

Bandi per medici non obiettori.

Spunti per una riflessione su aborto e libertà di scelta

Giacomo Viggiani*

CALLS FOR NON-CONSCIENTIOUS DOCTORS. IDEAS FOR A REFLECTION ON THE ABORTION AND THE FREEDOM OF CHOICE

ABSTRACT: This paper aims at using a public call for non-objecting physicians as a springboard for a broader critical reflection on the way the topic of pregnancy termination is usually thought, that is, as a contrast between the self-determination of a pregnant woman, from a side, and the freedom of conscientious objection of the doctor, on the other. Secondly, it will illustrate how to think of the right to abortion as a mere potestative right for women is not without risks, because it could leave the pregnant woman “alone” to come to terms with her own freedom.

KEYWORDS: Abortion, pregnancy, autonomy, conscientious objection, gender equality

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il problema dell’obiezione di coscienza – 3. Un diritto di libertà? – 4. L’altra faccia della libertà – 5. Conclusioni: un diritto a essere lasciate (troppo) sole?

1. Introduzione

Nel 2015 l’Azienda Ospedaliera San Camillo-Forlanini di Roma, di concerto con la Regione Lazio e il commissario *ad acta*¹, ha deciso di bandire un concorso per l’assunzione di due dirigenti medici da assegnare «al settore Day Hospital e Day Surgery per l’applicazione della legge 194/1978»². L’inserimento nel bando della clausola di destinazione è stata motivato con il fatto che il servizio indicato «rappresenta, in ambito regionale, il punto di offerta con i maggiori volumi (circa 2.400 interventi/anno su di un totale di 12.000 pari al 20%)» e tali da richiedere «almeno 8 ginecologi e 1 anestesista ogni giorno, dalle h. 7.30 alle h. 15.00». Una presenza che l’Azienda Ospedaliera non riusciva a garantire nonostante il ricorso ai ginecologi a contratto SUMAI, mettendo così a rischio la tempestività delle prestazioni assistenziali. Non si tratta, invero, del primo

* Ricercatore di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia. Il presente prodotto della ricerca è stato realizzato grazie al contributo del progetto SAGE - Systemic Action for Gender Equality, finanziato dalla Commissione Europea all’interno Programma H2020-GERI-2015-1 (grant agreement No 710534). E-Mail: giacomo.viggiani@unibs.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Decreto del Commissario *ad Acta* 8 giugno 2015, n. U00227, pubblicato in B.U.R. Lazio del 16 maggio 2015, n. 48.

² Pubblicato in B.U.R. Lazio del 24 novembre 2015, 94. La legge 22 maggio 1978, n. 194 disciplina, come è noto, l’interruzione volontaria della gravidanza, con la quale sono venuti a cadere i reati previsti dal titolo X del libro II del codice penale fino ad allora vigenti.

concorso specificatamente indirizzato a medici non obiettori³, né di una materia nuova al contenzioso giurisdizionale⁴, ma che anzi è quasi coeva agli albori della legge 22 maggio 1978, n. 194⁵; né la più acclarata dottrina⁶ ha mancato, negli ultimi anni, di sviscerarne gli eventuali profili di illegittimità⁷. Così come non sono mancati tentativi – per lo più dichiarati illegittimi – di taluni amministratori locali di comprimere la libertà decisionale della donna riconosciuta dalla legge *de qua*, tra cui meriterebbe certamente menzione una deliberazione della Giunta regionale lombarda⁸.

³ Il bando San Camillo-Forlanini si differenzia però per una particolarità degna di nota: mentre i concorsi precedenti contenevano un'esplicita riserva di posti per i medici non obiettori – talvolta motivo di censura da parte della magistratura –, quello romano si limita a dare un'indicazione della destinazione dei vincitori al servizio di interruzione della gravidanza. Indicazione da cui giocoforza sembrerebbe discendere, in ogni caso, la rinuncia dei candidati ad opzionare l'obiezione di coscienza, come requisito sia per partecipare alla selezione sia per la conservazione del posto di lavoro, una volta risultati vincitori.

⁴ È d'uopo ricordare infatti Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia-Romagna, sent. 13 dicembre 1982, n. 289 e Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sent. 2 agosto 2016, n. 8990, tra quelle a favore, e Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, sent. 3 luglio 1980, n. 396 e Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sent. 3 maggio 1989, n. 78, tra quelle contrarie. Talvolta classificata dalla dottrina tra quelle contrarie anche la più recente Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sent. 14 settembre 2010, n. 3477, ma erroneamente, poiché si configura piuttosto come l'eccezione che giustifica la regola. Poiché il bando di specie era relativo all'organico di alcuni Consulitori, i giudici pugliesi hanno ritenuto che la clausola espulsiva dei medici non obiettori fosse illegittima, stante che in tali centri non si pratica materialmente l'aborto, ma solo attività ad esso antecedenti o propedeutiche (a cui il medico sarebbe obbligato). Per un approfondimento sulla controversia pugliese, si rimanda a M.P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il t.a.r. puglia la presenza di medici obiettori nei consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto*, in *Giur. cost.*, 2, 2011, 1995-2009. Sulla stessa linea interpretativa del TAR Puglia, anche S. ATTOLINO, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 33, 2013, 1-15.

⁵ Per una ricostruzione della vicenda che ha portato alla promulgazione della legge, si veda L. PERINI, *Dal caso Pierobon alla legge 194/1978, un Affaire dell'Italia repubblicana (1973-1981)*, in *Società Donne & Storia*, 6, 2012. Per un bilancio applicativo, si veda invece il contributo di I. PELLIZONE, *Obiezione di coscienza nella legge 194 del 1978: considerazioni di diritto costituzionale a quarant'anni dall'approvazione della legge n. 194 del 1978*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 111-122.

⁶ Sul tema, si vedano A. BURATTI, *Interruzione volontaria di gravidanza e obiezione di coscienza: spunti a partire da un recente bando per "non obiettori"*, in *forumcostituzionale.it*, 2017, 1-4 e M. PARIS, *In margine a due provvedimenti limitativi del diritto*, in *forumcostituzionale.it*, 2017, 1-4. Si veda anche B. LIBERALI, *"Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194": una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?*, in *Oss. AIC*, 1, 2017, 1-16.

⁷ Come mette bene in luce A. BURATTI, *op. cit.*, 1-4. occorre distinguere due ipotesi di potenziale illegittimità della clausola espulsiva: la manifestazione dell'obiezione durante il periodo di prova e la manifestazione successiva allo stesso. L'autore evidenzia come in particolare la seconda fattispecie concreta, laddove causi un licenziamento automatico, potrebbe risultare illegittima «sia per violazione di legge, sia perché sproporzionat[a] rispetto al fine di garantire la continuità del servizio di interruzione della gravidanza, e quindi eccessivamente lesiv[a] del diritto all'obiezione di coscienza e dei diritti nel rapporto di lavoro».

⁸ Con deliberazione della Giunta regionale del 22 gennaio 2008, n. VIII/6454, e decreto del D.G. Sanità 22 gennaio 2008, n. 327, la Regione Lombardia aveva infatti tentato di ridurre il termine massimo entro il quale poter praticare l'aborto terapeutico, rallentare e complicare il procedimento per il rilascio del certificato medico attestante la necessità dell'interruzione di gravidanza, nonché obbligare la gestante a coinvolgere nella decisione finale il padre del concepito. L'atto di indirizzo regionale è stato però annullato dal Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sent. del 29 dicembre 2010, n. 7735. Per un approfondimento, si veda F. BIONDI, *L'interruzione di gravidanza fra Stato e Regioni in una decisione del giudice amministrativo*, in *Quad. cost.*, 2, 2011, 413-425.

Il concorso del 2015 è stato però anche l'occasione per tornare a dibattere sul tema del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza e sui modi della sua garanzia. L'obiettivo di questo lavoro è prendere spunto dalla catena di bandi per obiettori, di cui quello romano è solo l'ultimo anello, per riflettere sul modo in cui il diritto all'interruzione di gravidanza è stato e viene ancora in larga parte pensato. Sullo sfondo del *clash of absolutes*⁹ o il *tribal conflict*¹⁰ dell'interruzione di gravidanza si stagliano infatti di solito i *pro-choice* e i sostenitori dell'auto-determinazione della gestante, da un lato, e i *pro-life* e i fautori della libertà di obiezione di coscienza del medico, d'altro. Una partita che sembra insomma giocarsi interamente sul piano di due libertà contrapposte ed esclusive. Tale impostazione è però fallace, perché tende a sottostimare o addirittura a ignorare che il diritto all'aborto in Italia è il risultato di un delicato bilanciamento di diritti e interessi concorrenti, tra cui certo la libertà personale, ma anche il diritto alla salute della donna nonché la posizione del nascituro. È quanto statuì il giudice delle leggi nello storico intervento caducatorio, reso con sent. del 18 febbraio 1975, n. 27¹¹, che dichiarò illegittimo il reato previsto dall'art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse venir interrotta quando l'ulteriore gestazione avesse implicato un «danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato [...] per la salute della madre»¹². Più in dettaglio, la Corte ancorò la tutela del concepito all'art. 31, comma 2, Cost. e più in generale all'art. 2 Cost., che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», tra i quali, «non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito»; mentre, nei confronti della madre, richiamò ancora l'art. 31 Cost. e poi l'art. 32 Cost., osservando che «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Un bilanciamento certo ben ponderato, se si osserva che un diverso approccio, quello parametrato al solo art. 31 Cost. e teso a liberalizzare in massimo grado l'aborto, era stato chiaramente evocato nell'ordinanza di rimessione¹³, mentre la Corte così esclude una signoria assoluta della gestante sulla questione, sebbene il raffronto con la posizione del nascituro – che non è ancora persona – si risolvesse forse più a suo favore. Come è stato talvolta segnalato in dottrina¹⁴, il principio di autodeterminazione della donna, nella traduzione legislativa del 1978, ha svolto tuttavia un ruolo ancora più subordinato e marginale che nell'intervento caducatorio della Consulta. Lo si evince dalla rubrica della legge stessa (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*) e dal prologo di cui all'art. 1 (*Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio*), nonché dalla procedura che si prevede

⁹ La celebre espressione è di L. TRIBE, *The Clash of Absolutes*, New York, 1990. I due assoluti sono, per Tribe, il diritto alla vita del nascituro, da un lato, e l'autonomia decisionale della donna, dall'altro.

¹⁰ Così lo definisce J. BRAUCHER, *Tribal Conflict over Abortion*, in *Georgia Law Rev.*, 25, 595-614.

¹¹ Su questo punto, molto chiara l'analisi di 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, 563-579.

¹² Corte Costituzionale, sent. del 18 febbraio 1975, n. 27.

¹³ Tribunale di Milano, ord. 2 ottobre 1972. Sull'elusione da parte della Corte del parametro di cui all'art. 31 Cost., si veda la riflessione di C. CHIOLA, *Incertezze nel parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. cost.*, 1, 1975, 1098 ss.

¹⁴ A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, *Oss. AIC*, 2, 2014, 6.

per poter accedere alla pratica abortiva. Solo dopo infatti l'espletamento dell'attività consultoriale, esplicitamente volta a rimuovere gli ostacoli che spingono la donna ad interrompere la gravidanza, e del rilascio del certificato attestante il pericolo per la sua salute, è fatto prevalere il diritto all'autodeterminazione della cura. A ciò si aggiunge poi la facoltà di obiezione di coscienza del personale sanitario, prevista dalla stessa legge 22 maggio 1978, n. 194, che spesso però finisce, nella concreta prassi applicativa, per impossibilitare le donne ad esercitare un diritto legalmente riconosciuto. Ciò posto a titolo di brevissimo inquadramento, nelle pagine che seguono si cercherà di mostrare come l'autonomia della donna risulti in parte sacrificata nell'attuale quadro legislativo, ma, nello stesso tempo, come la proposta di completa liberalizzazione del diritto all'interruzione di gravidanza sostenuta dai *pro-choice* non sia esente da criticità. Si spiegherà infatti più avanti come, in quest'ultima prospettiva, il rischio che si paventa è quello di lasciare la gestante "da sola" a fare i conti con la propria libertà

2. Il problema dell'obiezione di coscienza

La polarizzazione un po' semplicistica del dibattito in *pro-choice/pro-life*, a dispetto del diverso e più complesso bilanciamento suggerito della Consulta nel 1975, non è casuale, ma piuttosto sintomo delle difficoltà di implementazione della legge 22 maggio 1978, n. 194. A oltre quarant'anni dalla sua adozione e nonostante una comprovata resilienza ai tentativi referendari di modifica¹⁵, il pieno accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, e quindi il pieno godimento di una posizione soggettiva formalmente riconosciuta dalla legge, è infatti lungi dall'essere materialmente garantito. Ciò proprio a causa dell'obiezione di coscienza, o più correttamente di un vizio occulto della legge a essa connesso, che ne ostacola la piena e corretta applicazione.

La normativa, si è detto, oltre a prevedere il diritto all'autodeterminazione riproduttiva della donna, ha facoltizzato i professionisti sanitari ad avvalersi di tale strumento di obiezione¹⁶. Una modalità che consente loro di essere esonerati dalla prestazione abortiva¹⁷ e che ha oggi raggiunto propor-

¹⁵ Si ricordino infatti i due referendum del 1981: del Movimento per la vita, teso a criminalizzare nuovamente l'aborto, e dei Radicali, volto invece a liberalizzarlo in massimo grado. Nel pronunciamento con il quale la Corte affrontò l'ammissibilità delle richieste referendarie (sent. 10 febbraio 1981, n. 27) venne inoltre rifiutato il quesito cosiddetto "massimale" del Movimento per la vita, riaffermando il dettato del 1975. Conforta in questo senso anche la sent. 10 febbraio 1997, n. 35, con cui il giudice delle leggi ha ritenuto inammissibile una proposta referendaria dei Radicali volta ad abrogare le disposizioni della legge relative al primo trimestre di gestazione, osservando che «renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù».

¹⁶ Secondo parte della dottrina, la scelta della dizione "obiezione di coscienza" da parte del *conditor iuris* sarebbe da censurare e invece da preferirsi "opzione di coscienza". Secondo questa linea di pensiero, il rifiuto non si configurerebbe infatti come deroga a un precetto fissato dal legislatore, ma solo come una facoltà di scelta tra eseguire una prestazione e non eseguirla per questioni di coscienza. Su questo, si veda G. DALLA TORRE, *Diritti dell'uomo e ordinamenti sanitari contemporanei: obiezione di coscienza o opzione di coscienza?*, in B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Milano, 1992, 277-305.

¹⁷ «Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione» (art. 9, legge 22 maggio 1978, n. 194). Sono ovviamente fatti salvi i casi in cui sussiste

zioni “ciclopiche”¹⁸. Le alte punte di medici obiettori, di oltre il 90% in alcune Regioni, rendono infatti estremamente difficoltoso per le donne accedere all’interruzione di gravidanza, da un lato, e operativamente impossibile per le aziende sanitarie garantire la relativa prestazione assistenziale, dall’altro¹⁹.

È tuttavia probabile che nello stabilire i limiti, le modalità e i termini in cui il personale sanitario può sollevare obiezione di coscienza, il *conditor iuris* abbia dato per scontato – ed ecco il vizio occulto – che il dato statistico degli obiettori sarebbe stato residuale o eccezionale rispetto al totale di coloro che potevano essere coinvolti nell’interruzione volontaria di gravidanza. L’obiezione è difatti configurata come un diritto soggettivo di natura squisitamente potestativa e dunque opzionabile senza condizioni e senza alcuna ammissibile opposizione, sia da parte dell’azienda sanitaria (sulla quale però gravano specifici compiti organizzativi, insieme alle Regioni) che della gestante. È forse anzi proprio l’attivazione unilaterale dello strumento che ne ha determinato col tempo l’abuso; posto anche che non vi è alcuna ripercussione sul medico obiettore – come un compito o una mansione paritetica e sostitutiva – il quale si vede pertanto semplicemente esonerato dal proprio dovere²⁰. E ciò nonostan-

una condizione di imminente pericolo di vita della gestante. Su questo, si veda Corte di Cassazione, sent. 2 aprile 2013, n. 14979, che ha visto la conferma della condanna di un medico obiettore che si era rifiutato di prestare le cure ad una donna sottoposta ad aborto farmacologico e dal quale erano sorte delle complicanze. Lo *status* di obiettore non esonera poi il professionista sanitario dall’assistenza antecedente e conseguente all’intervento abortivo.

¹⁸ Così lo definisce G. BRUNELLI, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, 3, Napoli, 2009, 823. Nel 2016, secondo i dati ufficiali del Ministero della Salute, la media nazionale dei medici obiettori superava i due terzi dell’organico. Si osservava però una forte sperequazione tra le regioni, con punte oltre il 90% in Molise, Trentino-Alto Adige e Basilicata, mentre in altre raggiungeva comunque l’80%. In alcune province, specialmente dal Sud, il tasso di obiettori rasentava il 100%. Secondo un’indagine dell’Istat risalente al 2012, ventunomila donne su centomila si sono rivolte per questo motivo a strutture di altre province per poter interrompere la gravidanza e di esse il 40% è stata addirittura costretta a spostarsi in un’altra regione.

¹⁹ Addirittura di “sabotaggio” della legge parlano P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 97-146, e in particolare 141 e G. BRUNELLI, *op. cit.*, 563-579. Sul problema, si vedano anche più in generale M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; D. PARIS, *Obiezione di coscienza. Studio sull’ammissibilità di un’eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014; M. AINIS, *Dall’obiezione di coscienza all’obiezione di massa*, in *Quad. cost.*, 4, 2009, 903-905.

²⁰ Discutono di questo aspetto, proponendo anche delle soluzioni A. PIOGGIA, *L’obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 1, 2015, 121-139; B. LIBERALI, *“Per l’applicazione esclusiva della legge n. 194”: una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?*, in *Oss. AIC*, 1, 2017, 1-16; L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, 1-24; F. GRANDI, *Le difficoltà nell’attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2015, 89-120; S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. profili critici e ipotesi di superamento*, in *Riv. AIC*, 2, 2017, 1-22. Discute del tema in una prospettiva di filosofia del diritto, ipotizzando per assurdo (ma neanche tanto...) che tutti i medici siano obiettori M. SAPORITI, *La coscienza disobbediente. Ragioni, tutele e limiti dell’obiezione di coscienza*, Milano, 2014, 139-183.

te la legge 22 maggio 1978, n. 194 chiaramente attribuisca un primato al diritto alla salute della donna rispetto alla coscienza del medico²¹, così come disponga l'obbligo per gli enti ospedalieri e le case di cura di assicurare la pronta effettuazione degli interventi di interruzione di gravidanza²², eventualmente ricorrendo anche allo strumento della mobilità del personale²³. Va da sé, tuttavia, che se la quasi totalità del personale è obietto, la mobilità si rivela uno strumento inutile e inutilizzabile, mentre altre soluzioni, seppur talvolta percorse, comportano costi addizionali per il servizio sanitario e la collettività e pertanto non sono sempre sostenibili²⁴.

La cattiva organizzazione dell'accesso alla prestazione abortiva ha attenzionato non molti anni fa anche il Comitato Europeo dei Diritti Sociali²⁵, che il 10 settembre 2013 ha condannato²⁶ l'Italia per vio-

²¹ Il diritto all'obiezione di coscienza è stato altresì valorizzato dal giudice delle leggi ex art. 2 Cost., ma in termini più generici e con riferimento ad altra fattispecie concreta nella sent. del 16 dicembre 1991, n. 467. I diritti della coscienza sono poi richiamati anche dall'art. 10 della Carta di Nizza, anche se il disciplinamento del concreto esercizio è rinviato all'interposizione del legislatore nazionale, così come dalla Corte EDU (*Bayatyan c. Armenia*, sent. 7 luglio 2011, 37334/08, *Savda c. Turchia*, sent. 12 giugno 2012, 42730/05). Ne consegue che il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza non deriva direttamente dalla Costituzione o da referenti sovranazionali e internazionali, ma piuttosto scaturisce dall'inderogabile interposizione del legislatore, che riconosce come meritevole di tutela quel convincimento interiore. In senso contrario, ma decisamente minoritario, R. BERTOLINI, *L'obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994, 1-20, che prova a definirlo un diritto fondamentale di quarta generazione.

²² È lo stesso giudice delle leggi, nella sent. 19 dicembre 1991, n. 467, in tema di obiezione di coscienza alla leva militare, a stabilire che essa richiede «una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale» e che «gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima».

²³ Art. 9, comma 7, legge 22 maggio 1978, n. 194.

²⁴ Sul tema della sostenibilità pubblica dell'obiezione di coscienza in un'ottica critica, si veda la lucida analisi di S. RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in *Notizie di Politeia*, 101, 2011, 29-35.

²⁵ Il Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa è un ente istituito nel 1995 allo scopo determinare se la normativa e la pratica degli Stati parte sia in conformità con le norme della Carta sociale europea. I pareri del Comitato, nella duplice forma delle conclusioni (per i rapporti statali annuali) e delle decisioni (per le doglianze collettive), non hanno carattere giurisdizionale, ma in caso d'inottemperanza, il Comitato dei Ministri può fare pressioni "politiche" affinché il Paese in questione adotti riforme per sanare la mancata conformità alla Carta. Poiché tuttavia la Carta sociale europea funge *ex professo* da integrazione alla Convenzione Europea dei Diritti Umani in materia di diritti di seconda generazione, le determinazioni del Comitato possono essere valorizzate dalla Corte Europea dei Diritti Umani e dal giudice nazionale nei propri e rispettivi giudizi. Per un approfondimento sull'uso della Carta sociale europea da parte di altre Corti, si vedano F. OLIVIERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione, controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 3, 2008, 509-540; G. GUGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *forumcostituzionale.it*, 1, 2010; M. D'AMICO, G. GUGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013; F. OLIVIERI, *La Carta sociale europea come "strumento vivente". Riflessioni sulla prassi interpretativa del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Jura gentium*, 10, 1, 2013, 41-78.

²⁶ *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy* (n. 87/2012). Sulla pronuncia, si vedano M. D'AMICO, *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in M. D'AMICO, G. GUGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, 2014, 219-230; A. CARMINATI, *op. cit.*, 1

lazione dell'art. 11 (Diritto alla protezione della salute) della Carta Sociale Europea. Nel testo della decisione, il Comitato ha preso atto di come il nostro paese non sia stato in grado di fronteggiare, con adeguate misure organizzative, l'elevato numero di professionisti obiettori, così mancando di garantire il diritto alla salute a una categoria di persone particolarmente vulnerabili, quali le donne in gestazione²⁷. Il Comitato ha altresì rilevato una violazione dell'art. E (principio di non discriminazione) letto alla luce dell'art. 11. La mobilità a cui le pazienti sono forzate comporta infatti irragionevoli esborsi, visto che sono costrette a un continuo peregrinare tra un ospedale e l'altro o addirittura a recarsi all'estero²⁸; inoltre, alcune pazienti risultano svantaggiate dal trovarsi in contesti territoriali dove la concentrazione di obiettori rende, di fatto, l'accesso ai servizi molto più complesso che in altri. Vi è poi un secondo profilo discriminatorio, che vede contrapposte le gestanti rispetto alla generalità delle persone che accedono al servizio sanitario nazionale, con chiare ricadute in termini di genere, visto che la gestante può essere, per definizione, solo una donna.

Gli scarsi effetti dell'accertamento del 2013 della violazione della Carta da parte dell'Italia, cui ha fatto seguito l'apertura di una procedura di costante monitoraggio da parte del Comitato dei Ministri e dello stesso Comitato europeo, hanno in seguito convinto quest'ultimo a emettere una seconda condanna, con decisione dell'11 aprile 2016²⁹. Nella nuova decisione, resa rispetto al reclamo collettivo presentato dalla CGIL e che conferma la violazione dell'art. 11 in combinato disposto con l'art. E (oltre a riconoscere la violazione dei diritti lavorativi dei medici non obiettori), viene evidenziato come, a fronte di una situazione in via di miglioramento, permangano considerevoli disparità d'accesso all'interruzione di gravidanza a livello locale. L'Italia non avrebbe inoltre fornito informazioni suffi-

²⁷ «With respect to the women who decide to terminate their pregnancy, the competent authorities did not take the necessary measures in order to remove the causes of ill-health, in particular by ensuring that, as provided by Section 9§4 of Act No. 194/1978, abortions requested in accordance with the applicable rules are performed in all cases, even when the number of objecting medical practitioners and other health personnel is high». Ha sottolineato la vulnerabilità della gestante anche la Corte Europea dei Diritti Umani in due decisioni in tema di obiezione di coscienza che hanno visto la Polonia come soccombente, ma che ben si possono applicare, per analogia, al contesto italiano: *P. e S. contro Polonia*, 30 gennaio 2013, n. 57375/08; *R.R. contro Polonia*, 28 novembre 2011, n. 27617/04.

²⁸ «Some pregnant women are obliged to travel to other regions of Italy and even abroad to seek abortion treatment as a result of the high level of objecting health personnel in the hospitals situated close to their usual place of residence, while there seems to be a re-emergence of clandestine abortions, in particular among immigrant women».

²⁹ *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy* (n. 91/2013). Per un commento in prospettiva e il testo della decisione, si veda F. CEMBRANI, *Il Comitato europeo dei diritti sociali, lo stato di attuazione della legge italiana sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza e la sostenibilità pubblica dell'obiezione di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 27, 2016, 1-112.

cienti³⁰ e utili a documentare il superamento dei problemi incontrati dalle donne nella fruizione dei servizi assistenziali³¹.

Sul tema dell'interruzione volontaria di gravidanza ha preso posizione lo stesso anno anche il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, invitando gli Stati, *inter alia*, a rimuovere gli ostacoli che impediscono alla donna di accedere alla prestazione in maniera tempestiva³².

3. Un diritto di libertà

Sebbene il Comitato europeo dei diritti sociali condanni l'Italia per ben due volte³³, il profilo dell'autonomia decisionale non appare rivestire grande rilievo. In entrambe le decisioni il riferimento è alla diffusione dell'obiezione di coscienza e alla conseguente difficoltà di fruizione dei servizi assistenziali e, dunque, alla mancata garanzia del diritto alla salute, che d'altronde era il principale parametro evocato. Ciò perché, al fondo, il Comitato finisce per fare sua l'interpretazione italiana dell'interruzione di gravidanza non come diritto all'autodeterminazione della cura, ma proprio come diritto alla salute. La *malpractice* italiana va sanzionata, perché mina l'incolumità fisica della gestante e alimenta una recrudescenza degli aborti clandestini; non perché la scelta se abortire è funzionale a salvaguardare la salute della donna più che la sua autonomia. Tant'è che, forse, più che libera di abortire, si potrebbe dire che la donna in Italia è libera di attivare la procedura amministrativa che la porterà, dopo molte difficoltà, ad abortire³⁴.

Questa scelta interpretativa, che contempera il diritto all'autodeterminazione della cura con il diritto alla salute (della donna, ma anche del concepito) è stata spesso criticata in dottrina, perché colpevole di lasciare «del tutto in ombra l'aspetto dell'autonomia della donna»³⁵, oltre a essere incapace di

³⁰ In verità, il Governo italiano ha tentato di affrontare il problema della carenza di dati con un più attento monitoraggio degli indicatori attraverso cui verificare l'incidenza dell'elevato numero di medici obiettori sull'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, resi noti annualmente dal Ministro della Sanità in una relazione dedicata. Per un approfondimento degli adempimenti ministeriali sotto questo profilo, si rimanda a L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, cit.

³¹ Il Comitato prende atto infine della marginalizzazione sul lavoro del personale medico non obiettore, in concreto decisamente minoritario e pertanto costretto ad eseguire l'intero carico di lavoro delle procedure abortive, con possibile instaurazione di un ambiente di lavoro ostile e degradante.

³² Nell'Osservazione generale del 7 marzo 2016, n. 22, il Comitato ha ribadito che il diritto alla salute include anche la vita riproduttiva della donna, testé invitando gli Stati a riformare le leggi restrittive sull'interruzione volontaria della gravidanza e a eliminare le barriere che impediscono alla donna di accedere alla pratica abortiva in modo tempestivo e sicuro.

³³ Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che si è pronunciato definitivamente in ordine al reclamo della CGIL, ha però relativizzato e depotenziato la condanna del Comitato europeo dei diritti sociali. Il 24 maggio 2016 il governo italiano ha infatti fornito una serie di dati disaggregati, circa il numero medio di aborti per settimana per medico non obiettore, mostrando di aver messo in atto una procedura di monitoraggio per ovviare a quanto denunciato dalla CGIL. Con Risoluzione del 6 luglio 2016 il Comitato dei Ministri ha reso una valutazione positiva dei dati e delle argomentazioni dell'Italia, così chiudendo questa fase del procedimento.

³⁴ Osserva così P. Veronesi, *op. cit.*, 135.

³⁵ G. BRUNELLI, *op. cit.*, 826. Occorre però precisare che il legislatore del 1978 recepisce indicazioni della Consulta e certamente individua le condizioni di accesso con riferimento al diritto alla salute, ma che quest'ultima è sia quella fisica che quella psichica. Ciò evidentemente può consentire, nella concreta prassi

prendere sul serio il desiderio di maternità³⁶. Questa configurazione sembra infatti considerare la gravidanza come uno stato che la donna dovrebbe per natura assecondare e a cui solo in casi eccezionali potrebbe rinunciare. Un'impostazione, dunque, lontanissima dall'idea *liberal* che ciascuno possa disporre liberamente del proprio corpo, opponendosi a qualsiasi sua trasformazione³⁷. A dispetto del merito delle decisioni del Comitato contro il nostro paese, il sistema di protezione dei diritti umani riconducibile al Consiglio d'Europa e garantito attraverso la Corte Europea dei Diritti Umani, da un lato, e appunto dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, dall'altro, ha però più volte fatto sua questa ultima chiave di lettura. Ad esempio, la Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi sul tema, ha ricondotto il diritto all'aborto all'art. 8 (*Diritto al rispetto per la vita privata e familiare*) della Convenzione Europea dei Diritti Umani e dunque lo ha sostanzialmente in un obbligo di astensione dei terzi dalla sfera delle scelte private della gestante³⁸. Rispetto a questa cornice, la scelta del Comitato Europeo dei Diritti Sociali di far propria la configurazione italiana del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza come modo di garanzia del diritto alla salute appare in parte distonica. Tant'è che il componente greco Petros Stangos se ne è dissociato nella sua *concurring opinion*, giudicando essere la stessa legge a determinare la violazione dell'art. 11 della Carta piuttosto che la sua mancata applicazione. Ad esempio, l'art. 5, comma 1, dovrebbe servire a mettere in azione tutta una serie di meccanismi e agenzie al fine di neutralizzare le supposte ragioni di natura economica e sociale che spingono la donna ad abortire; in realtà, sostiene Stangos, la farraginoso procedura che la gestante deve affrontare è molto più semplicemente strumentale a farla desistere dal suo intento: «Through the above-mentioned provisions of the 1978 legislation, Italy operates a sophisticated and official system of pressure on women so that they choose not to terminate their pregnancies». Il giudizio finale di Stangos – lapidario e impietoso – è che il problema dei medici obiettori è di natura accessoria. La vera criticità è che il legislatore italiano, pur depenalizzando l'aborto volontario, ha fatto di tutto per restringere la libertà e l'indipendenza delle donne, così come il loro controllo sui propri corpi. La conclusione della *concurring opinion* di Stangos è poi affidata alla massima di una decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*³⁹, una controversia riguardante proprio la legittimità delle restrizioni al diritto all'aborto. Tali previsioni restrittive, sentenziarono i giudici americani già nel 1992, possono essere censurate anche se, pur non vietando esplicitamente l'interruzione volontaria di gravidanza, pongono sostanziali ostacoli al suo esercizio.

applicativa, una valutazione più ampia delle ragioni della gestante, prime fra tutte quelle elencate dall'art. 4 della legge de qua.

36 S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2005, 2.

³⁷ R. Dworkin, *Life's Dominion: an Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, 1994.

³⁸ Un diritto alla non ingerenza, tuttavia, non assoluto, ma che deve essere bilanciato con altri beni ritenuti meritevoli di tutela, quali la protezione dei diritti e delle libertà altrui o la sicurezza nazionale, ma anche, last but not least, la morale comune. Così, laddove nella comunità nazionale sia maggioritario un certo modo di sentire, non è da escludersi che la Corte possa giudicare compatibile con la Convenzione una perimetrazione dello spazio di autodeterminazione della gestante. Conforta però in senso contrario un passaggio della pronuncia R.R. c. Polonia, dove il collegio giudicante prende atto dell'esistenza di un consenso nella maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa sul garantire alla donna maggiore libertà di scelta su quando e perché interrompere la gravidanza (§186).

³⁹ 505 U.S.833 (1992).

Una citazione che ben riflette l'approccio liberale del componente greco del Comitato alla materia trattata.

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey è una controversia molto nota che segue di un paio di decenni un'altra ancora più celebre – *Roe v. Wade*⁴⁰ – che annullò il divieto di aborto volontario in tutti gli Stati Uniti in virtù del *right to privacy*⁴¹ o, come è stato anche chiamato dai suoi ideatori, il diritto a essere lasciati soli. Nel ragionamento del giudice Blackmun, estensore di *Roe v. Wade*, la libertà della donna è difatti il punto di partenza, non quello di arrivo. Ciò perché, nell'ottica *liberal*, non serve dimostrare perché si debba essere liberi, mentre si deve argomentare perché non si debba esserlo. Che è come dire che laddove l'azione coercitiva dello Stato non è adeguatamente motivata, prevale la libertà, che è un apriori senza bisogno di giustificazione. Tant'è vero che il diritto alla salute, che pure è evocato in *Roe v. Wade*, assume rilevanza solo in quanto la protezione di questo bene giuridico legittima l'ingerenza dello Stato nella sfera privata degli individui e dunque la perimetrazione dell'esercizio del diritto all'interruzione volontaria di gravidanza. Se dopo i primi novanta giorni – afferma Blackmun – lo Stato può restringere la sfera di autonomia decisionale della donna, è solo perché la scienza medica ci insegna che un aborto tardivo è più pericoloso e dunque la sua incolumità fisica può essere a rischio. Le limitazioni che possono essere introdotte restano comunque agganciate solo e soltanto alla salute della gestante, senza bilanciamento con diritti o interessi terzi. Quanto al diritto alla vita del nascituro, esso non subentra che in un secondo momento, quando, nel terzo trimestre, è ormai in grado sopravvivere (*viability*) al di fuori dell'utero in caso di parto prematuro e quindi si avvicina a essere persona. Solo a questo punto l'esigenza di assicurargli una protezione può allora essere presa in considerazione dal legislatore, che risulta così legittimato a vietare l'interruzione volontaria della gravidanza.

4. L'altra faccia della libertà

⁴⁰ Per un approfondimento della controversia, si vedano D.J. GARROW, *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade*, New York, 1994; J.H. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *The Yale Law Journ.*, 82, 1973, 920-949; B. SCHAMBELAN, *Roe v. Wade*, Philadelphia, 1992; N. MCCORVEY, A. MESLER, *I Am Roe: My Life, Roe V. Wade, and Freedom of Choice*, New York, 1994. Sulla regolamentazione dell'aborto prima di *Roe v. Wade*, si veda J.C. MOHR, *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy, 1800-1900*, Oxford, 1979.

⁴¹ Il diritto alla privacy trova la sua origine nel genio di S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, (*The Right to Privacy*, in *Harv. Law Rev.*, 4, 1889, 193-220), già alla fine del XIX sec, seppur limitatamente alla tutela dei dati personali contro la fotografia intrusiva o il giornalismo invadente. A partire dagli anni '60, la sfera della privacy inizia però a essere estesa per via pretoria fino a comprendere le scelte più intime di una persona, sostanziandosi progressivamente in un diritto all'autonomia. Su questo percorso, si vedano J.C. INNESS, *Privacy, Intimacy and Isolation*, Oxford, 1992; P. BOLING, *Privacy and the Politics of Intimate Life*, Ithaca, 1996. Il passaggio da una informational privacy a una fundamental decision privacy è registrato ufficialmente dalla Corte Suprema in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), una controversia relativa alla liceità dell'uso di metodi contraccettivi. La maggioranza della Corte rinvenne infatti, nella "penombra" dei diritti sanciti in modo esplicito dalla Costituzione, un diritto alla privacy ancora più antico della Costituzione stessa e che ricomprendeva le scelte procreative di una coppia sposata. In *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), il godimento di questo diritto venne esteso alle coppie non sposate e in *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977), alla vendita di anticoncezionali ai minorenni. Sul penumbral reasoning, si veda G. VIGGIANI, *Il penumbral reasoning nella giurisprudenza nordamericana*, in *Jura Jentium*, 2, 2018, 63-85.

L'approccio liberale adottato dalla Corte Suprema – che riflette in parte la posizione dei *pro-choice* – non risparmiò comunque le donne dal dover sopportare tentativi di compressione della loro autonomia, simili a quelli che avverranno qualche anno dopo in Italia. Qualcuno tentò di inserire come *conditio sine qua non* il consenso del padre del concepito o vietò le terapie abortive più sicure come deterrente⁴², qualcun altro impose alla donna di attendere un lasso di tempo tra la richiesta di aborto e la prestazione, nella speranza che si ravvedesse, o introducesse un consenso informato dalla descrizione particolarmente terrificante⁴³, qualcun altro ancora abilitò solo pochissimi centri ad erogare questa prestazione⁴⁴, cercando di complicare l'accesso alla prestazione. Tutti ostacoli posti appositamente per rendere più accidentato l'esercizio di un diritto riconosciuto costituzionalmente e che la Corte Suprema, di conseguenza, ha rimosso uno dopo l'altro.

Ciò che più qui rileva non sono, tuttavia, i tentativi di restringere la libertà delle donne, ma il risvolto negativo dell'approccio liberale all'interruzione di gravidanza, che spesso i *pro-choice* sottostimano. Un esempio servirà a chiarire a cosa si sta alludendo. Il 20 giugno 1977, la Corte Suprema rese nota la sua decisione su tre casi distinti ma complementari, perché tutti attinenti alla stessa materia: il finanziamento pubblico della prestazione assistenziale dell'aborto. La prima controversia, *Beal v. Doe*⁴⁵, si era originata a seguito dal rifiuto dello Stato della Pennsylvania di sovvenzionare tramite il Medicaid⁴⁶ le interruzioni volontarie di gravidanza non certificate dal medico come salva-vita. La ricorrente aveva contestato che anche se gli Stati non erano obbligati a coprire tutte le prestazioni assistenziali con il Medicaid, la normativa federale li invitava ad attenersi a uno standard "ragionevole". In risposta il convenuto aveva obiettato che la differenza di trattamento tra aborti salva-vita, e quindi sovvenzionati, e tutti gli altri, invece non mutuati, soddisfaceva il principio di ragionevolezza: solo l'interruzione di gravidanza salva-vita era realmente necessaria, mentre le altre interruzioni avrebbero sottratto fondi a terapie più importanti e urgenti. In *Maher v. Roe*⁴⁷, lo Stato del Connecticut era stato convenuto da due donne indigenti perché finanziava, sempre tramite il Medicaid, solo le richieste di aborto certificate come terapeutiche da un medico abilitato, la cui parcella gravava però sulla gestante. Nel caso di specie le ricorrenti avevano lamentato di non potersi permettere di pagare il medico e dunque di non poter terminare la gravidanza. Infine, in *Poelker v. Doe*⁴⁸ i supremi giudici furono aditi a seguito dell'impugnazione di un'ordinanza municipale della cittadina di St. Louis, nel Missouri, che permetteva ai due ospedali pubblici locali di praticare l'interruzione di gravidanza solo se salva-vita, costringendo così tutte le donne che non erano in questa condizione a rivolgersi a una clinica privata o a un ospedale pubblico di un'altra città.

In tutti e tre i casi la Corte rigettò le doglianze delle ricorrenti puntellando la propria decisione sulla distinzione – apparentemente kafkiana – tra diritto a scegliere se avere un aborto e diritto all'aborto. Nelle parole di *Maher v. Doe*:

⁴² *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

⁴³ *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983).

⁴⁴ *Planned Parenthood Assn. v. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983)

⁴⁵ *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977).

⁴⁶ Medicaid è un programma federale di assistenza sanitaria per le persone a basso reddito.

⁴⁷ *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

⁴⁸ *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 (1977).

La normativa del Connecticut non interpone alcun ostacolo – assoluto o parziale – nel percorso della donna incinta verso l’aborto. Una donna indigente che desidera abortire non soffre alcuno svantaggio come conseguenza della decisione del Connecticut di finanziare solo il parto; ella continua come prima a essere dipendente dalle proprie risorse per la prestazione che desidera. Lo Stato può aver fatto del parto un’alternativa più attraente, influenzando così la decisione della donna, ma non ha imposto alcuna restrizione all’accesso a pratiche abortive che non erano ancora presenti.

Lo stato di indigenza – sostiene in poche parole la Corte – che può rendere più difficile o addirittura impossibilitare la gestante ad accedere alla prestazione assistenziale, non è né creata né in alcun modo aggravata dallo Stato, ma è anzi accidentale. È, in altri termini, un problema privato della donna, quello stesso privato che le assicura il diritto a scegliere se interrompere o meno la gravidanza. Va da sé, però, che tutte le donne povere saranno costrette a portare a termine la gestazione, perché solo astrattamente potranno di non farlo, visto che si troveranno sprovviste dei mezzi materiali per concretizzare la loro volontà. O, in alternativa, a ricorrere ad aborti clandestini, mettendo a serio rischio la propria incolumità fisica.

Gli anni successivi, i supremi giudici confermarono la facoltatività per gli Stati di sovvenzionare le interruzioni di gravidanza non salva-vita⁴⁹. Lo Stato – si continuò ad argomentare – non interpone alcun ostacolo giuridico nella scelta della donna se terminare la gravidanza, ma la “incoraggia” solo verso altre opzioni⁵⁰. La gestante ha diritto a scegliere se abortire, non a vedersi mutuata la relativa prestazione assistenziale⁵¹.

5. Conclusioni: un diritto a essere lasciate (troppo) sole?

Una volta il giudice Richard Posner definì la Costituzione statunitense una «carta di libertà negative: dice allo stato di lasciare le persone sole, ma non impone che il governo federale o lo Stato fornisca loro dei servizi»⁵². E non vi è dubbio che le peculiarità dell’ordinamento americano abbiano giocato un ruolo importante nelle libertarie statuizioni della Corte. Si è liberi nella misura in cui lo Stato si astiene di intervenire nelle nostre vite, ma questa libertà ha, per così dire, un risvolto della medaglia. Se non si hanno i mezzi materiali per godere di questa libertà, esso resta un nostro problema privato. Lo Stato non ha il diritto, ma soprattutto non ha il dovere di accorrere in nostro aiuto. Questo stato di “abbandono” emerge, come si è visto poc’anzi, in tutta la sua drammaticità nel caso del finanziamento pubblico dell’aborto: se interrompere una gravidanza è una scelta che la donna deve compiere nella sua solitudine esistenziale, come vorrebbero i *pro-choice*, che si paghi dunque l’assistenza di cui ha bisogno per farlo!

Al netto delle specificità dell’ordinamento statunitense, l’insensibilità pratica della Corte Suprema verso le questioni materiali dell’aborto resta un monito del rischio che la libertà – intesa come diritto

⁴⁹ Colautti v. Franklin, 439 U.S. 379 (1979) e poi Williams v. Zbaraz, 448 U.S. 358 (1980).

⁵⁰ Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980).

⁵¹ Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).

⁵² Bowers v. Devito, 686 F.2d 616 (7th Cir. 1982).

alla non ingerenza nelle scelte più intime e private – può comportare, se non mitigata da qualche altro diritto o principio. Ciò perché l'idea che sottende a tutta l'architettura del diritto alla autonomia è che l'individuo, protetto dall'ingerenza statale, possa essere libero di prendere le decisioni più coerenti con la propria concezione di ciò che è bene. L'altra faccia della medaglia è che, così facendo, depolitizza queste stesse decisioni, proiettandole indietro in uno pseudo stato di natura privo di regolamentazione e, soprattutto, impermeabile a qualsiasi correttivo perequativo. Non si vuole con questo dire che il concetto di libertà personale non abbia svolto e svolga ancora oggi un ruolo fondamentale nell'arginare gli sforzi di chi vorrebbe rendere la gestazione una condizione interamente sociale e sottratta completamente all'arbitrio della donna. Ciononostante, è d'uopo rimarcare che il mancato intervento dello Stato nella sfera privata non promuove necessariamente la libertà di quest'ultima, se di fatto questo significa che tutte le sue richieste di sostegno materiale vengono ignorate perché appunto private⁵³.

Il risultato a cui giunge la giurisprudenza statunitense ci dice, in ultima analisi, che la libertà può non bastare. E non basta perché le donne non scelgono di interrompere la gravidanza nel vuoto atomistico delle relazioni e per rivendicare la loro autonomia nei confronti del feto e della società. Questo modo di pensare, direbbe Carla Lonzi⁵⁴, riflette una resa di conti tra collettivi di uomini, perché tarato su un soggetto maschile assunto indebitamente come neutro e universale. Le donne possono interrompere la gravidanza, per una combinazione di altre ragioni, che spaziano dall'essere già diventate madri altre volte, dall'essere sole, dalla mancanza di una rete sociale e familiare o dalle difficoltà economiche. Tutte condizioni esplicitamente citate dall'art. 4 della legge italiana, che quindi implicitamente rifiuta l'individualismo atomistico della prospettiva libertaria, sebbene solo per il fatto che hanno un impatto, diretto e indiretto, sulla salute, sia fisica sia psichica della gestante. E il cuore della questione è, giunti fin qui, proprio questo: se il diritto alla salute, al netto del problema pratico dell'obiezione di coscienza, possa essere il correttivo adeguato alla solitudine della libertà di fronte a una condizione che solo la donna può vivere, sopportare e sperimentare. Ciò perché, a dispetto della rubrica o del prologo della legge 194, il tema dell'aborto non riguarda solo la libertà della donna, il diritto alla vita del nascituro o quello alla salute, ma anche e soprattutto l'uguaglianza tra uomini e donne. Se si vuole correttamente valutare la normativa italiana, occorre quindi chiedersi, al netto del denunciato vizio occulto, se il semplice diritto alla salute abbia le capacità e potenzialità, da solo, per poter promuovere l'uguaglianza di genere; o, al contrario, se faccia ricadere la fatica della sua promozione interamente sulle donne, come profetizzava Carla Lonzi in tempi ancora non troppo sospetti (era il 1971): «L'uomo ha lasciato la donna sola di fronte a una legge che le impedisce di abortire [...]». Domani finirà per lasciarla sola di fronte a una legge che non le impedirà di abortire»⁵⁵.

⁵³ In senso adesivo, si veda C.A. MACKINNON, *Privacy vs. Equality*, trad. it. *Privacy v. uguaglianza: a partire dal caso Roe v. Wade*, in ID., *Le donne sono umane?*, Bari, 2012, 75: «[il diritto alla privacy] può nascondere, e di fatto ha nascosto, lo spazio delle percosse, dello stupro coniugale e dello sfruttamento del lavoro femminile».

⁵⁴ C. LONZI, *Sessualità femminile e aborto*, in ID., *Sputiamo su Hegel*, Milano, 2010, 53-59.

⁵⁵ C. LONZI, *op. cit.*, 55.