas, in *www.ingenera.it*, 21/7/2022 (corsivo aggiunto). Sul «formidabile problema» della possibilità di «mettere ai voti», cioè condizionare al consenso delle maggioranze, la scelta della *singola* donna di abortire, vedi N. ZANON, *La Costituzione "neutrale"*, cit., 2. Per C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, in *associazioneidecostituzionalisti.it*, *La Lettera*, cit., 2, l'abbandono da parte della Corte Suprema della narrativa che aveva caratterizzato la sua giurisprudenza da *Roe* in poi «impoverisce il dibattito pubblico sull'aborto oscurando le ragioni individuali a favore di quelle che, su base maggioritaria, riescono ad aggregarsi ed imporsi nel processo politico».

2. Libertà, eguaglianza e autodeterminazione femminile nella *dissenting opinion* di Breyer, Sotomayor e Kagan. Il confronto con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975

Come un calco in negativo della decisione assunta dalla maggioranza, l'opinione dissenziente è interamente costruita sul binomio inscindibile libertà/eguaglianza («the constitutional values of liberty and equality go hand in hand»), sull'autodeterminazione femminile, sulla connessione tra *equal citizenship* e *reproductive rights*, sulla reciproca implicazione tra i diritti relativi al controllo del proprio corpo e alle scelte in ambito relazionale, familiare e procreativo⁹.

Di particolare rilievo è il richiamo all'eguaglianza di genere, secondo l'insegnamento di Ruth Bader Ginsburg¹⁰. Già a partire da *Casey*, la giurisprudenza della Corte Suprema ha istituito un nesso esplicito tra la capacità delle donne di controllare la propria vita riproduttiva e quella di partecipare in maniera eguale alla vita economica e sociale della nazione¹¹. L'opinione di minoranza di *Dobbs* si inserisce perfettamente in questa linea interpretativa, ribadendo che «[w]ithout the ability to decide whether and when to have children, women could not – in the way men took for granted – determine how they could live their lives, and how they would contribute to the society around them».

Eguaglianza e autodeterminazione nelle scelte procreative: è proprio ciò che manca nel bilanciamento operato con la sentenza della Corte costituzionale n. 27/1975, che prende in considerazione soltanto il conflitto fra la *tutela del concepito*, da un lato, e il *diritto alla vita e alla salute della madre*, dall'altro. Schema concettuale ribadito, poco più di vent'anni dopo, con la sentenza n. 35/1997, nella quale si stabilisce che tale bilanciamento (recepito nella legge n. 194/1978) riguarda il riconoscimento di diritti costituzionalmente garantiti, *non inficiabili ad opera di leggi ordinarie*. Quest'ultima decisione, anzi, ha ulteriormente rafforzato la tutela del concepito: se, infatti, nella sentenza del 1975 si affermava esplicitamente la «non equivalenza» fra il diritto alla vita e alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare, nella pronuncia più recente l'enfasi viene posta sulla necessità di individuare un punto di equilibrio tra valori posti *sullo stesso piano* (in tal modo, fra l'altro, prefigurando una significativa limitazione delle scelte legi-

⁹ «The Court's precedents about bodily autonomy, sexual and familial relations and procreation are all interwoven – all part of the fabric of our constitutional law, and because that is so, of our lives. Especially women's lives, where they safeguard a right to self-determination».

¹⁰ M. D'AMICO, *The legacy of Ruth Bader Ginsburg*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 145 ss. Bader Ginsburg, com'è noto, criticò la sentenza *Roe* proprio perché non richiama il principio di eguaglianza, la parità e il divieto di discriminazione nei confronti delle donne (F.R. PARTIPILO, *La sentenza Dobbs v. Jackson*, cit., 4).

¹¹ A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2, 2022, 13, che osserva altresì come in *Casey* abbia «svolto un ruolo di primo piano anche il principio di dignità, inteso in senso soggettivo come sinonimo di autonomia e libertà di scelta, e declinato altresì come *equal dignity*». Su diritto di aborto e promozione dell'eguale libertà delle donne, anche nella giurisprudenza della Corte Suprema americana, si vedano le riflessioni di S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Padova, 2012. Osserva C. SARACENO, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 30-31, che la questione di chi si faccia carico del *lavoro di riproduzione* (complessivo, ovvero non il semplice mettere al mondo) rappresenta «il nodo sempre più duro, e ricorrente, del concetto di uguaglianza, definito a partire dal modo in cui il maschile si è definito, insieme come tale e come metro di valutazione». È un nodo (ovviamente irrisolto) che si trova «al centro delle tensioni e ambivalenze rispetto al concetto stesso di uguaglianza».

slative in materia, attraverso la qualificazione della legge n. 194, o almeno di gran parte di essa, come *a contenuto costituzionalmente vincolato*)¹².

Appare evidente come la configurazione del conflitto stabilita dalla Corte costituzionale sia a dir poco asfittica e, tutto sommato, giuridicamente incomprensibile, sia alla luce della nozione di eguaglianza accolta nella Carta del 1948, ben più ampia e composita rispetto a quella che caratterizza l'esperienza degli Stati Uniti, sia in relazione al principio di autodeterminazione, da tempo presente in altri ambiti della giurisprudenza costituzionale.

Quanto all'eguaglianza, basti ricordare la ricchezza del primo comma dell'art. 3 Cost., che individua proprio nel sesso la prima delle differenze che non possono tradursi in discriminazioni, e il secondo comma della medesima disposizione, che stabilisce «*un autonomo principio di eguaglianza sostanziale e di parità delle opportunità fra tutti i cittadini nella vita sociale, economica e politica*»¹³, il quale costituisce – nel suo intreccio con l'eguaglianza formale, espresso dal concetto di “*pari dignità sociale*” contenuto nel primo comma – il fondamento stesso dei diritti sociali. Quanto all'autodeterminazione, si pensi alla sentenza n. 438/2008, nella quale si distingue tra *due diritti fondamentali*, quello, appunto, all'*autodeterminazione* e quello alla salute (che nella loro integrazione reciproca, fondata sugli artt. 2, 13 e 32 Cost, fondano il principio del consenso informato al trattamento medico).

Niente di tutto questo nella “mappa” del conflitto disegnata dalla Corte costituzionale in materia di interruzione volontaria della gravidanza. Indecifrabile soprattutto (almeno sul piano strettamente giuridico) il mancato riconoscimento dell'*habeas corpus* della donna, inteso come libertà (anche fisica) di sottrarsi ad una gravidanza indesiderata. Si tratta dell'esito di una costruzione ideologica inaccettabile, secondo cui ci troveremmo di fronte «a due soggetti, indipendenti e simmetrici, la donna e l'embrione/feto. Questa è una mera fantasia, una vera e propria falsificazione» perchè «[s]enza relazione con il corpo pensante della madre non vi è possibilità di vita, biologica e simbolica»¹⁴. Come abbiamo visto, la Corte costituzionale non ha ricondotto l'invulnerabilità del corpo femminile alla libertà personale, ma alla sola tutela psicofisica della salute della persona di cui all'art. 32 Cost.¹⁵. E' il prezzo

¹² In argomento vedi M. D'AMICO, *Una lettura della disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, in *Giur.cost.*, 1997, 1145 ss. Vedi anche G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, III, Dei diritti e dell'eguaglianza, Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, 815 s.

¹³ Sentenza n. 163/1993 (corsivo aggiunto).

¹⁴ M.L. BOCCIA, *È alla donna che dobbiamo la vita*, in *Liberazione*, 26 febbraio 2008.

¹⁵ L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006, 3. L'A. osserva che l'operazione «di distinzione e contrapposizione tra la donna e il suo corpo fecondato» attuata dalla Corte con la sentenza del 1975 «sarà travasata, non solo nell'impianto della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza del 1978, come affermerà la stessa Corte, ma anche nella [...] legge sulle tecniche di fecondazione assistita del 2004» (p. 9). Secondo E. OLIVITO, *L'ultima parola e la prima. “Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?”*, in *Nomos*, 2/2022, 10, «ciò che si ripresenta in svariate forme e va, invece, respinto è una concezione antagonista che oppone libertà e salute della donna alla vita del feto o alla coscienza del medico, secondo una “costruzione avversariale” dei rapporti tra la donna e il feto [...]». Per F. ANGELINI, *Introduzione. Perché parlare di aborto?*, *ivi*, 8, «in quarant'anni di l. 194, proprio la contrapposizione fra diritto a nascere del concepito e diritto alla salute della madre ha rappresentato il terreno sul quale si sono insinuate» le forme di sabotaggio della legge.

pagato alle profonde lacerazioni esistenti nella società e nella politica in tema di aborto e all'esigenza di individuare un punto di equilibrio nella contesa tra le diverse culture contrapposte. Ravvisando esclusivamente nella prevenzione dell'aborto clandestino la *ratio* dell'intervento di legalizzazione e regolazione della pratica, la Corte ha potuto eludere il tema dell'autodeterminazione femminile nelle scelte procreative¹⁶. Essa, come ha acutamente osservato Silvia Niccolai, nel suo argomentare «fu paternalistica (queste povere donne, non possiamo lasciarle morire d'aborto...). E questo era essenziale, perché senza la vittimizzazione della donna non poteva risaltare l'argomento, che era l'unico capace in quel momento di aprire una sia pur limitata giustificazione all'aborto, che non risultasse dirompente negli equilibri politici, ma che invece li consolidasse, rinsaldando il legame legittimante tra essi e l'ordine costituzionale»¹⁷.

Certo, non è senza significato il fatto che la "prima parola" sull'aborto non sia stata pronunciata dal legislatore repubblicano (distintosi anzi per la sua inerzia nel lasciare in vigore il divieto assoluto contenuto nell'art. 546 del codice penale Rocco), ma dalla Corte costituzionale, che ha aperto il processo normativo poi conclusosi con la legge del 1978, la quale ha in larga misura recepito le indicazioni contenute nella sentenza del 1975. C'è qui una particolarità (non inedita, ma certamente fonte di incertezze e controversie, come ha dimostrato anche il caso Cappato molti anni dopo)¹⁸ rispetto a quella che dovrebbe essere la dialettica normale tra Corte e legislatore: in genere, è il legislatore che opera il primo bilanciamento tra i diritti e gli interessi costituzionali coinvolti, nell'ambito della sua discrezionalità, e solo in un secondo momento interviene il giudice costituzionale, verificandone la ragionevolezza e la proporzionalità alla luce del dettato della Carta fondamentale¹⁹. Qui, invece, è stata la Corte a (dover) stabilire il primo bilanciamento: lo ha fatto, come abbiamo visto, con estrema prudenza, individuando in termini assai restrittivi la topografia del conflitto. E il legislatore ha aggravato la situazione, aggiungendo senza le necessarie cautele un elemento ulteriore di restrizione della scelta della donna: la necessità di tenere conto, ai sensi dell'art. 9, del diritto all'obiezione di coscienza del personale sanitario. Un vero e proprio grimaldello per sabotare l'applicazione della legge, com'è a tutti noto.

Credo che sia arrivato il momento (volendo immaginare un'iniziativa di riforma della legge n. 194 in senso più liberale e rispettoso della soggettività femminile, che tuttavia non appare all'orizzonte) di riscrivere la tematica dell'interruzione volontaria della gravidanza incorporando nel bilanciamento sia l'eguaglianza di genere, come intesa nell'opinione di minoranza di *Dobbs*, sia il principio di autodeterminazione in una delle sue possibili declinazioni, riconoscendo il diritto della donna a non trovarsi sottoposta ad una gravidanza non voluta, in spregio alla sua libertà fisica e morale.

Né mi pare che un siffatto intervento riformatore debba ritenersi impedito dalle statuizioni della Corte costituzionale circa il carattere costituzionalmente vincolato della legge 194. Perché molti anni so-

¹⁶ G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 826-827.

¹⁷ S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, 2006, 570.

¹⁸ Ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale.

¹⁹ Sulla tecnica del bilanciamento e le sue caratteristiche vedi M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in www.cortecostituzionale.it.

no trascorsi da quella decisione, e la giurisprudenza costituzionale può mutare orientamento; perché la sentenza del 1997 è stata pronunciata in sede di giudizio di ammissibilità di referendum abrogativo, e questo probabilmente ha inciso sulla severità dei limiti individuati; perché la Corte, in linea generale, dovrebbe essere assai cauta nel sindacare leggi in materia di bioetica su cui sia stata (spesso faticosamente) raggiunta una maggioranza parlamentare, per non sostituire la propria valutazione a quella rientrando nella discrezionalità del legislatore. Non si tratta, pertanto, di una situazione normativa cristallizzata ed intoccabile (come appare dal dibattito pubblico italiano, in cui la frase “la 194 non si tocca” è diventata quasi un dogma da omaggiare). Le difficoltà si annidano piuttosto nella politica, a maggior ragione dopo i risultati delle ultime elezioni nazionali.

3. Alcune possibili linee di riforma della legge n. 194/1978

Alcune sintetiche osservazioni finali su un tema ancora controverso: la necessità o meno di una legge in questa materia. Da sempre, infatti, nel dibattito pubblico *pro-choice* è presente la tesi della mera depenalizzazione, ritenendosi da una parte del pensiero femminista che l'esistenza di una legge dello Stato, più o meno repressiva, non sia compatibile con la libertà femminile, per ragioni di carattere sanitario, giuridico e simbolico²⁰. Si tratta senza alcun dubbio di un tema di grande rilievo teorico e pratico. Anche a questo riguardo, tuttavia, la vicenda della sentenza *Dobbs* ha qualcosa da insegnarci. Con l'*overruling* di *Roe*, infatti, viene a mancare l'unica garanzia federale del diritto all'aborto, a proposito del quale il Congresso non ha mai legiferato. Ogni decisione in materia, come si è visto, è ora rimessa ai legislatori statali, in un contesto fortemente decentrato e differenziato. Uno degli esiti della mancanza di una regolazione nazionale che assicuri uno standard minimo di tutela sull'intero territorio degli Stati Uniti sarà la violazione dell'eguaglianza davanti alla legge di molte donne, costrette a spostamenti faticosi e costosi per l'accesso al servizio, particolarmente penalizzanti per le meno abbienti, le appartenenti alle minoranze, per le donne con disabilità, per tutte le donne, insomma, che per vari motivi si trovano in una posizione di svantaggio sociale.

Ebbene, con tutte le differenze del caso, anche quello italiano è un contesto di grande disomogeneità territoriale con riferimento alla protezione del diritto alla salute, a causa delle connotazioni che il regionalismo ha assunto in questa materia. E, quanto all'accesso all'aborto, basta leggere i dati riportati nell'ultima relazione al Parlamento del Ministro della salute sull'applicazione della legge 194²¹, dai quali emerge una situazione variegata nelle diverse regioni italiane, anche in relazione al tipo di maggioranza politica che le governano²².

²⁰ Mi riferisco, in particolare, alle argomentazioni contenute nel *Testo per ragionare insieme sulla possibile depenalizzazione dell'aborto*, Documento femminista del novembre 1989, in www.librieriadelledonne.it. Sul tema vedi C.I.S.A. – M.L.D., *Aborto. Facciamolo da noi*, a cura di E. ROCCELLA, Roma, 1975 (il volume contiene un progetto di legge di iniziativa popolare per la depenalizzazione dell'aborto elaborato dal Movimento di Liberazione della Donna, di area radicale).

²¹ MINISTERO DELLA SALUTE, *Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza (legge 194/78)*, Dati definitivi 2020, trasmessa al Parlamento in data 8 giugno 2022, in www.salute.gov.it.

²² “Sull'interruzione volontaria di gravidanza ancora troppe disparità regionali”, in www.associazionelucacoscioni.it, 20 settembre 2021. Per un esempio recente, vedi *Aborto, la giunta FdI delle*

Una legge appare dunque necessaria, in coerenza con l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., sulla determinazione, appunto con legge dello Stato, dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (con riferimento, nel caso di specie, al diritto di autodeterminazione in ambito riproduttivo)²³. Quanto alla legge vigente, essa dovrebbe essere modificata in quelle previsioni che presentano evidenti criticità, oltre che sulla base dell'esperienza applicativa di più di quarant'anni, anche alla luce di importanti documenti di istituzioni internazionali, quali il Consiglio d'Europa (Commissario per i diritti umani, *La salute e i diritti sessuali e riproduttivi delle donne in Europa*, dicembre 2017)²⁴ e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (*Abortion care guideline*, 2022)²⁵, dai quali è possibile trarre una serie di utili indicazioni per una futura (e auspicabile) attività riformatrice²⁶. Per limitarsi ad alcuni esempi: eliminare il periodo di attesa obbligatorio; evitare l'imposizione di una consulenza pre-aborto, lasciando alla scelta della donna la possibilità di usufruirne²⁷; allargare il bacino dei professionisti sanitari che possono eseguire l'intervento, sia per via chirurgica che farmacologica²⁸ (ad esempio ostetriche e ostetrici, medici di famiglia, come avviene in altri ordinamenti); delimitare in modo chiaro e restrittivo la tipologia delle figure professionali che possono obiettare e vincolare i medici obiettori ad indirizzare tempestivamente la donna a un altro professionista competente e disposto a fornire l'assistenza all'interruzione volontaria di gravidanza; evitare (ad esempio, riservando nei bandi di concorso pubblico ruoli per

Marche cancella la convenzione con l'Aied. "Ora applicare la legge 194 sarà più difficile, una scelta politica grave", in www.ilfattoquotidiano.it, 6 gennaio 2023

²³ Per una diversa ricostruzione vedi F. BIONDI, *La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza* (4 febbraio 2011), in www.forumcostituzionale.it, 4, secondo la quale la disciplina contenuta nella legge n. 194/1978 andrebbe più correttamente inquadrata nella materia, di competenza concorrente, «tutela della salute». La legge del 1978, infatti, «garantisce i diritti del concepito e la vita e la salute della donna, bilanciandoli tra loro. Le disposizioni in essa contenute, nella parte in cui individuano termini e condizioni per il ricorso all'interruzione della gravidanza, non costituiscono delle "prestazioni", bensì evidentemente dei "principi", fissati dal legislatore statale e non derogabili da quello regionale». Al di là dell'interpretazione prescelta, si conferma la necessità di una regolazione omogenea a livello nazionale.

²⁴ Documento tematico, in <https://rm.coe.int>.

²⁵ In www.who.int.

²⁶ Su alcune criticità della legge n. 194 vedi anche G. BRUNELLI, *Problemi (vecchi e nuovi) in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritto e valutazioni scientifiche*, a cura di B. Liberali e L. Del Corona, Torino, 2022, 199 ss.

²⁷ Una soluzione di questo tipo, fra l'altro, sarebbe assai più attenta alla tutela della *privacy* della donna. Tema assai delicato, quando ci si trovi di fronte ad una procedura lunga e complessa per accedere a un servizio pubblico.

²⁸ Quanto all'aborto farmacologico, va sottolineata la lungimiranza dell'art. 15, comma 1, della legge n. 194/1978, laddove si impone alle regioni, d'intesa con le università e con gli enti ospedalieri, di promuovere l'aggiornamento del personale sanitario ed esercente le autorità ausiliarie «sull'uso delle tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza». Ciò ha consentito alle nuove *Linee di indirizzo sull'interruzione volontaria della gravidanza con mifepristone e prostaglandine*, adottate dal Ministero della salute nell'agosto 2020 (circolare 12 agosto 2020, in www.salute.gov.it) di consentire l'aborto farmacologico fino alle 9 settimane di età gestazionale (in precedenza erano 7) e presso strutture ambulatoriali pubbliche adeguatamente attrezzate, funzionalmente collegate all'ospedale e autorizzate dalla regione, nonché consultori, oppure day hospital, dunque senza obbligo di ricovero (G. BRUNELLI, *Problemi (vecchi e nuovi)*, cit., 211-212).

personale non obiettore)²⁹ le c.d. obiezioni di struttura (di fatto esistenti, anche se giuridicamente vietate); prevedere regole adeguate sulla raccolta di dati disaggregati in materia di ivg, riscrivendo in questa parte i contenuti della relazione annuale del Ministro della salute sull'attuazione della legge n. 194³⁰.

Vi è poi il tema dell'aborto dopo il primo trimestre di gestazione (c.d. aborto terapeutico), regolato dagli artt. 6 e 7 della legge n. 194/1978. Un primo problema nasce dalla previsione secondo cui il medico deve verificare se, in base alle circostanze del caso concreto, possa dirsi sussistente la capacità di vita autonoma del feto (*fetal viability*) e, nel caso in cui la verifica abbia esito positivo, deve astenersi dal praticare l'intervento interruttivo, salvo che sussista un pericolo *per la vita* della gestante. Si è osservato di recente come in altri ordinamenti l'accertamento della capacità di vita autonoma del feto non comporti affatto una totale obliterazione delle esigenze di tutela *della salute*, e non solo della vita, della gestante. Si tratta di una scelta legislativa molto rigorosa e penalizzante per la donna, configurabile come un vero e proprio «obbligo di continuazione della gravidanza» in presenza, appunto, di pericoli gravi per la sua salute; ciò appare in contrasto con la sentenza n. 27/1975, ove si afferma con nettezza che le esigenze di protezione della vita e della salute di chi è già persona, ossia della gestante, non possono mai soccombere nel bilanciamento né essere considerate equivalenti a quelle del feto³¹.

Un secondo problema riguarda i nati estremamente prematuri. L'art. 7 specifica che quando l'ivg debba essere effettuata nonostante la sussistenza di capacità di vita autonoma del feto, «il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea» a salvaguardarne la vita. Un approccio di *attivismo terapeutico*, che pone non pochi problemi, fino a un possibile sconfinamento nell'accanimento terapeutico³². Temi non più eludibili, anche alla luce dello sviluppo delle tecnologie mediche di rianimazione, che hanno ampliato enormemente le possibilità di sopravvivenza dei nati estremamente prematuri, aprendo inediti e delicatissimi scenari.

²⁹ Sui possibili interventi legislativi per arginare il ricorso, spesso opportunistico, all'obiezione di coscienza in materia di ivg, vedi F. GRANDI, *Le difficoltà di attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 117 ss. Su alcune ipotesi di modifica della legge del 1978, vedi A. POMPILI, *Oltre la 194, la legge che vorremmo*, in *Micromega*, 2022, 89 ss.

³⁰ In argomento vedi l'ampia ed approfondita ricerca di C. LALLI e S. MONTEGIOVE, *Mai dati. Dati aperti (sulla 194)*, Roma, 2022.

³¹ L. DEL CORONA, *Aborto terapeutico e nati estremamente pretermine*, in *Diritto e valutazioni scientifiche*, cit., 237-238. Non è poi da sottovalutare il fatto che l'unica possibilità che si prospetta alle donne che hanno avuto una diagnosi tardiva di grave patologia fetale sia quella di recarsi all'estero per ottenere l'intervento vietato in Italia: A. POMPILI, *Oltre la 194*, cit., 94.

³² Circa il problema dell'accanimento terapeutico sui nati estremamente prematuri vedi L. DEL CORONA, *Aborto terapeutico*, cit., 242 ss.