

Diritto alla salute e costituzionalizzazione dell'IVG in Europa tra corti e carte: alcune riflessioni di diritto comparato

di Dario Elia Tosi¹

Abstract

Il saggio analizza il processo di costituzionalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza (IVG) in prospettiva comparata. Muovendo dal contesto contemporaneo, segnato da polarizzazione politica e crisi del consenso sociale, il lavoro evidenzia come l'aborto rappresenti un nodo in cui si intrecciano diritti fondamentali confliggenti.

Dopo aver ricostruito l'evoluzione dell'esperienza statunitense, da *Roe v. Wade* alla recente sentenza *Dobbs*, mostrando come il passaggio da un approccio giurisprudenziale espansivo a uno restrittivo abbia prodotto una forte frammentazione normativa, l'analisi si sposta sull'Europa, dove la costituzionalizzazione dell'IVG è avvenuta attraverso modelli differenti: l'intervento delle corti costituzionali (Germania, Italia, Spagna) oppure la revisione formale della costituzione (Irlanda, Francia).

Muovendo da questa duplicità di approcci verso la disciplina del tema, il saggio investiga quale sia l'approccio adottato a livello sovranazionale in Europa, mettendo in luce il ruolo della CEDU, così come il contributo delle istituzioni dell'Unione Europea.

The essay examines the constitutionalization of voluntary termination of pregnancy through a comparative analysis. Starting from the current framework, characterized by a steady polarization of the different positions, the author highlights how abortion concerns several fundamental rights that are potentially in conflict each other.

After a first part which reconstructs the evolution of the USA case, from *Roe v. Wade* to the recent *Dobbs* decision, and shows how the shift from judicial recognition of abortion rights to their denial has produced deep regulatory fragmentation among the federated states, the focus moves to Europe, where the constitutionalization of abortion has followed different paths: through constitutional courts (Germany, Italy, Spain) or through formal constitutional amendments (Ireland, France).

Moving from such a duplicity of approaches, the paper explores the method adopted at the European supranational level through the analysis of the European Court of Human Rights as well as the contribution of the European Union institutions.

¹ Professore Associato in Diritto Pubblico Comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino

Parole chiave

Interruzione volontaria di gravidanza; Diritti fondamentali; Diritto comparato; Bilanciamento dei diritti; USA; Europa

Keywords

Voluntary termination of pregnancy; Fundamental Rights; Comparative Law; Balancing of fundamental rights; USA; Europe

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. L'interruzione volontaria di gravidanza tra scelta individuale e dimensione comunitaria - 3. La problematica costituzionalizzazione dell'IVG: l'esperienza americana - 4. La circolazione del modello americano in Europa: la costituzionalizzazione attraverso le 'corti' - 5. Segue: la costituzionalizzazione attraverso le 'carte' - 6. La soluzione a livello sovranazionale

1. Introduzione

Il periodo storico attuale presenta sfide sempre più urgenti verso le basi stesse della vita delle comunità politiche. Le società statuali si presentano sempre più lontane dal mito del contratto sociale che da Locke in poi rappresenta il pilastro della struttura delle realtà politico-statali. L'idea dell'abbandono dello stato di natura, con il suo connaturale *bellum omnium contra omnes*, per l'ingresso in una dimensione collettiva originata da una adesione a regole e valori condivisi appare sempre più evanescente.

Il crescente clima manicheo di confronto e, più volte, scontro tra visioni opposte ha investito tutti gli aspetti delle comunità politiche. In questo contesto, anche aspetti etici legati al riconoscimento di nuovi diritti che si credevano oramai consolidati, sono nuovamente tornati in discussione. Tra questi, un crescente contrasto di opinioni, tra loro antitetiche, ha riguardato anche il caso dell'interruzione volontaria della gravidanza (IVG).

Il riproporsi di antichi cleavages interni alla comunità politiche statuali, infatti, non ha lasciato indenne il tema dell'aborto.

Come accaduto per altri diritti fondamentali, storicamente, la regolamentazione dell'interruzione di gravidanza è stato il frutto di una crescente pressione sociale per il riconoscimento di forme di tutela non garantite dagli ordinamenti giuridici. Così, le mobilitazioni sociali e le lotte politiche degli anni '60 e '70 hanno portato, seppur con modalità e 'gradazioni' profondamente differenti, al riconoscimento di una copertura costituzionale al diritto delle donne di decidere di porre termine alla propria gravidanza. A tacer d'altro, si può ricordare l'esperienza americana con il riconoscimento della natura costituzionale del diritto all'aborto portata dal leading case

Roe v. Wade del 1973. Proprio lo strumento utilizzato per la codificazione di simile diritto, rappresentato non da un emendamento costituzionale ma da un intervento della Corte Suprema, è tuttavia alla base della recente delimitazione del suo spettro di azione. La ‘cattura’ della Corte Suprema da parte di attori politici sempre più schierati su posizioni antitetiche, infatti, ha portato quest’ultima ad assumere decisioni che rischiano di minarne la percezione di soggetto di chiusura del sistema e, in ultima analisi, la sua legittimazione da un punto di vista politico-costituzionale³. Tra le numerose pronunce in cui la Corte ha espresso una posizione non solo distante dai propri precedenti, ma soprattutto politicamente divisiva, vi è appunto il caso Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization del 2022, con il quale è stata negata copertura costituzionale al diritto all’aborto in capo alle donne.

L’esperienza americana, peraltro, non appare isolata da un punto di vista comparato. Lo stesso panorama europeo, invero, appare profondamente segnato da rinnovate linee di contrasto che hanno talvolta portato a radicali cambiamenti anche nell’approccio verso il tema dell’aborto.

All’interno di un simile contesto, dopo un inquadramento preliminare dell’istituto, il presente contributo intende offrire alcune considerazioni sul processo che ha portato a dare una copertura costituzionale all’IVG all’interno di alcune delle esperienze politiche più note nell’ambito europeo.

2. L’interruzione volontaria di gravidanza tra scelta individuale e dimensione comunitaria

L’aborto, inteso come atto volontario di interruzione di una gravidanza, costituisce un caso esemplare in cui può configurarsi la compresenza di una pluralità di diritti e interessi che rivestono un valore assoluto nel quadro del costituzionalismo moderno⁵.

² Corte suprema degli Stati Uniti d’America, *Roe et al. v. Wade, District Attorney of Dallas County*, 410 U.S. 113 (1973), decisione del 22 gennaio 1973.

³ Sul punto, tra i molti, anche il recente contributo di A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2022, *passim* e soprattutto 5, ove si osserva proprio come la giuridicizzazione delle controversie in materia di aborto abbia favorito una “iper-polarizzazione e ... cancellato ogni spazio di possibile mediazione politica tra visioni opposte”.

⁴ Corte suprema degli Stati Uniti d’America, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.*, 597 U.S. (2022), decisione del 24 giugno 2022.

⁵ Sul tema dell’aborto, prescindendo da studi classici come M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Harvard, 1987, si possono sinteticamente ricordare G. BOGNETTI, *Aborto* (voce), in *Enciclopedia Treccani*, Roma, 1991; L. TRIBE, *Abortion. The Clash*

L'interruzione volontaria della gravidanza pone tali principi in conflitto tra loro. Si tratta di un conflitto apparentemente irriducibile, nel quale ogni soluzione porta con sé una profonda compromissione di valori intimamente connessi con il principio cardine della dignità umana.

Il porre termine alla gestazione di un feto assume rilievo sotto molteplici profili e coinvolge interessi di soggetti differenti.

Senza pretesa di esaustività, l'aborto chiama in causa, in primo luogo, il tema della configurabilità o meno di un diritto alla vita in capo al nascituro. Sul punto, le posizioni appaiono profondamente divise in forza di convinzioni religiose e ideologiche. Al netto della soluzione tradizionalmente adottata nei diversi sistemi giuridici, che collega il riconoscimento della piena personalità giuridica all'atto della nascita, nel panorama comparato si può osservare come il feto abbia gradualmente ottenuto attenzione e riconoscimento all'interno dell'ordinamento giuridico tale da determinare la necessità di un bilanciamento con gli interessi e diritti degli altri soggetti della comunità politica. In secondo luogo, l'aborto presenta una strettissima relazione con interessi e diritti fondamentali della donna⁶. Per un verso, il termine stesso di interruzione 'volontaria' di gravidanza evoca il tema del diritto di autodeterminazione dell'essere umano. In diretta connessione, viene in campo il più generale problema della tutela della libertà della sfera personale della vita di un individuo.

Diversamente da altri diritti e interessi legati alla sfera della c.d. privacy, l'aborto pone poi problemi di fondo in relazione alla posizione della donna all'interno della comunità sociale. In particolare, chiari sono i profili connessi all'uguaglianza di genere. Ancorché meno distintamente percepibili, profonde poi sono le interazioni tra la regolamentazione dell'interruzione volontaria della gravidanza e le questioni dell'uguaglianza di classe e, in taluni contesti politici e socio-culturali, la

of Absolute, New York, 1990; S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2013, R.J. COOK – J.N. ERDMAN – B.M. DICKENS (cur.), *Abortion Law in Transnational Perspective*, University of Pennsylvania Press, 2014; R.B. SIEGEL, *The Constitutionalization of Abortion*, in M. ROSENFELD - A. SAJO (cur.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012; online ed, Oxford Academic, 21 Nov. 2012), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0053>.

⁶ Sul punto, sia consentito osservare in via incidentale come il riferimento alla donna allorché si parla di aborto non possa essere inteso in senso assoluto. Sebbene, nella generalità degli studi (e, per questioni di sinteticità, in questo contributo) l'istituto sia associato univocamente all'idea della decisione di una donna di interrompere la propria gravidanza, i contributi più recenti hanno messo in luce come il tema coinvolga profondamente anche i soggetti in transizione, così come coloro che manifestano una identità sessuale non binaria. Sul punto, tra gli altri, M. CONVERTI, *La questione aborto per le persone nate donne LGBTI può diventare tragica*, in *Quotidiano Sanità.it*, 28.9.2023, reperibile su https://www.quotidianosanita.it/lettere-al-direttore/articolo.php?articolo_id=117012.

discriminazione razziale⁷. Legislazioni più o meno restrittive, o anche solo politiche pubbliche più o meno progressiste, infatti, incidono in modo diretto sulla effettiva possibilità, per le donne meno abbienti, di dare compimento alla propria determinazione.

L'effettività del diritto di decidere, peraltro, non è il solo aspetto che interessa la sfera delle donne. L'interruzione della gravidanza, infatti, è intimamente legata alla tutela della loro integrità fisica e della salute. Sotto questo profilo, poi, vengono in campo tanto l'aspetto più strettamente medico quanto quello più generalmente psicologico. Sulla base di quanto riconosciuto a livello internazionale, il diritto alla salute comporta l'obbligo dello Stato di prendersi cura dello stato fisico, così come di quello mentale, dei componenti della comunità sociale⁸. In questo senso, gli effetti di una gravidanza sulla salute psichica della gestante assumono un'importanza non secondaria.

L'istituto dell'aborto, peraltro, non interessa esclusivamente la sfera personale della gestante e del feto. Superando un approccio rigidamente individualista⁹, si deve rilevare come l'interruzione volontaria della gravidanza possa assumere rilievo anche da una prospettiva comunitarista¹⁰. In primo luogo, essa coinvolge direttamente la sfera familiare. Fatta eccezione per le gravidanze frutto di violenza fisica, l'aborto si pone come interruzione di un processo procreativo che, in quanto tale, trascende la sfera strettamente individuale. Da qui la potenziale ripercussione dell'interruzione della gravidanza su soggetti ulteriori rispetto al tradizionale binomio gestante/feto. In secondo luogo, proprio la pluralità di interessi coinvolti pone l'istituto dell'aborto in relazione con scelte e valori che si presentano come le fondamenta stesse delle diverse comunità politiche statuali. La visione della famiglia come elemento centrale e, per così dire, nucleo primigenio della stessa comunità politica, infatti, può influenzare in modo rilevante i margini di autodeterminazione dei suoi componenti. In un simile contesto, la decisione della donna perde quella dimensione unilaterale propria di una lettura individualista della sfera sociale per essere inevitabilmente attratta in un necessario bilanciamento con interessi potenzialmente non coincidenti (quando non apertamente confliggenti).

⁷ Al riguardo, v. A. ŚLEDZINSKA-SIMON, *Constitutional framings of the right to abortion: A global view*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2023, 21(2), 403.

⁸ Già la Costituzione dell'OMS adottata a New York nel 1946 definisce la salute come “*a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”.

⁹ A tale matrice, G. BOGNETTI, *Aborto*, cit., 30, fa risalire la costituzionalizzazione del diritto di aborto negli Stati Uniti.

¹⁰ Al riguardo v. M.A. GLENDON, *Abortion*, cit., 22, la quale insiste sul differente approccio riscontrabile nell'esperienza irlandese.

3. La problematica costituzionalizzazione dell'IVG: l'esperienza americana

La complessità dei fattori e dei valori che sono chiamati in causa dall'aborto inevitabilmente influisce sulla disciplina dell'istituto elaborata nei diversi sistemi costituzionali. Da un'analisi macro delle diverse esperienze nazionali emerge come, nella generalità dei casi, l'interruzione volontaria di gravidanza sia ritenuta legittima nelle prime 12 settimane di gestazione laddove siano configurabili pericoli per la vita o della salute della donna ovvero la gravidanza sia frutto di violenza sessuale.

Ad un esame più approfondito, tuttavia, si può osservare come le soluzioni adottate a livello nazionale siano tra loro sensibilmente differenti; e ciò, in ragione del bilanciamento di valori di volta in volta operato dai singoli sistemi¹¹.

Come accennato in principio, l'esperienza che costituisce un metro di paragone per tutti i sistemi occidentali è sicuramente quella americana¹². La decisione *Roe v. Wade*, infatti, rappresenta un turning point nella evoluzione della regolamentazione dell'interruzione volontaria di gravidanza.

Davanti ad una pressione sociale e politica crescente intorno al tema, la Corte Suprema aveva ritenuto di doversi esprimere nel merito sulla configurabilità o meno di un diritto all'aborto. Com'è noto, pur nel silenzio della Carta costituzionale federale, i giudici avevano dato copertura costituzionale al diritto della donna di interrompere la propria gravidanza.

Anche in ragione della peculiarità dello strumento giudiziale, peraltro, se da un lato la soluzione offerta dal sistema americano appariva chiara e di diretta applicazione, dall'altro, essa risultava carente di adeguato approfondimento sui diversi profili ed interessi connessi all'istituto.

In generale, all'interno di un approccio sostanzialmente individualista, il ragionamento della Corte si era limitato a prendere in considerazione il bilanciamento tra l'interesse della donna e il potenziale interesse dello Stato alla difesa del feto. Ancora, in linea con lo spirito profondamente liberale del sistema, i giudici avevano puntato

¹¹ A titolo esemplificativo, si possono menzionare le posizioni estremamente diverse in relazione all'ammissibilità dell'IVG nei casi di accertamento o anche solo di rischio di grave malformazione del feto.

¹² Sul diritto all'aborto nel sistema americano, attesa la vastità degli studi pubblicati nel corso degli anni, sia consentito sinteticamente rinviare ai contributi più recenti di A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda*, cit., 51 ss.; M. ALMEIDA KATO, *Les leçons de la Cour suprême des États-Unis sur la fragilité des droits (obs. sous Cour suprême U.S., Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 24 juin 2022)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2023, 134(2), 569 ss., A. DI MARTINO, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2022/2; nonché ai diversi contributi pubblicati nella special issue n. 1/2023 del *BioLaw Journal*.

l'attenzione sui margini da garantire alla libertà di autodeterminazione della donna, relegando in secondo piano gli aspetti legati al principio di uguaglianza, così come il diritto alla salute. Così, per la Corte Suprema l'interruzione volontaria della gravidanza doveva essere ascritta al più generale diritto alla privacy ed al principio della due process of law ricavabili dal quattordicesimo emendamento della Carta costituzionale. Il confliggente interesse alla tutela del feto da parte dello Stato era destinato ad assumere rilievo solo dal momento in cui questo avesse raggiunto uno sviluppo tale da poter sopravvivere autonomamente al di fuori del corpo materno.

La dottrina della viability tratteggiata dai giudici aveva portato a ripartire il termine della gravidanza in periodi trimestrali, trovando un diverso bilanciamento per ogni trimestre.

Così, se nel primo periodo di gestazione doveva considerarsi precluso allo Stato ogni tipo di limitazione o interferenza nella libertà di autodeterminazione della donna¹³, nel secondo periodo doveva considerarsi legittima una disciplina che regolamentasse la procedura al solo fine di proteggere la salute materna, mentre nel terzo trimestre (e, più in generale, dopo il raggiungimento della viability) l'interesse alla tutela del nascituro poteva legittimare un divieto generale di procedere all'interruzione di gravidanza, sempre salva l'eccezione legata alla necessità di preservare la vita o la salute della madre.

Sebbene non fosse stata espressamente abbandonata nelle sue linee fondamentali, la posizione della Corte Suprema era stata nel tempo oggetto di parziali ma significative 'rimodulazioni'. In particolare, il caso *Planned Parenthood v. Casey* del 1992¹⁴ aveva da un lato ribadito la centralità del tema della viability; dall'altro lato, aveva proposto il superamento della ripartizione in trimestri e l'individuazione dell'undue burden come limite al margine di azione dei legislatori statali¹⁵. Così, ancorché non potesse essere negata la libertà di autodeterminazione della donna prima che il feto divenisse 'vitale', gli Stati ben potevano adottare politiche di promozione della tutela del nascituro anche nel primo trimestre (ed indipendentemente dai trimestri), con il solo limite di non porre un ostacolo sostanziale o un peso eccessivo alla decisione delle donne di interrompere la gravidanza¹⁶.

¹³ Secondo la Corte, i legislatori federati potevano unicamente richiedere che gli aborti venissero praticati da medici autorizzati e in condizioni sicure.

¹⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁵ Una critica del modello dei trimestri, invero, era già stata espressa dalla Corte nella decisione, di poco anteriore, *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

¹⁶ Ciò aveva portato i giudici a ritenere legittime disposizioni normative che imponevano il consenso informato dei genitori in caso di aborto da parte di ragazze minorenni, così come l'obbligo di

A seguito del cambio nella composizione della Corte Suprema con l'ingresso di giudici con sensibilità più vicine all'area conservatrice al posto di giudici di espressione più liberal, come accennato, la trasformazione della posizione originaria sul tema dell'aborto ha avuto una ulteriore accelerazione fino ad arrivare all'espresso overruling di *Roe v. Wade* contenuto nella famosissima sentenza *Dobbs*¹⁷.

Nella decisione, invero, la maggioranza definisce la soluzione adottata nel 1973 come "egregiously wrong from the start". La sentenza afferma, infatti, che la tutela dell'interruzione volontaria della gravidanza non trova alcun fondamento letterale nel testo costituzionale, né può essere desunta dall'interpretazione di clausole di apertura, quali il IX e XIV emendamento, a cui il collegio aveva fatto riferimento nel caso *Roe*. Lungi dal negare in radice la dignità degli interessi sottesi alle leggi che tutelano il diritto di abortire, i giudici affermano come tale diritto non abbia una copertura costituzionale 'federale'. Spetta, quindi, ai singoli legislatori federati regolamentare il tema sulla base di un bilanciamento, inevitabilmente discrezionale, dei diversi valori in campo.

Ciò detto, seppur apparentemente paradossale, anche l'ultima decisione sembra potersi collocare all'interno della stessa matrice culturale che, nel caso *Roe*, aveva portato la Corte Suprema a codificare il diritto all'aborto. Invero, tanto *Roe* quanto *Dobbs* muovono dallo spirito profondamente liberale del sistema americano. Se nel primo caso questo aveva portato a proteggere la sfera di libertà dell'individuo contro 'indebite' interferenze da parte del legislatore, nella decisione più recente la weltanschauung liberale da un lato porta, in linea con la concezione dello 'Stato minimo', ad escludere in capo allo stesso un obbligo di tutela attiva degli interessi delle donne e, dall'altro, rinsalda l'idea originaria della sovranità della volontà della nazione,

informare la gestante sulla natura dell'operazione, i rischi, la dimensione del feto e le possibili soluzioni alternative all'aborto. La pronuncia aveva ritenuto un ostacolo essenziale alla libertà della donna solo l'obbligo di informare il marito della propria scelta di abortire.

¹⁷ Sulla pronuncia, oltre ai contributi già menzionati, sia consentito sinteticamente rinviare a P. DE PASQUALE, *Il diritto di aborto ... o l'aborto di un diritto?*, in *DPCE*, 2022, 3, 3 ss.; A. DI MARTINO, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2022/2, 1 ss.; G. CAPORALI, *Dobbs vs Jackson: la teoria originalista e i limiti all'attivismo creativo delle Corti costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2022/34, 38 ss.; M.C. ERRIGO, *Ritorno al passato. La Corte Suprema e la sentenza Dobbs*, in *BioLaw Journal*, 2023/1, 83 ss.; A. RIDOLFI, "Roe and Casey are overruled". *Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte suprema nel sistema costituzionale statunitense*, in *Costituzionalismo.it*, 2023/1, 1 ss.; C. CARUSO, *Originalismo e politica della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Lettera AIC*, 7/2022; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2022/3, 23 ss.; A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti: c'è spazio per un dibattito non ideologico sull'aborto?*, in *Corti supreme e salute*, 2022/2, 393 ss.

delegando ai legislatori federati la decisione ultima sul bilanciamento di interessi che ogni comunità politica territoriale è chiamata ad operare.

Ad oggi, quindi, il quadro normativo statunitense sulla tutela o, meglio, la disciplina, dell'interruzione volontaria di gravidanza appare connotato da una profonda frammentazione e discontinuità¹⁸. Così, in alcuni Stati l'approccio è ancora quello di tutela della libertà di scelta della donna. E ciò, in virtù di norme ordinarie che già prima del revirement assicuravano la possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza. Talvolta, nell'intento di marcare la distanza dal giudice delle leggi federale, i legislatori nazionali hanno ritenuto di costituzionalizzare la libertà di scelta in tema di riproduzione¹⁹. All'interno del generale approccio di chiusura del governo federale²⁰, tuttavia, molti Stati hanno dato nuova applicazione a disposizioni restrittive in vigore prima di *Roe v. Wade* ovvero hanno progressivamente limitato i casi di legittimità dell'interruzione di gravidanza, o ancora sono intervenuti per regolamentare in maniera restrittiva il suo esercizio. In particolare, in 14 Stati l'interruzione volontaria di gravidanza è stata oggetto di un divieto assoluto. In 27 Stati, il ricorso all'aborto è limitato sulla base del periodo di gestazione. La limitazione, peraltro, non ha investito solo la definizione delle condizioni in cui la gestante possa legittimamente ricorrere all'interruzione della gravidanza. Tra le altre misure, infatti, si possono menzionare le norme, presenti in ben 38 Stati, che prevedono il coinvolgimento dei genitori o rappresentanti legali dei minori nella scelta di procedere all'interruzione di gravidanza da parte di ragazze minorenni²¹.

4. La circolazione del modello americano in Europa: la costituzionalizzazione attraverso le 'corti'

Sebbene, come detto, le singole discipline nazionali in molti casi presentino tra loro importanti analogie, l'approccio dei Paesi europei appare profondamente differente rispetto all'esperienza americana.

¹⁸ Al riguardo, tra gli altri v. C. SANGER, *Chaos, Confusion and Republican Change-Up: Arizona Abortion-Style*, in *VerfBlog*, 2024/4/29, <https://verfassungsblog.de/chaos-confusion-and-republican-change-up/>.

¹⁹ È il caso, per esempio, dell'Ohio, ove con il *Reproductive Freedom Act* del 2023 il diritto all'aborto è stato inserito nell'art. 1, sec 22, della Costituzione statale

²⁰ Al riguardo si può menzionare, tra le altre, l'approvazione del *One Big Beautiful Bill Act* (139 Stat. 72 - Public Law No. 119-21) con cui l'amministrazione Trump ha escluso ogni forma di finanziamento federale ovvero di agevolazioni fiscali a favore di enti privati che offrano a famiglie a basso reddito assistenza medica in materia di aborto.

²¹ Su tale dato, v. <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/minors-access-abortion-care>.

Al riguardo, tradizionalmente paradigmatico viene ritenuto il caso tedesco²². Seppur a relativamente poca distanza dalla decisione Roe, il giudice costituzionale di Karlsruhe muove da premesse antitetiche rispetto all'omologo d'oltreoceano.

In una decisione del 1975, infatti, la Corte costituzionale federale derivava dal testo della carta costituzionale l'obbligo per il legislatore di proteggere i diritti del nascituro, proibendo l'aborto fatto salvo il caso in cui la gravidanza rappresentasse per la gestante un peso straordinario²³. I giudici tedeschi avevano riconosciuto in via generale come la vita che si sviluppava nel grembo materno avesse dignità autonoma e godesse di protezione costituzionale. Il diritto alla vita e la sacralità della dignità umana sanciti nella carta costituzionale dovevano quindi trovare applicazione anche con riferimento al nascituro.

In questo senso, la Corte aveva rigettato l'idea che il diritto all'autodeterminazione della donna potesse rappresentare l'unico valore da difendere ed aveva individuato un preciso obbligo per lo Stato di garantire che la gravidanza fosse portata a termine.

In questo quadro, peraltro, i giudici avevano riconosciuto che la gravidanza potrebbe rappresentare un peso straordinario per la gestante laddove determinasse un pericolo per la vita o la salute di quest'ultima. In questi casi, la coercizione esercitata attraverso il ricorso alla previsione di sanzioni penali per il caso di aborto risulterebbe inappropriata. La tutela del diritto alla vita del nascituro, infatti, non potrebbe andare a detrimento del pari diritto alla vita della madre.

Da qui, l'apertura ad una depenalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza per le ipotesi di rischio per la vita o la salute, sia fisica che mentale, della gestante. Nella decisione, peraltro, i giudici aprivano ad un ulteriore intervento del legislatore che ammettesse il ricorso all'aborto anche in altre tipologie di casi in cui la gravidanza potesse costituire un peso eccessivo per la donna.

A seguito della riunificazione, il legislatore aveva riconosciuto il diritto di decidere di abortire entro le prime 12 settimane di gravidanza dopo aver svolto un percorso di counseling. Nell'idea del governo federale tale soluzione rappresentava una misura

²² Per un approfondimento sull'IVG nell'esperienza tedesca, tra i molti, sia consentito menzionare M D'AMICO, *Donne e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994; I. DOMINICI, *Verso il ripensamento del compromesso sull'aborto in Germania. Riflessioni sulla recente abolizione del divieto di informare sulle procedure abortive*, in *BioLaw Journal*, 1/2023, 461 ss.; R. RAO, *Abortion*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]*, 2016.

²³ Corte costituzionale federale, BVerfGE 39, 1 (1975), nota anche come *Schwangerschaftsabbruch I*. Analogamente a quanto accadeva negli USA, nel 1974 il legislatore tedesco aveva liberalizzato il ricorso all'aborto per il primo trimestre con l'unico vincolo di una preventiva consulenza e assistenza presso un consultorio. Dopo il primo trimestre, l'aborto era consentito solo in caso di rischio grave per la salute e la vita della donna o in caso di rischio di gravi malformazioni al feto.

deterrente proporzionalmente più adeguata, e soprattutto efficace, rispetto alla risposta penale nella tutela dell'autodeterminazione della donna e dei valori legati alla vita del nascituro. Ancora una volta, peraltro, la disposizione era stata giudicata dalla Corte costituzionale non pienamente coerente con la previsione costituzionale sulla tutela del diritto alla vita e la dignità umana del nascituro²⁴.

I giudici avevano sottolineato come lo Stato fosse tenuto a intervenire anche sul piano penale. Rispetto all'esperienza americana, però, nella visione della Corte tedesca la tutela del nascituro era possibile solo con il supporto della madre. Di conseguenza, quest'ultima avrebbe dovuto essere coinvolta nella decisione sugli interessi del feto. Da qui, la tesi che un percorso di counseling avrebbe potuto effettivamente aiutare la madre nell'assunzione di una decisione consapevole con l'effetto che l'aver svolto un tale percorso avrebbe potuto rappresentare una scriminante rispetto alla fattispecie penale.

Un'impostazione analoga può ritrovarsi anche in Spagna e Italia. Più in particolare, come accaduto in America, l'evoluzione del sistema italiano muove da una decisione della Corte costituzionale, la sentenza n. 27 del 1975²⁵, con la quale la Consulta aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'inquadramento dell'istituto sotto il profilo penale.

Pur riconoscendo il fondamento costituzionale della tutela del concepito, i giudici avevano osservato come tale interesse possa “venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale”. Di conseguenza, appariva illegittima la soluzione adottata nel codice penale, che attribuiva “al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione”.

Nella sostanza, pur riconoscendo l'interesse collettivo alla tutela del feto, a parere della Consulta, “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare”. Più che sul diritto di autodeterminazione, quindi, il giudice delle leggi italiano aveva sin dall'inizio puntato sul preminente valore costituzionale del diritto alla vita ed alla salute della donna.

²⁴ BVerfGE 88, 203 (1993), nota anche come *Schwangerschaftsabbruch II*.

²⁵ C. Cost., sent 18 febbraio 1975 n. 27. Sull'evoluzione dell'aborto in Italia, oltre alla bibliografia già citata, sia consentito menzionare tra gli altri i più recenti contributi di F. ANGELINI, *Introduzione. Perché parlare di aborto?*, in *Nomos*, 2022/2; L. BUSATTA, *L'interruzione volontaria di gravidanza entro i primi novanta giorni: una prestazione sanitaria a contenuto costituzionalmente vincolato*, ivi; 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?”*, ivi; E. PAPARELLA, *Il dibattito parlamentare sulla legge 194 del 1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza: breve cronaca ragionata*, ivi.

Sulla base di tale posizione, all'interno di un ampio quanto teso dibattito pubblico, con la L. 194/1978, tuttora vigente, il legislatore aveva operato un proprio bilanciamento tra i diversi interessi in campo. Secondo quanto espressamente affermato nel primo articolo, “lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio”.

Nonostante non venga espressamente richiamato, il diritto alla salute assume un ruolo principale. La disciplina, infatti, prevedeva, e prevede, la possibilità per la donna di decidere di ricorrere all'IVG entro i primi 90 giorni laddove dichiarati circostanze per le quali la gravidanza costituirebbe un serio pericolo per la propria salute fisica o psichica. Analogamente all'esperienza tedesca, è stata prevista la creazione di consultori pubblici chiamati a rendere assistenza alla gestante e di esaminare con questa possibili soluzioni alternative all'aborto nel caso la decisione sia legata a condizioni economiche, sociali o familiari della interessata. Il profilo sanitario diventa ancor più rilevante dopo il primo periodo. Dal secondo trimestre, infatti, l'IVG è praticabile solo in caso di grave pericolo per la vita della donna o la sua salute fisica e/o psichica.

Diversamente dall'Italia, l'esperienza spagnola prende le mosse da una decisione del Tribunale costituzionale su un progetto di legge organica volto a rendere legittima l'interruzione di gravidanza al ricorrere di determinate circostanze²⁶.

Ancora una volta, per i giudici costituzionali la vita del nascituro trova ancoraggio diretto in Costituzione. L'interesse costituzionale a tutelare la vita del feto, però, secondo il Tribunal Constitucional non poteva, e non può, essere interpretato come configurazione di un vero e proprio diritto alla vita del nascituro. A tale valore, poi – aveva osservato il giudice delle leggi spagnolo – deve essere affiancato il principio della dignità della donna. Tale concetto include in sé tanto il diritto all'integrità fisica e morale così come quello al pieno sviluppo della personalità, il diritto all'onore e all'intimità privata e familiare o la libertà di credo (FJ 8).

In questo contesto, analogamente a quanto osservato nelle pronunce degli altri giudici costituzionali, il legislatore è chiamato a operare un bilanciamento nel quale, in ultima analisi, l'interesse alla vita del feto non può assumere un valore né assoluto né, tantomeno, preminente rispetto ai diritti fondamentali della donna. Dall'altra parte, la tutela della donna deve, per quanto possibile, salvaguardare il valore costituzionale incarnato nell'aspettativa di vita del nascituro.

²⁶ STC n. 53/1985, dell'11 aprile 1985. Per un'analisi dell'evoluzione della disciplina in Spagna, tra gli altri, v. G ARRUEGO, *El vigente régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo en España*, in *BioLaw Journal*, 1/2023, 435 ss.;

Da qui, analogamente a quanto osservato negli altri ordinamenti, la disciplina vigente contenuta nella L.O. 2/2010 ha previsto la presenza di consultori che, nell'intento di difendere la dignità della donna e al tempo renderla soggetto attivo nella protezione del nascituro, possano aiutare ad assumere una scelta più consapevole e responsabile. Così, ad oggi, la legge ammette l'accesso all'IVG entro la quattordicesima settimana di gravidanza, subordinandolo ad una preventiva attività di counseling²⁷. Ai fini del presente studio, appare interessante osservare come, ancorché caratterizzata da un bilanciamento tra la tutela del diritto alla vita del nascituro e la protezione della dignità ultima della donna, la disciplina sia inserita all'interno di un più ampio provvedimento rubricato "sulla salute sessuale e riproduttiva" della donna. Sebbene non codificata espressamente, quindi, l'interruzione volontaria della gravidanza coinvolge direttamente anche profili legati alla sfera della salute della gestante.

§5. Segue: la costituzionalizzazione attraverso le 'carte'

Le soluzioni offerte dalle esperienze analizzate, come si è potuto osservare, presentano un elemento comune: in esse sono stati i giudici delle leggi a dare una copertura costituzionale all'IVG. Tale, peraltro, non è l'unica tecnica riscontrabile nel panorama comparato. In alcuni Paesi, è stato lo stesso legislatore costituzionale ad intervenire per regolamentare il tema.

Al riguardo si può riportare in primo luogo l'esperienza dell'Irlanda²⁸. Anche questo ordinamento presenta una disciplina in cui si opera un attento bilanciamento tra la

²⁷ Analogamente a quanto accade negli altri Paesi già menzionati, dopo tale periodo l'IVG è ammessa solo in caso grave pericolo per la salute o la vita della gestante o in casi di gravi malformazioni del feto. Negli ultimi anni, con la Ley Organica n. 1/2023, il legislatore è intervenuto per rendere ancor più agevole il ricorso all'IVG eliminando per le ragazze minorenni ogni necessaria autorizzazione o comunicazione ai genitori della propria scelta di abortire. Anche Il *Tribunal Constitucional*, con sentenza n. 44/2023, del 9 maggio 2023, ha reiterato la sua posizione rigettando il ricorso di incostituzionalità contro la Ley Organica n. 2/2010 presentato da esponenti del Partido Popular. Sul tema, v. L. FROSINA, *Le nuove frontiere dei diritti in spagna tra autodeterminazione individuale e uguaglianza sostanziale*, in *Nomos*, 2023/1.

²⁸ Per un'analisi dell'evoluzione dell'esperienza irlandese, tra i molti, v. J. INGSTON – A. WHELAN – I. BACIK, *Abortion and the law*, Round Hall Sweet and Maxwell, Dublin, 1997; J. ERDMAN, *procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 22(44), 2014; G. SANTOMAURO, *Referendum as an instrument of "policy change" on crucial bioethical issues: a comparative case study on abortion in Italy and Ireland*, in *Nomos*, 2019/1; G. LAVAGNA, *La crisi del rapporto tra politica e religione. il referendum sull'aborto in Irlanda*, in *Nomos*, 3/2018; A. BARAGGIA, *La regolamentazione dell'aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?*, in *Nomos*, 2022/2; A. MASDUPUY, *L'avortement en Irlande*. in *Droit, Santé et Société*, 2021, 4(4), 11-15; T. PENNA, *Abortion rights in Irlanda: l'ardua affermazione del principio di autonomia tra diritto alla salute e morale religiosa*, in *BioLaw Journal*,

protezione dell'autonomia di scelta della donna e la tutela del diritto alla vita del nascituro. Rispetto ai tre Paesi europei menzionati, la Repubblica irlandese si connota per la decisione del Parlamento di intervenire formalmente sulla carta costituzionale per tentare di definire l'assetto dei valori in campo²⁹.

Così, se il quadro normativo ordinario di riferimento prevedeva sin dal 1861 che, salvo il caso del pericolo di vita, l'aborto dovesse essere come reato passibile di ergastolo tanto per la gestante quanto per coloro che lo avevano praticato o avevano assistito la donna, tanto la giurisprudenza quanto il legislatore avevano con gli anni ampliato la sfera di applicazione della scriminante legata al pericolo di vita, assicurando l'immunità per i casi di pericolo alla salute fisica e psichica della donna.

A partire dagli anni sessanta, peraltro, la stessa giurisprudenza aveva gradualmente introdotto il termine della tutela del diritto alla vita del nascituro. Di conseguenza, in un contesto altamente fluido, da un lato le pressioni conseguenti alla codificazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti e, dall'altro, il peso rilevante della cultura cattolica diffusa nella comunità irlandese avevano indotto il governo irlandese ad intervenire direttamente sulla carta costituzionale per delineare un bilanciamento in positivo dei diritti e interessi in campo. Attraverso il ricorso all'istituto referendario, nel 1983 il Paese aveva quindi optato per l'approvazione di un emendamento costituzionale che chiarisse il riconoscimento, da parte dello Stato, del diritto alla vita del feto ed il suo impegno a difenderlo e renderlo effettivo, così come il pari diritto alla vita in capo alle madri³⁰.

Tale disposizione, tuttavia, non assicurava formalmente copertura al diritto di autodeterminazione della donna, quanto esclusivamente alla vita della stessa. In un primo tempo, la lettura prevalente del testo aveva insistito sulle condizioni essenziali della vita. Solo in un secondo momento, la giurisprudenza aveva allargato le maglie della propria interpretazione, ammettendo nel concetto di vita anche quello della salute fisica.

Anche tale apertura, peraltro, appariva non sufficiente a tutelare in modo pieno la posizione della donna. Così, chiamata a giudicare su un caso di gravidanza conseguente

1/2023, 447 ss.; S. CALKIN – E. BERNY, *Legal and non-legal barriers to abortion in Ireland and the United Kingdom*, in *The Journal of Medicine Access*, 2021, 5.

²⁹ Sull'esperienza irlandese e la sua evoluzione fino alla fine degli anni '90, v. J. INGSTON – A. WHELAN – I. BACIK, *Abortion and the Law*, Sweet and Maxwell, Dublin, 1997.

³⁰ Prima della sua abrogazione, disposta nel 2018, l'art. 40, Sec. 3 (3), introdotto con l'VIII emendamento approvato nel 1983, disponeva che *“the State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right”*

a violenza sessuale, la Corte Suprema aveva ulteriormente ampliato il concetto di tutela del diritto alla vita della madre³¹. Nella visione dei giudici, l'ipotesi reale di suicidio da parte della gestante configurava un rischio effettivo e sostanziale per la sua vita. Da qui, la decisione che in tali fattispecie non potesse operare un divieto assoluto a procedere con una interruzione volontaria della gravidanza. Nella sua decisione, tuttavia, la Corte lasciava aperta la questione di fondo sulla definizione delle condizioni che potessero costituire un grave pericolo per la salute della donna e, in quanto tali, potessero legittimare il ricorso all'IVG.

Tale lacuna normativa veniva colmata solo nel 2013 con il Protection of Life during Pregnancy Act, il quale individuava alcune eccezioni all'applicazione del divieto penale di aborto. Nella sostanza, la scriminante ultima per la legittimità o meno dell'interruzione della gravidanza risiedeva nella valutazione discrezionale di due o tre medici sulla configurabilità o meno di un rischio grave per la vita della gestante. Nessuna copertura però veniva fornita in caso di gravidanza dovuta a violenza sessuale né in caso di gravi malformazioni del feto.

Si può dire, quindi, che il bilanciamento trovato dal legislatore irlandese prendeva in analisi esclusivamente il diritto alla vita del nascituro e quello della donna, lasciando privo di rilievo autonomo il tema dell'autodeterminazione della gestante.

Anche gli emendamenti costituzionali (il XIII e il XIV) che, complice il processo di integrazione europea, erano stati successivamente approvati, avevano aperto alla possibilità di fornire informazioni sui servizi abortivi attivi al di fuori del territorio nazionale e, soprattutto, alla libertà di circolazione delle donne per poter abortire all'estero, ma non avevano portato progressi nel riconoscimento del diritto della donna di decidere liberamente di abortire.

Le lacune dell'ordinamento irlandese sono state, nel tempo, poste in evidenza da alcuni casi che hanno assunto un rilievo sovranazionale. Da un lato, vi è il caso di Miss Y³². Giunta in Irlanda in cerca di asilo, la donna aveva scoperto di essere in stato interessante a causa di violenze subite nel proprio Paese di origine e aveva espresso la volontà di porre termine la gravidanza, tanto da minacciare il suicidio in caso di diniego. La procedura di autorizzazione per l'aborto aveva però superato il termine della viability, escludendo così la possibilità di applicare la normativa adottata dal legislatore. Nonostante uno sciopero della sete e della fame da parte della gestante, la gravidanza venne portata a termine con un taglio cesareo che permise al feto di nascere.

³¹ *Case Attorney General v. X* [1992] IESC 1; [1992] 1 IR 1

³² Ms. Y case: Denied a legal abortion in Ireland, 21st March 2016, <https://www.amnesty.ie/ms-ys-case/>.

Tale soluzione, nonostante fosse la più coerente con il dettato costituzionale di tutela del diritto alla vita tanto del nascituro quanto della madre, manifestava la posizione di subalternità della donna e della sua sfera personale.

Stessa conclusione emerse nel caso *Mellet*³³, posto all'attenzione dello Human Rights Committee dell'ONU. In questa vicenda, la ricorrente aveva scoperto, dopo il termine per l'interruzione della gravidanza, che il feto era affetto da patologie tali da non consentire la sopravvivenza al parto. Anche in questo caso, però, il quadro normativo ordinario e costituzionale impedivano di procedere all'interruzione della gravidanza. La donna, privata di ogni assistenza sanitaria interna, fu così costretta a recarsi nel Regno Unito per abortire. Nell'opinione dell'organismo internazionale, ciò rappresentava però un evidente discriminazione verso la scelta di non portare avanti la gravidanza.

Anche in forza della pressione politica legata a queste vicende, nel 2018 è stato approvato un nuovo referendum costituzionale. Questa volta, però, l'obiettivo dell'intervento normativo è stato semplicemente l'abrogazione dell'VIII emendamento. Consapevole della incapacità di definire a livello costituzionale un assetto chiaro dei valori ed interessi in campo, la scelta del legislatore costituzionale è stata quella di restituire in modo esplicito piena libertà al legislatore ordinario.

Venuto meno ogni vincolo costituzionale sul tema, quindi, il legislatore ordinario è successivamente intervenuto per definire una disciplina operativa. Così, in forza dell'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act* del 5 dicembre 2018, attualmente l'IVG è consentita entro la dodicesima settimana di gestazione previa certificazione medica ovvero, sempre dietro avviso di due medici, in caso di ragionevole pericolo per la vita o danni gravi alla salute, fisica o psichica, della donna o, ancora, il feto non abbia raggiunto un livello di sviluppo che gli consenta la sopravvivenza extrauterina. La gravidanza può essere posta a termine anche in caso di rischio di morte del feto entro 28 giorni dalla nascita ovvero in situazione di emergenza per la vita della donna.

Ciò detto, l'esperienza irlandese non appare la sola caratterizzata dal ricorso alla normazione di livello costituzionale. Nel dibattito più recente sul tema dell'IVG, infatti, l'attenzione della dottrina è stata attratta dalla riforma costituzionale approvata dal Parlamento francese all'inizio del 2024³⁴. Se nel caso irlandese, in entrambe le

³³ *Amanda Jane Mellet v. Ireland* (CCPR/C/116/D/2324/2013).

³⁴ Sull'evoluzione della disciplina dell'IVG in Francia, oltre ai contributi già menzionati si rinvia a M. KOSKAS, *Faut-il tout mettre dans la constitution?*, in *Pouvoirs*, 2023, 187(4), 55 ss.; M. MATHIEU, *L'avortement en France: du droit formel aux limites concrètes à l'autonomie des femmes*, in *Droit et société*, 2022, 111(2), 335 ss.; M. FASAN, *L'interruzione volontaria di*

circostanze, l'intervento costituzionale appare strettamente legato alla posizione espressa dalla Corte Suprema, nell'ordinamento francese l'emendamento della Carta risulta essere apparentemente slegato dall'intervento del Consiglio Costituzionale. Diversamente dalle altre esperienze analizzate, in realtà, quest'ultimo non è mai intervenuto incisivamente per definire criteri guida di bilanciamento dei diversi interessi e valori coinvolti, preferendo piuttosto assumere un atteggiamento di self restraint verso le soluzioni nel tempo adottate dal legislatore.

Così, storicamente la prima apertura a favore dell'interruzione volontaria di gravidanza si può ritrovare nella sperimentazione normativa operata dalla legge n. 75 del 1975, cd legge Veil, con la quale si era indicato che il rispetto della vita umana dovesse avvenire sin dal concepimento e potesse trovare una deroga solo in caso di necessità. Tale circostanza poteva essere configurata nel caso di una donna in stato interessante che manifestasse una "situation de détresse" (art. 4). Né il legislatore né, tantomeno, il giudice delle leggi adito in via preventiva, tuttavia, avevano chiarito quali potessero essere i margini per configurare tale condizione né quali fossero gli organi competenti per operare un simile accertamento³⁵.

Di conseguenza, nel silenzio normativo, la giurisprudenza amministrativa era giunta ad attribuire all'autonomia della donna la valutazione della propria condizione.

Tale assetto si è perpetuato anche con i successivi interventi normativi, con i quali sono stati estesi i margini di ricorso all'istituto. Solo nel 2014, infatti, con la legge n. 2014-873 il legislatore ha configurato l'aborto come un vero e proprio diritto delle donne e non come pratica legittimata da un non meglio definito stato di necessità.

Anche davanti al riconoscimento del diritto di autodeterminazione delle donne, peraltro, ancora una volta il Conseil Constitutionnel ha preferito non pronunciarsi in modo chiaro e definitivo³⁶. Più che intervenire sulla qualificazione e sul bilanciamento sostanziale degli interessi in campo, il giudice delle leggi francese si è quindi limitato ad affermare come l'inquadramento offerto dal legislatore fosse compatibile con il principio della protezione della vita sin dal concepimento. Nella sostanza, quindi, per

gravidanza in Francia. Verso la definitiva costituzionalizzazione del diritto all'aborto?, in *BioLaw Journal*, 1/2023, 417 ss.; M. CAVINO, *Francia 2024. Il diritto costituzionale alla interruzione volontaria di gravidanza*, in *Osservatorio AIC*, 2024, n. 3.; A.M. LECIS COSSO ORTU, *L'iscrizione della libertà di abortire nella Costituzione francese: una riforma simbolica, ma non solo*, in *DPCE*, 2024, 2, pp. 471 ss.; P. BENCIOLINI, *Aborto: un diritto costituzionale? "Liberté" o "Fraternité"?*, in *BioLaw Journal*, 2/2024.

³⁵ *Conseil Constitutionnel*, decisione n.74-54 DC del 15 gennaio 1975

³⁶ *Conseil Constitutionnel*, decisione n. 2014-700 DC del 31 luglio 2014.

il Conseil constitutionnel le riforme legislative intervenute nel tempo non hanno prodotto alcuna innovazione di sistema rispetto al modello originario.

In questa dimensione, la radice dell'intervento operato dal legislatore costituzionale francese all'inizio del 2024 risiede allora proprio nella volontà di assicurare una espressa copertura costituzionale all'IVG; e ciò, al fine di scongiurare ogni possibile rischio di arretramento nella tutela dei diritti procreativi delle donne. Il dibattito che ha portato all'emendamento della Carta costituzionale approvato con la legge costituzionale 8 marzo 2024, n.2024-200, infatti, prende le mosse dal revirement giurisprudenziale della Corte Suprema americana con il caso Dobbs.

Già nel settembre del 2022, invero, 114 Senatori avevano depositato una proposta volta ad introdurre nel Titolo VIII della Costituzione, di regolamentazione dell'autorità giudiziaria, la codificazione di un vero e proprio diritto all'aborto, con la previsione dell'obbligo dello Stato di garantire in modo universale l'accesso libero ed effettivo a tale diritto. Analoga proposta veniva quasi contemporaneamente radicata nell'Assemblea Nazionale da parte di alcuni deputati.

Tali tentativi, tuttavia, non hanno avuto esito positivo. Oltre alle critiche espresse dalla Commission des lois constitutionnelles, infatti, lo stesso Senato, chiamato a pronunciarsi sulla proposta della camera bassa, aveva espresso riserve sia sulla collocazione dell'emendamento sia sulla codificazione dell'IVG come vero e proprio diritto.

Così, nel corso del dibattito parlamentare, le proposte di emendamento avevano da ultimo spostato la sede dell'intervento alle disposizioni sulla definizione della riserva di competenza dello strumento legislativo, riconfigurando l'istituto in termini di "liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse".

Lo stallo determinato dalla diversità delle posizioni in campo è stato da ultimo superato solo con la decisione del Capo dello Stato di intervenire direttamente, presentando un nuovo progetto di riforma. Il testo sottomesso alle due ali del Parlamento prevedeva la riforma dell'art. 34 Cost. con l'introduzione dell'attribuzione al domaine de la loi della regolamentazione delle "conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse".

Tale formulazione è stata accettata senza particolari difficoltà da entrambe le assemblee parlamentari, trovando approvazione finale il 4 marzo 2024.

I giudizi su tale riforma sono stati profondamente diversi. Sebbene a distanza di pochi mesi ogni valutazione appaia ancora prematura, sembra interessante osservare come, analogamente a quanto occorso in Irlanda, l'intervento del legislatore costituzionale rischi di non definire in modo chiaro i contorni di operatività dell'istituto dell'IVG.

Infatti, al netto del suo valore simbolico, soprattutto se messa in collegamento con il parallelo processo di arretramento osservabile in altri contesti statuali come quello degli Stati Uniti, la riforma costituzionale operata non sembra mettere definitivamente al riparo il diritto delle donne di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza né in termini assoluti, né nei termini di un bilanciamento tra valori e interessi potenzialmente confliggenti.

A ben vedere, invero, il passaggio dalla formulazione di un “droit à l'interruption volontaire de grossesse” a quella di una “liberté garantie à la femme”, peraltro riconosciuta nelle ‘condizioni previste dalla legge’, assegna al legislatore un'ampia discrezionalità sull'ampiezza e l'effettività di tale libertà. L'assenza di una pur minima indicazione dei criteri da seguire nel necessario bilanciamento dei molteplici diritti ed interessi non scongiura, quindi, il rischio di uno svuotamento progressivo delle garanzie consolidate a partire dal primo intervento normativo del 1975.

6. La soluzione a livello sovranazionale

Le esperienze costituzionali brevemente descritte propongono un quadro multiforme di soluzioni ed approcci. Al netto di una generale apertura verso la tutela della scelta della donna di porre fine alla gravidanza³⁷, in alcuni paesi l'intervento è ruotato intorno al formante giurisprudenziale mentre in altri ordinamenti il legislatore ha optato per una codificazione a livello costituzionale del bilanciamento di interessi. Nel contesto europeo, tale duplicità di approccio può essere ritrovata anche a livello sovranazionale.

In particolare, da posizioni apparentemente divergenti sembrano muovere la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed il quadro normativo eurounitario.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si deve osservare come nella Convenzione Europea non vi sia alcuna menzione diretta dell'interruzione volontaria di gravidanza, né del bilanciamento tra la tutela del diritto alla vita in capo al nascituro e quello dell'autodeterminazione della gestante. In verità, diversamente da quanto previsto per esempio nella convenzione americana dei diritti umani, l'art. 2 CEDU codifica la

³⁷ È opportuno rilevare come non tutti i Paesi dell'Unione siano allineati sulla stessa posizione. Le discipline vigenti di Malta, Polonia e Ungheria, in particolare, appaiono fortemente restrittive.

A Malta, dove solo nel 2023 la legislazione è stata parzialmente modificata, l'aborto è consentito solo se la vita della madre è in pericolo o se il feto non è in vita. In Polonia, in seguito alla decisione della Corte Costituzionale di ottobre 2020 (su cui v. *infra*), l'aborto è consentito solo in caso di stupro o incesto o quando la vita della madre è in pericolo. In Ungheria, infine, dal 2022 le donne sono costrette ad ascoltare il battito cardiaco del feto prima di abortire. Sul punto, v. K KELEMEN, *Una breve nota sull'impatto della sentenza Dobbs in Ungheria*, in *BioLaw Journal*, 1/2023.

protezione del diritto alla vita ma tace sul momento in cui sia configurabile l'avvio della vita stessa³⁸. Dall'altra parte, l'art. 8 della Convenzione afferma il diritto alla vita privata e familiare, ma ammette la possibilità di una ingerenza che sia prevista dalla legge e rappresenti una misura necessaria, tra l'altro, alla difesa dell'ordine pubblico o alla protezione della salute o della morale o, ancora, delle libertà altrui.

In questo quadro, in linea con il movimento sociale e politico che aveva portato all'affermazione della legittimità del ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza, nel corso degli anni, la Corte Europea ha avuto modo di pronunciarsi sul tema. In mancanza di esplicite previsioni normative e, soprattutto, in presenza di un panorama variegato di soluzioni offerte dagli ordinamenti nazionali, analogamente a quanto operato per altri temi di frontiera, i giudici hanno costantemente osservato come l'assenza di un chiaro consenso europeo sul punto debba far concludere per un ampio margine di apprezzamento in capo ai governi nazionali, tanto da ritenere legittime anche disposizioni di generale proibizione del ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza.

In tal senso, nel leading case *Vo c. Francia* del 2004³⁹, la Corte ha espressamente affermato che la decisione sul momento in cui “the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy” (par. 82). Simile rinvio alla sovranità delle scelte operate dai legislatori nazionali è stato più volte ribadito anche con riferimento a temi paralleli quali la tutela degli embrioni in campo di fecondazione assistita⁴⁰.

Ciononostante, nel corso degli ultimi anni, i giudici hanno in più occasioni avuto modo di delimitare la libertà di intervento dei governi nazionali sanzionando forme di ingerenza nella sfera privata della donna ritenute incompatibili con il dettato della Convenzione⁴¹. Così, nelle decisioni *A.B.C. c. Irlanda* del 2010 si è affermata la responsabilità del governo per non aver messo in campo procedure effettive che

³⁸ In linea con quanto previsto dalla CEDU si muove anche la Convenzione di Oviedo su diritti umani e la biomedicina del 1997. Al contrario la Convenzione americana sui diritti umani del 1969 prevede espressamente che il diritto alla vita è assicurato ad ogni essere umano “*from the moment of conception*”.

³⁹ Caso *Vo v. France*, Application no. 53924/00, 8 luglio 2004.

⁴⁰ In tal senso, tra le altre, si può rinviare ai casi *Evans v. the United Kingdom*, Application no. 6339/05, 10 aprile 2007 e *Parrillo v. Italy*, Application no. 46470/11, 27 agosto 2015.

⁴¹ Per un'analisi generale della giurisprudenza CEDU sul tema, sia permesso sinteticamente rinviare a V. ZAGREBELSKY – R CHENAL – L. TOMASI, *manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, 2 ed., 165 ss.; A.C. VISCONTI, *Biodiritto*, in L. MEZZETTI – C DRIGO (cur.), *Diritti umani. Protezione internazionale e ordinamenti nazionali*, Pisa, 2021, 32 ss.; M. TOMASI, *Abortion rights e spazio costituzionale europeo: gli orizzonti ristretti dell'ordinamento polacco*, in *BioLaw Journal*, 1/2023, 408 ss. e contributi *ivi* riportati.

consentissero alle gestanti di stabilire se fossero titolari del diritto di procedere all'interruzione volontaria per il caso di pericolo per la propria vita. Ancor prima, nel caso *Tysiak c Polonia* del 2007 era stata riconosciuta la necessità della chiarezza di eventuali normative limitative del ricorso all'aborto, in modo da garantire alla donna la certezza della propria posizione e di non rischiare di arrivare al termine del periodo consentito senza essere in grado di assumere una decisione autonoma. Sempre sulla necessità di un intervento normativo chiaro insiste anche il successivo caso *P e S c. Polonia* del 2012, dove il governo nazionale viene ritenuto responsabile per l'assenza di informazioni affidabili verso una minorenni oggetto di violenza sessuale e per l'approccio restrittivo tenuto dalle autorità amministrative, con conseguente arbitraria restrizione delle condizioni concrete di accesso ad aborto.

Da ultimo, nella recentissima pronuncia *A.R. c. Polonia* del 200542, è stata dichiarata la responsabilità dello Stato polacco per il ritardo nella pubblicazione della decisione n. K1/20 del Tribunale Costituzionale, con la quale i giudici costituzionali avevano dichiarato l'illegittimità delle norme che ammettevano l'aborto in caso di gravi malformazioni del feto⁴³.

In tal senso, sebbene ancora non si possa parlare della codificazione di un vero e proprio diritto all'interruzione volontaria di gravidanza, la giurisprudenza della Corte Europea ha progressivamente enucleato delle forme di tutela per le gestanti, cercando di delimitare o meglio, dettare delle linee guida operative per i governi nazionali.

Un approccio profondamente diverso emerge dal quadro dell'ordinamento eurounitario. Analogamente a quanto osservato in riferimento alla CEDU, le norme primarie dell'Unione non contengono riferimenti espressi al tema. Sotto diverso profilo, bisogna osservare come le istituzioni europee abbiano una competenza molto limitata in materia sanitaria. Secondo quanto prevede l'art. 4, par. 2, lett. k) TFUE,

⁴² Caso *A.R. v. Poland*, Application no. 6030/21, 13 novembre 2025. Per un primo commento alla decisione, v. H. WELTE, *The Erosion of Women's Rights and the ECtHR's Judgment in A.R. v. Poland*, in <https://www.ejiltalk.org/the-erosion-of-womens-rights-and-the-ecthrs-judgment-in-a-r-v-poland/>; G. SELANEC, *The Significance of A.R. v Poland: Protecting Women's Rights and Upholding the Rule of Law*, in <https://www.icconnectblog.com/the-significance-of-a-r-v-poland-protecting-womens-rights-and-upholding-the-rule-of-law/>; K. KOCEMBA, *When Legal Uncertainty Violates Reproductive Rights: A.R. v. Poland and the Dynamics of Transnational Legal Mobilization*, in *VerfBlog*, 2025/11/27, <https://verfassungsblog.de/legal-uncertainty-reproductive-rights/>.

⁴³ Per un commento alla decisione del Tribunale Costituzionale polacco, tra gli altri, v. J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in *Nomos*, 2022/2.; M. BUCHOLC, *Abortion Law and Human Rights in Poland: The Closing of the Jurisprudential Horizon*, in *Hague J Rule Law*, 2022,14(1), 73 ss.; M. FURGALSKA – F. DE LONDRAS, *Rights, Lawfare and Reproduction: Reflections on the Polish Constitutional Tribunal's Abortion Decision*, in *Israel Law Review*, 2022, 55(3), 285 ss.

infatti, l'Unione ha competenza concorrente sui “problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica”. Accanto a tale competenza, l'Unione è chiamata a svolgere azioni di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati laddove sia in causa la “tutela e miglioramento della salute umana” (art. 6, par. 1, lett. a) TFUE). L'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. Secondo quanto disposto dall'art. 168, par 5, TFUE, tuttavia, le istituzioni europee non hanno alcun potere di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Anche dal punto di vista dei diritti soggettivi, la salute rappresenta un diritto tutelato “alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali” (art. 35 CDFUE)⁴⁴.

In questo quadro, nel corso degli anni, l'interruzione volontaria della gravidanza ha assunto interesse solo dal punto di vista della libertà di circolazione di persone e servizi⁴⁵.

A fronte dell'aumento di politiche e decisioni giudiziarie volte a circoscrivere il margine di tutela dell'autodeterminazione della donna, tuttavia, le istituzioni europee hanno avviato iniziative volte a regolamentare il tema nell'intento di porre un argine contro simili derive.

In tal senso si possono menzionare tre recenti risoluzioni del Parlamento europeo. Nella prima, del 9 giugno 2022, l'assemblea parlamentare si esprime a sostegno della storica decisione *Roe v. Wade* condannando “fermamente la regressione in materia di diritti delle donne e di salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti a livello mondiale”⁴⁶.

In tale quadro, il testo esorta le istituzioni europee e gli Stati membri ad avvalersi di tutti gli strumenti a loro disposizione per “rafforzare le azioni volte a contrastare il regresso dei diritti delle donne e dei loro diritti sessuali e riproduttivi ... nonché assicurando un forte sostegno e conferendo priorità all'accesso universale all'aborto sicuro e legale e ad altri diritti sessuali e riproduttivi nelle loro relazioni esterne” e di

⁴⁴ L'obiettivo della tutela della salute umana rappresenta, invero un valore trasversale a cui, secondo quanto previsto dall'art. 9 TFUE, devono essere improntate tutte le politiche e azioni dell'Unione.

⁴⁵ In tal senso si può richiamare il Reg. CE 1408/71 del Consiglio, che disciplina la libertà di circolazione dei lavoratori insistendo anche sugli aspetti sanitari. Anche la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sul tema dell'aborto come servizio medico. Tra le altre pronunce, si possono menzionare i casi *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e altri*, Causa C-159/90, CGUE, 4 ottobre 1991 e *Brüstle c. Greenpeace eV*, Causa C-34/10, CGUE, 18 ottobre 2011.

⁴⁶ *Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sulle minacce al diritto all'aborto nel mondo: la possibile revoca del diritto all'aborto negli Stati Uniti da parte della Corte suprema (P9_TA(2022)0243)*, par. 1. Sulle prime risoluzioni del Parlamento europeo, v. S. FLORE, *Sulla possibilità di tutelare l'aborto attraverso il diritto dell'Unione europea: riflessioni a partire dal caso polacco*, in *BioLaw Journal*, 1/2023, 390 ss.

sostenere “fermamente la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti per tutti, anche promuovendo tutele giuridiche rafforzate all’interno dei confini dell’UE e l’eliminazione degli ostacoli all’esercizio di tali diritti”. In simile contesto viene da ultimo formulato l’invito a inserire il diritto all’aborto all’interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione.

A seguito della decisione *Dobbs*, in data 22 luglio 2022 il Parlamento torna nuovamente sul tema⁴⁷. Oltre alla ferma condanna del deterioramento della salute e dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne negli Stati Uniti e in alcuni Paesi UE, con 324 voti favorevoli, 155 contrari e 38 astensioni, l’assemblea legislativa europea formula l’invito a codificare il diritto all’aborto nella Carta dei Diritti Fondamentali. Diversamente dalla prima presa di posizione, nell’ultima risoluzione i deputati formulano anche una prima proposta testuale, ipotizzando di inserire nella Carta la previsione che “ogni persona ha diritto all’aborto sicuro e legale”. Prescindendo da altre considerazioni, sembra interessante rilevare come, nonostante il documento insista sul tema del diritto alla salute, la proposta in tema di aborto è collocata in un nuovo art. 7 bis che andrebbe ad affiancare le garanzie previste dall’art. 7 in ambito di vita privata e familiare. Nel più ampio bilanciamento tra interessi potenzialmente contrapposti, quindi, la visione proposta dal legislatore europeo nel documento in oggetto sembra privilegiare l’aspetto dell’autodeterminazione della donna.

Simile approccio pare, tuttavia, perdere di rilievo nell’ultima risoluzione adottata dal Parlamento l’11 aprile 2024⁴⁸. Pur rammentando, infatti, “l’impegno dell’UE a promuovere, proteggere e rispettare il diritto di ogni persona, in particolare di ogni donna e ragazza, all’autonomia del corpo e al pieno controllo sulle questioni relative alla propria sessualità e ai propri diritti sessuali e riproduttivi, nonché il diritto di decidere in modo libero al riguardo, senza discriminazioni, coercizioni o violenze”, i parlamentari esortano l’avvio del processo di revisione dei trattati che porti alla codificazione di un diritto all’assistenza sanitaria sessuale e riproduttiva e all’aborto sicuro e legale, attraverso la modifica dell’art. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali. Rispetto al documento precedente, qui il focus principale diventa quello dell’integrità della persona ed autonomia del corpo.

Ora, nonostante la diversa formulazione, meno centrata su un approccio marcatamente liberale, difficilmente la posizione espressa dal Parlamento riuscirà nell’intento di

⁴⁷ *Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all’aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all’aborto e la salute delle donne nell’UE (P9_TA (2022)0302).*

⁴⁸ *Risoluzione del Parlamento europeo dell’11 aprile 2024 sull’inclusione del diritto all’aborto nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE (P9_TA (2024)0286).*

portare alla codificazione di un vero e proprio diritto fondamentale all'aborto a livello europeo. Stante la posizione tradizionalmente assunta in alcuni ordinamenti nazionali, la necessità di un consenso unanime e della ratifica della revisione dei trattati da parte di tutti i membri dell'Unione rappresenta oggi un limite invalicabile. In questo contesto, però, appare interessante la decisione di non demandare, in ambiti così sensibili per la vita dei consociati, la definizione del bilanciamento di interessi al formante giurisprudenziale.

L'idea della necessità di un intervento normativo diretto emerge anche nell'approccio verso una recente iniziativa popolare. Nel 2024, infatti, la Commissione europea ha registrato una nuova Iniziativa dei cittadini europei portata avanti dal movimento "My Voice My Choice" per un aborto sicuro e accessibile. L'iniziativa, che ha raccolto le firme richieste dal regolamento vigente, propone l'adozione di una legislazione europea che istituisca un meccanismo finanziario per aiutare gli Stati membri a garantire l'accesso all'aborto sicuro e legale a tutte le donne in Europa. In questo senso, lungi dall'imporre a tutti gli Stati membri l'adozione di una normativa armonizzata in tema di aborto, la legge europea potrebbe sostenere l'azione dei soggetti che, fornendo assistenza alle donne economicamente e socialmente più svantaggiate, quotidianamente operano per il superamento di quelle barriere che rendono non effettive l'autodeterminazione e il diritto all'integrità fisica.

La proposta, è bene sottolineare, non riguarda direttamente la concessione di un diritto all'aborto a livello europeo, ma potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 168 TFUE, che consente all'UE di svolgere un ruolo di sostegno alle azioni degli Stati membri nel campo della politica sanitaria e dell'organizzazione e fornitura di servizi sanitari, compresa la salute sessuale e riproduttiva.

La commissione per i Diritti delle donne e l'Uguaglianza di genere (FEMM) del Parlamento europeo ha recentemente adottato la proposta legislativa in questione. Anche in questo caso, è bene sottolineare, l'iter di approvazione sembra ancora lungo e pieno di potenziali ostacoli. Il sostegno verso tale proposta da parte delle istituzioni politiche europee, tuttavia, rivela il tentativo di superare gli ostacoli ordinamentali presenti per giungere, seppur indirettamente, al riconoscimento effettivo di un diritto 'europeo' all'aborto sicuro e legale.